



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Relación laboral y libertad religiosa

Albert Toledo Oms

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

Relación laboral y libertad religiosa

DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
DOCTORANDO: ALBERT TOLEDO OMS
DIRECTORA: DRA. PILAR RIVAS VALLEJO
UNIVERSITAT DE BARCELONA

RESUMEN

El trabajo se centra en analizar la vigencia y afectación de la relación laboral por parte del derecho fundamental de la libertad religiosa. Por tal razón se examina la evolución histórica de tal derecho hasta su generalización en la Contemporaneidad en los países occidentales, con especial tratamiento del caso español. Asimismo se examina la legislación internacional y comunitaria en la materia.

Posteriormente la obra analiza la pluralidad cultural y religiosa que caracteriza España en la actualidad, una riqueza que es trasladable a sus centros de trabajo. Por tal razón, y dado el carácter limitado del fenómeno secularizador, se desarrolla una argumentación encaminada a explicar las características del Derecho del Trabajo del siglo XXI, que tiene como reto la de transformarse en un Derecho inclusivo. La inclusión se produciría por tratarse de un Derecho religiosamente neutro desde el punto de vista formal en cuanto a sus preceptos, pero materialmente garantista de las convicciones de cada cual, que evitara así discriminaciones.

A partir de aquí la obra se centra esencialmente en tres figuras y sus manifestaciones en la relación laboral: el derecho a la libertad religiosa, el derecho a la objeción de conciencia por razones religiosas y la tutela antidiscriminatoria del trabajador creyente.

El derecho a la libertad religiosa ha de reconocerse al trabajador por cuenta ajena aunque, como los otros derechos fundamentales, podrá ser limitado a través de la oportuna ponderación con otros derechos y bienes en juego. Así, la vigencia del derecho a la libertad religiosa en el puesto de trabajo se garantiza de varios modos: 1) en los supuestos más extremos y cuando no concurre ninguna medida legal o recurso material más al alcance del trabajador, dicho trabajador puede defender sus convicciones mediante el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, que le permite desobedecer puntualmente respecto al cumplimiento de una obligación jurídica apta para lesionar sus convicciones (*ius resistentiae*); 2) el trabajador que es objeto de discriminación por razón de sus convicciones religiosas, puede utilizar las medidas antidiscriminación previstas legalmente; 3) y, finalmente, el trabajador puede ejercer el derecho a la libertad religiosa directamente, tanto para defender dicho derecho en su sentido negativo, cuando sufre algún tipo de injerencia en sus convicciones; como desde un punto de vista positivo, de forma activa, cuando es necesario remover obstáculos jurídicos y alterar las condiciones de trabajo para la óptima expansión del derecho. Y precisamente, tal es el aspecto más discutible, pero menos discutido en España, de la eficacia jurídica del derecho a la libertad religiosa; pues es el que determinaría históricamente que el Derecho del Trabajo conciba dicho derecho desde un punto de vista meramente liberal, o, por el contrario desde una visión acorde con el Estado de Derecho.

Como manifestaciones de dichas figuras en el puesto de trabajo se analizan, entre otras, las festividades y descansos, el uso de indumentaria y simbología religiosa, o las actividades proselitistas. Asimismo, se examina el concepto de empresa de tendencia religiosa.

RESUM

El treball es centra en analitzar la vigència i l'afectació de la relació laboral per part del dret fonamental de la llibertat religiosa. Per aquesta raó s'examina l'evolució històrica d'aquest dret fins a la seva generalització a la contemporaneïtat en els països occidentals, amb especial tractament en el cas espanyol. Així mateix s'examina la legislació internacional i comunitària en la matèria.

Posteriorment, l'obra analitza la pluralitat cultural i religiosa per la qual es caracteritza Espanya a l'actualitat, una riquesa que és traslladable en els seus centres de treball. Per aquesta raó, i donat el caràcter limitat del fenomen secularitzador, es desenvolupa una argumentació encaminada a explicar les característiques del Dret del Treball del segle XXI, que té com a repte el transformar-se en un Dret inclusiu. La inclusió es produiria pel fet de tractar-se d'un Dret religiosament neutre des del punt de vista formal en quant als seus preceptes, però materialment garantista de les conviccions de cadascú, que evitarà així discriminacions.

A partir d'aquí l'obra es centra essencialment en tres figures i les seves manifestacions en la relació laboral: el dret a la llibertat religiosa, el dret a l'objecció de consciència per raons religioses i la tutela antidiscriminatòria del treballador creient.

El dret a la llibertat religiosa s'ha de reconèixer al treballador per compte aliè tot i que com amb els altres drets fonamentals, podrà ser limitat a través de l'apropiada ponderació amb altres drets i béns en joc. Així, la vigència del dret a la llibertat religiosa en el lloc de treball es garanteix mitjançant diferents maneres: 1) En els supòsits més extrems i quan no concorri a l'abast del treballador cap mesura legal o recurs material addicional a l'abast del treballador, dit treballador pot defensar les seves conviccions mitjançant l'exercici del dret a l'objecció de consciència, el qual li permet desobeir puntualment respecte al compliment d'una obligació jurídica apta per lesionar les seves conviccions (*ius resistentiae*); 2) el treballador que és objecte de discriminació per raó de les seves conviccions religioses, pot utilitzar les mesures antidiscriminació previstes legalment; 3) i, finalment, el treballador pot exercir el dret a la llibertat religiosa directament, tant per defensar aquest dret en el seu sentit negatiu, com quan pateix algun tipus d'ingerència en les seves conviccions, com des del punt de vista positiu, de forma activa, quan és necessari remoure obstacles jurídics i alterar les condicions de treball per l'òptima expansió del dret. I precisament, el darrer és l'aspecte més discutible, però menys discutit a Espanya, el de l'eficàcia jurídica del dret a la llibertat religiosa, ja que és el que determinaria històricament que el Dret del Treball concebi esmentat dret des d'un punt de vista merament liberal, o, pel contrari des d'una visió acord amb l'Estat de Dret.

Com a manifestacions de dites figures en el lloc de treball s'analitzen entre altres, les festivitats i descansos, l'ús de la indumentària i simbologia religiosa, o les activitats proselitistes. Tanmateix, s'examina el concepte d'empresa de tendència religiosa.

ABSTRACT

The paper focuses on analysing the validity and application of the fundamental right of religious freedom within labour relations. For this reason, it examines the historical evolution of this right until it became the norm in modern Western countries, looking in particular at the case of Spain. In addition, it examines international and community legislation in this area.

The work subsequently analyses the plurality of cultures and religions that characterise Spain today, a richness that can be transferred to the country's workplaces. Because of this, and given the limited secularist phenomenon, it provides reasoning with which it aims to explain the nature of Labour Law in the 21st century, which faces the challenge of making itself an inclusive area of law. It is supposedly inclusive since it is a religiously neutral area of law from a formal point of view judging by its precepts, though in practice it protects the convictions of everyone, thus preventing discrimination.

From here, the paper goes on to focus on essentially three aspects and their manifestations in labour relations: the right to religious freedom, the right to conscientious objection on religious grounds, and the legal protection of religious workers from discrimination.

The right to religious freedom must be granted to employed workers although, as with other fundamental rights, it may be restricted when properly weighed up against other legal rights at stake. Thus, the validity of the right to religious freedom in the workplace is safeguarded in several ways: 1) in the most extreme cases and where there is no other legal measure or practical recourse available to them, workers may defend their convictions by exercising the right to conscientious objection, which allows them occasionally to breach a legal obligation that would go against their convictions (*ius resistentiae*); 2) workers who are subject to discrimination for their religious convictions may make use of the anti-discrimination measures provided by law; 3) and finally, workers may exercise the right to religious freedom directly, to defend the aforementioned right in its negative sense where their convictions are infringed upon, as well as actively from a positive point of view, where it is necessary to remove legal obstacles and change the working conditions in respect of the right as far as possible. And this is precisely the most debatable aspect, though less so in Spain, of the legal effectiveness of the right to religious freedom, since it is this aspect that would historically determine whether Labour Law will see this right from a merely liberal point of view or, on the other hand, from a Rule of Law standpoint.

The manifestations of these aspects analysed in the workplace include, among others, holidays and breaks, the use of religious symbols and attire, and proselytising activities. Furthermore, the concept of a company with religious leanings is also examined.

ÍNDICE

SIGLAS Y ACRÓNIMOS.....	1
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA HISTORIA	9
1. CIENCIAS SOCIALES, DERECHO Y FENÓMENO RELIGIOSO.....	9
2. ORIGEN HISTÓRICO DE LA TOLERANCIA RELIGIOSA EN LA ANTIGÜEDAD.....	18
1.1. Inexistencia de libertad religiosa en la Antigüedad: caracteres de la religión en la Antigüedad y antecedentes de la tolerancia religiosa.....	23
2.2. Pluralidad cultural romana y aparición del cristianismo	33
3. LA APARICIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA MODERNIDAD	48
3.1. Breve apunte sobre la falta de tolerancia religiosa durante la Edad Media ...	48
3.2. Modernidad y crisis de los valores medievales.....	55
3.3. Fragmentación de la unidad religiosa europea	60
3.4. Reforma y contrarreforma	66
3.5. Francia y los hugonotes	72
3.6. El fin de la era confesional: la Paz de Westfalia	76
4. CONSECUENCIAS DE LAS DISIDENCIAS.....	77
4.1. Disidencias y tolerancia religiosa.....	77
4.2. La tolerancia religiosa en Inglaterra.....	79
4.3. Tolerancia religiosa en el Brandemburgo del Gran Elector Federico Guillermo I y en la Polonia de Esteban Báthory	83
4.4. Los Países Bajos como paradigma de la tolerancia religiosa en una sociedad plural.....	84
4.5. Razón y tolerancia religiosa en el siglo XVII.....	86
4.6. Desarrollo de la tolerancia religiosa en las colonias británicas y las figuras de William Penn y Roger Williams.....	89
4.7. James Madison y Thomas Jefferson. De la independencia de los Estados Unidos de América hasta la contemporaneidad	98
4.8. Ilustración y libertad religiosa	112

4.9. La Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y la Constitución francesa de 1791.....	116
5. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA	119
5.1. España: un país impermeable a la disidencia.....	119
5.2. Pluralidad española en la Modernidad.....	123
5.3. Oasis de heterogeneidad en España	131
6. CONSTITUCIONALISMO Y LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA.....	134
6.1. Características del constitucionalismo español en relación a la libertad religiosa	135
6.2. Estatuto de Bayona de 1808	136
6.3. Constitución de Cádiz de 1812.....	137
6.4. Estatuto Real de 1834.....	140
6.5. Constitución de 1837.....	140
6.6. Constitución de 1845.....	140
6.7. Proyecto de Constitución de Bravo Murillo de 1852	141
6.8. Constitución de 1856.....	142
6.9. Constitución de 1869.....	142
6.10. Proyecto de Constitución federal de la República Española de 1873	144
6.11. Constitución de 1876.....	145
6.12. Anteproyecto de Constitución de la monarquía española de 1929	147
6.13. Constitución republicana de 1931	148
6.14. Franquismo, Leyes Fundamentales y Concilio Vaticano II.....	152
a) Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938.....	159
b) Fuero de los españoles de 17 de julio de 1945	162
c) Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1946	162
d) Concordato de 27 de agosto de 1953	163
e) Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958	164
f) Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público	165
g) Concilio Vaticano II y Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa.....	165
CAPÍTULO II: LA LIBERTAD RELIGIOSA EN UNA SOCIEDAD PLURAL	173

1. PLURALISMO CULTURAL, ACTITUDES RELIGIOSAS EN LA ESPAÑA ACTUAL Y NUEVO ROL DEL DERECHO DEL TRABAJO	173
1.1. Introducción	173
1.2. España: de un país de emigrantes a un país de inmigrantes	179
1.3. Secularización y pluralismo religioso	188
1.4. Situación de los extranjeros, identidades y nuevo rol del Derecho del Trabajo: inclusión de los trabajadores de religiones minoritarias en una sociedad multicultural	214
1.5. El nuevo rol del Derecho del Trabajo y el concepto de ciudadanía.....	246
2. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE LIBERTAD RELIGIOSA.....	270
a) Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo de 1944.....	270
b) Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.....	270
c) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales	273
d) Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958.....	277
e) Carta Social Europea (Turín 18 de octubre de 1961)	278
f) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	278
g) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	279
h) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.....	280
i) Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante (Estrasburgo, 24 de noviembre de 1977)	280
j) Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones	281
k) Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.....	282
l) Recomendación 1162 (1991) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la contribución de la civilización islámica en la cultura europea	283
m) Recomendación 1178 (1992) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre sectas y nuevos movimientos religiosos.....	283
n) Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas	284
o) Recomendación 1202 (1993) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre tolerancia religiosa en una sociedad democrática	284
p) Convenio marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa.....	285
q) Declaración de principios sobre la tolerancia.....	285
r) Recomendación 1396 (1999) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre religión y democracia.....	286
s) Recomendación 1412 (1999) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre actividades ilegales de las sectas	286

t) Resolución 1510 (2006) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre libertad de expresión y respeto por las creencias religiosas.....	287
u) Recomendación 1804 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Estado, religión, secularización y derechos humanos	287
v) Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre blasfemia, insultos religiosos e incitación al odio contra las personas en base a su religión.....	288
w) Resolución 1743 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre islam, islamismo e islamofobia en Europa	289
x) Recomendación 1927 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre islam, islamismo e islamofobia en Europa	290
3. LEGISLACIÓN COMUNITARIA SOBRE LIBERTAD RELIGIOSA.....	291
3.1. La Unión Europea y el derecho a la libertad religiosa.....	291
3.2. Legislación en materia de libertad religiosa.....	294
3.2.1. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000	294
3.2.2. Directivas en materia de igualdad y prohibición de discriminación.....	296
a) Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.....	297
b) Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2002, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.....	299
c) Directiva 2002/73/CE del Consejo, de 13 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.....	302
d) Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato de hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.....	303
e) Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, de aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.....	303
4. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA	304
4.1. Regulación constitucional en España del derecho a la libertad religiosa como derecho y principio.....	304
4.2. Objeto del derecho a la libertad religiosa y diferenciación con la libertad ideológica.....	310
4.3. Breve comentario a la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa	325
4.4. Ateísmo, agnosticismo y libertad religiosa.....	331
5. ACUERDOS CONCORDATARIOS CON LA IGLESIA CATÓLICA Y ACUERDOS CON LAS CONFESIONES MINORITARIAS.....	335

5.1. Acuerdos concordatarios con la Iglesia Católica en la España democrática	335
5.2. Acuerdos con las confesiones minoritarias.....	337
CAPÍTULO III: LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POR CREENCIAS RELIGIOSAS	
.....	341
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POR CREENCIAS RELIGIOSAS.....	341
2. CONCEPTO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: CONFLICTO ENTRE OBLIGACIONES MORALES Y OBLIGACIONES JURÍDICAS	362
3. TEORÍA GENERAL DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. TIPOLOGÍAS Y ESCENARIOS	392
3.1. Tipologías	392
4.2. Escenarios teóricos.....	409
4. REGULACIÓN NORMATIVA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y LÍMITES A SU EJERCICIO	420
4.1. Regulación normativa de la objeción de conciencia	420
4.2. El derecho a la objeción de conciencia según el Tribunal Constitucional ...	424
4.3. La objeción de conciencia según el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	436
4.4. Límites en el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia	443
5. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y EL CONTRATO DE TRABAJO.....	447
5.1. La objeción de conciencia laboral <i>secundum legem</i> y en supuestos atípicos	447
5.2. La Objeción de conciencia laboral en supuestos atípicos.....	451
5.2.1. Como <i>ultima ratio</i>	451
5.2.2. Relación de causalidad, sinceridad de las convicciones, exteriorización por parte del objetor y otros elementos	458
5.2.3. Como <i>ius resistentiae</i>	472
5.2.4. Límites a su ejercicio y ponderación de derechos	494
5.3. Aspectos procesales: el encaje procesal del derecho a la objeción de conciencia en supuestos atípicos	497
6. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN CIERTAS PROFESIONES.....	498
6.1. Médicos y profesionales del ámbito sanitario	498
6.1.1. Las convicciones religiosas y el ámbito sanitario.....	498
6.1.2. La interrupción voluntaria del embarazo	500
6.1.3. Casos atípicos en el ámbito sanitario.....	512

6.2. Farmacéuticos.....	521
6.3. Periodistas	528
6.4. Ministros de culto con relación laboral.....	539

CAPÍTULO IV: LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL CONTRATO DE TRABAJO 543

1. EL DESPLIEGUE DE LOS DERECHOS PERSONALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO	543
2. DIMENSIÓN LABORAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	546
2.1. Los derechos fundamentales inespecíficos y su insuficiente desarrollo legal en materia de libertad de pensamiento	546
2.2. La eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares y sus limitaciones	558
3. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA RELACIÓN LABORAL: TEORÍA GENERAL DE SUS LÍMITES Y PONDERACIÓN DE DERECHOS	577
3.1. Las diversas manifestaciones del derecho a la libertad religiosa en la relación laboral.....	577
3.2. Modalidades de acomodación o ajuste razonable a necesidades distintas que las religiosas y su utilización en materia de libertad religiosa en otros países ...	590
3.2.1. Doctrina estadounidense	590
3.2.2. Doctrina internacional y comunitaria	615
3.3. Aplicación de la técnica del ajuste razonable al ejercicio del derecho a la libertad religiosa	617
3.3.1. Encaje de la figura en el Derecho del Trabajo	617
3.3.2. Aplicación en España de la figura de la acomodación o ajuste razonable.	621
3.3.3. La noción de carga desproporcionada o indebida como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa.....	626
3.3.4. La ponderación de la libertad de empresa y de las convicciones religiosas de los trabajadores	630
3.3.4.1. Derecho sustantivo	630
3.3.4.2. Derecho procesal: la ponderación judicial y las consecuencias jurídicas de la acomodación.....	633
3.4. La contratación de una prestación laboral imposible de ejecutar: la autonomía de la voluntad, la buena fe contractual y el principio <i>pacta sunt servanda</i>	640
3.5. Afectación por la libertad de empresa de la libertad religiosa	649
3.5.1. Consecuencias laborales del tracto sucesivo de la obligación pactada	649
3.5.2. La afectación del derecho a la libertad religiosa como consecuencia del cambio sobrevenido de las condiciones de trabajo	657
3.5.3. El cambio sobrevenido de convicciones	664

3.6. Los derechos de otros sujetos como límites. Especial referencia a la prohibición de discriminación y afectación de su dignidad.....	670
3.7. Las normas imperativas de naturaleza pública como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Especial referencia a la normativa de prevención de riesgos laborales y a la normativa penal	675
3.8. Espacios singulares: la Administración pública	681
4. LA PROBLEMÁTICA DE LAS FESTIVIDADES Y LOS DESCANSOS	701
4.1. Relevancia religiosa de las festividades y descansos en la Historia	701
4.1.1. Antigüedad.....	701
4.1.2. Edad Media y Modernidad.....	707
4.2. El sentido de las festividades y descansos en la Contemporaneidad: tiempo de trabajo y tiempo de no-trabajo. Los retos jurídicos del Derecho del Trabajo.....	713
4.3. Los antecedentes normativos en España del descanso dominical. El significado del domingo y de las otras festividades	717
4.3.1. El significado del domingo y otras festividades en la regulación pre-democrática	717
4.3.2. El significado del domingo y otras festividades en la España democrática. La doctrina jurisprudencial en materia de descansos y festividades	724
4.4. La secularización y las necesidades religiosas en materia de descanso semanal y festividades	750
4.4.1. La secularización del domingo. Descanso semanal y festividades.	750
4.4.2. Otras religiones en auge: especial relevancia del Ramadán como festividad significativa en el ámbito laboral.....	762
4.4.3. Jornada diaria, descanso y tiempo para orar	766
5. CONSUMO DE PRODUCTOS ALIMENTARIOS EN EL ÁMBITO LABORAL ...	770
6. ESTÉTICA, INDUMENTARIA Y UTILIZACIÓN DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN EL PUESTO DE TRABAJO.....	778
6.1. La problemática que plantea el derecho a la libertad religiosa en relación a la estética, indumentaria y utilización de símbolos en el puesto de trabajo	778
6.2. Sijismo y apariencia externa en el trabajo	799
6.3. Las trabajadoras musulmanas y su indumentaria en el puesto de trabajo..	802
7. PROSELITISMO EN EL CENTRO DE TRABAJO.....	810
8. EL DERECHO DEL TRABAJADOR A NO MANIFESTAR SUS CREENCIAS RELIGIOSAS	822
CAPÍTULO V: PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR CREENCIAS RELIGIOSAS.....	833
1. TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y LIBERTAD RELIGIOSA.....	833

1.1. El principio de igualdad y la prohibición de discriminación en la Constitución. Determinación de su concepto y ámbito de aplicación	833
1.2. Delimitación y dinámica del principio de igualdad y la prohibición de discriminación	838
2. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR MOTIVO DE CREENCIAS RELIGIOSAS Y EL CONCEPTO DE DIGNIDAD.....	845
2.1. Aplicación del concepto de discriminación a la relación laboral.....	845
2.2. Adscripción del trabajador a una categoría social por razón de creencias religiosas.....	848
2.3. El concepto de dignidad	865
2.4. Resultado del trato desigual y lesión de la dignidad del trabajador.....	871
2.5. Discriminación indirecta y discriminación refleja por motivos religiosos.....	877
2.6. Aplicación y funciones de la tutela antidiscriminatoria	882
3. TRABAJADORES EXTRACOMUNITARIOS: NORMATIVA DE EXTRANJERÍA, TITULARIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN.....	893
4. LIBERTAD RELIGIOSA, TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON ESPECIALIDADES: MENORES Y AU-PAIR.....	901
4.1. Trabajadores menores, libertad religiosa y tutela antidiscriminatoria.....	901
4.2. <i>Au-pair</i> y libertad religiosa	908
CAPÍTULO VI: LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN ORGANIZACIONES DE TENDENCIA O IDEOLÓGICAS	
1. RELACIÓN LABORAL Y EMPRESA DE TENDENCIA O IDEOLÓGICA CON PERFIL RELIGIOSO	
1.1. Delimitación conceptual de la empresa de tendencia	911
1.2. Prohibición de discriminación y contratación de los trabajadores en las empresas de tendencia religiosa.....	921
1.3. La modulación de los derechos fundamentales de los trabajadores que prestan servicios para una empresa de tendencia	924
2. EL PROFESORADO DE RELIGIÓN CATÓLICA EN LOS CENTROS DOCENTES PÚBLICOS.....	938
3. EMPRESARIADO ÉTNICO.....	957
CONCLUSIONES.....	967
BIBLIOGRAFÍA	979

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

ATC	= Auto del Tribunal Constitucional.
BGB	= <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> . Código Civil alemán.
BIB	= Referencia bibliográfica Aranzadi.
BOE	= Boletín Oficial del Estado.
CC	= Código Civil.
CCom	= Código de Comercio.
CE	= Constitución Española de 1978.
CP	= Código Penal.
DGRN	= Dirección General de los Registros y del Notariado.
EEOC	= Equal Employment Opportunity Commission.
ET	= Estatuto de los Trabajadores. Del contexto se desprende a qué versión es referida. El texto actualmente vigente fue dado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
INSS	= Instituto Nacional de Seguridad Social.
JS	= Juzgado de lo Social.
LEC	= Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil.
LECRIM	= Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LGSS	= Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.
LOLR	= Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa.
LOPJ	= Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOTIC	= Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
LPL	= Ley de Procedimiento Laboral. Del contexto se desprende a qué versión es referida. El texto actualmente vigente fue dado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.
LPR	= Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
LRJS	= Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
LRL	= Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales.
OIT	= Organización Internacional del Trabajo.
SJS	= Sentencia del Juzgado de lo Social.
STC	= Sentencia del Tribunal Constitucional.
STCT	= Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.

STEDH	= Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (o decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos).
STJUE	= Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	= Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	= Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TC	= Tribunal Constitucional.
TCT	= Tribunal Central de Trabajo.
TS	= Tribunal Supremo. Si no se indica expresamente lo contrario, todas las sentencias del Tribunal Supremo se refieren a la Sala Cuarta.
TSJ	= Tribunal Superior de Justicia. Si no se indica expresamente lo contrario, todas las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia se refieren a la Sala Social.

INTRODUCCIÓN

Hablar de libertad religiosa en el contexto de una relación laboral es hablar del rol que efectivamente juega la religión en un mundo globalizado, en el que los sujetos privados interactúan entre ellos en atención no sólo a variables puramente económicas, objetivas, como se podría pensar comúnmente; sino también de acuerdo con la manera de pensar de dichos sujetos, según múltiples sistemas de valores, de acuerdo a su subjetividad, ajustando la conducta a sus convicciones personales. En definitiva, es tratar de estudiar la dinámica del fenómeno religioso, que conforma en más o menos medida una parte de la conciencia de muchos de los individuos que participan de un ámbito social determinado y profusamente extendido en el siglo XXI, cual es el del trabajo por cuenta.

La libertad religiosa es un concepto complejo que, lejos de toda explicación iusnaturalista respecto su eclosión, es un producto histórico que se ha ido configurando durante siglos desde la más remota Antigüedad, donde encuentra sus raíces, hasta la Contemporaneidad a través de las luchas sociales que han entablado aquellos grupos cuyos valores han diferido de los de la mayoría. La alteridad ha sido así enfatizada por los estigmatizados con el calificativo de "heterodoxos", los "otros". Al respecto, es obvio que la tolerancia religiosa, en sus diversas vertientes y formas, así como el concepto actual de libertad religiosa, encuentran su razón de ser en la dinámica, en el día a día, de individuos heterogéneos, diferentes, a veces calificados y perseguidos como herejes o disidentes. Dicha heterogeneidad, que puede venir marcada, según la época y el lugar, por elementos como el estrato o clase social, la etnia o la religión, o todo ello a la vez, por citar algunas características clave; aunque han convergido en muchos momentos y zonas geográficas, jamás han reunido las notas de riqueza y variedad que concurren en las actuales sociedades multiculturales de la Europa contemporánea.

El aquí y el ahora se caracteriza por tratarse de un período histórico en el que las empresas están inmersas en un mercado globalizado y, por lo tanto, sus trabajadores provienen de orígenes y tradiciones muy heterogéneas. Los trabajadores van y vienen atravesando de forma regular y pautada, o irregularmente, unas difusas, discutidas, porosas y arcaicas fronteras. Así pues, no sólo las poblaciones de un país, comarca o ciudad son plurales; mas la pluralidad social, étnica y religiosa ha alcanzado de pleno los centros de trabajo. La práctica de la religión, las creencias y, en definitiva, el acto de fe, que concurren en un espacio a veces tan endogámico e impermeable (ante la autoridad pública, los medios de comunicación, etc.) como es el centro de trabajo, son de muy distinta naturaleza y, consiguientemente, es requerida la satisfacción de muy variopintas necesidades para evitar la vulneración de derechos fundamentales y, desde un punto de vista empresarial, garantizar el normal desarrollo de la actividad económica.

El tan consabido proceso de secularización, que arrancó con la Modernidad y que pretendía transformar al *homo religiosus* en *homo saecularis*, no ha llevado a la desaparición de un fenómeno tan mutable y adaptable como es el fenómeno religioso. La Ilustración no acertó en sus predicciones, o mejor dicho en sus pretensiones, y menos

respecto a las sociedades más avanzadas que se localizan fuera de Europa (por ejemplo, Estados Unidos, Japón o Corea del Sur). Ni en la sociedad en general, ni el ámbito laboral en particular, se puede hablar de una secularización absoluta. Dicho fenómeno religioso, muchas veces considerado anacrónico de manera irreflexiva y acrítica, ha sido potenciado por las migraciones de trabajadores que han caracterizado las últimas décadas; o por el movimiento de trabajadores dentro de la Unión Europea; o por el traslado de trabajadores en el marco de una empresa multinacional. Si las sociedades europeas nunca han sido religiosamente homogéneas, ahora lo son ciertamente menos. De repente, es como si se hubiera encendido una luz de alarma por un fenómeno que es estudiado desde hace lustros en otras latitudes, por estudiosos de otros países: el *homo religiosus* puede ser al mismo tiempo un *homo faber*. O mejor dicho desde el objeto de la presente investigación, muchos trabajadores españoles, europeos o de origen extracomunitario sostienen unas convicciones religiosas, que no abandonan al ir a su puesto de trabajo, y que frecuentemente son diferentes a las convicciones religiosas de la mayoría de la ciudadanía del país. El trabajador contemporáneo se niega a escindirse en dos "yo", el que presta servicios de forma artificialmente arreligiosa y el ciudadano creyente fuera del centro de trabajo.

Globalización, multiculturalidad, falta estructural de talento, deslocalización, incorporación al trabajo de la ya denominada "generación Y", crisis económica, potenciación de la innovación y desarrollo por parte de equipos internacionales e multidisciplinares... Todos ellos son retos que las empresas españolas deben afrontar desde un punto de vista organizacional, económico, de la gestión de su personal, pero también desde un enfoque jurídico. España está conformada cada vez más por una sociedad plural, donde el secular peso del catolicismo ha ido dejando paulatinamente espacio a otras religiones, a otras creencias, que por el momento pueden ser consideradas minoritarias (se desconoce qué deparará el futuro). Por ello, el estudio del impacto de la religión en las relaciones laborales es más que simplemente necesario, es realmente ineludible para poder crear instrumentos jurídicos hábiles y adecuados para regular tal singular y generalizada relación jurídica sin que se materialicen vulneraciones de derechos fundamentales.

Y no sólo para evitar dicha vulneración, sino al mismo tiempo permitir el ejercicio en su máxima extensión de la libertad religiosa; sin obviar los límites y modulaciones que sean razonables en cada caso. Por lo tanto, parece evidente que no sólo son necesarios estudios que se centren en el Derecho del Trabajo, sino también en el resto de disciplinas jurídicas, y en general en las ciencias sociales; pues el citado impacto o influencia rebasa de forma holgada dicha disciplina que, con el carácter flexible y adaptable que le es inherente, reacciona y ofrece las respuestas que una sociedad cambiante le requiere.

La presente investigación pretende arrojar un poco de luz respecto el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa en el seno de la relación laboral. Un ejercicio que no sólo se limita exclusivamente al art. 16 CE, en su vertiente negativa, la típicamente liberal; es decir, en cuanto mera protección contra las intromisiones de empresas u otros trabajadores en la esfera de libertad del trabajador de que se trate. En el siglo XXI es menester también prestar atención a su faceta más positiva, *ad extra*, ya que en caso contrario ello equivaldría a desechar otras facetas o formas de exteriorización jurídicas de tal derecho del todo necesarias para las relaciones laborales en un Estado democrático de Derecho. De este modo, se examinará asimismo la prohibición de discriminación por razón de las creencias religiosas del trabajador, quizás la vertiente más desarrollada dogmática y jurisprudencialmente, y el ejercicio del derecho,

siempre discutido, a la objeción de conciencia. Todo ello siempre, naturalmente, en relación al contrato de trabajo.

Y si la empresa, como organización, ha de ser tratada como un ente neutral en materia religiosa, como parte de la esfera pública, aunque el empresario o sus trabajadores obviamente tendrán sus propias convicciones individuales, religiosas o no; no se puede dejar de observar la empresa y al trabajador desde otra perspectiva. Si en una primera perspectiva, la más compleja y que ocupa más extensión de la investigación, es menester examinar el factor religioso desde la vertiente del trabajador individual; para completar la investigación habrá que examinar en su momento la influencia de la religión en el contrato de trabajo cuando dicho contrato se ejecute en el contexto de una empresa ideológica o de tendencia religiosa.

Como se puede apreciar, las interacciones o conflictos de intereses que puedan surgir en el contexto citado no se limitan a problemas de mera legalidad. En todos los supuestos se tratará de conflictos de trascendencia constitucional y que afectarán a los derechos humanos, donde la ponderación de derechos y bienes no será en ningún caso fácil o evidente. Una vez más el Derecho del Trabajo, el Derecho Constitucional y los derechos humanos van de la mano, sin desdeñar la siempre rica ayuda en aportaciones y matices de otras disciplinas jurídicas.

A pesar de que se han escrito algunos trabajos que tratan parcialmente la relación entre libertad religiosa y trabajo por cuenta ajena lo cierto es que es el momento de llevar a cabo un estudio sistemático y ordenado sobre la temática para contribuir así a que el Derecho del Trabajo español pueda ofrecer una respuesta ordenada y solvente a los retos que ha de afrontar en los próximos años. A menos que se produzca algún fenómeno social inesperado e indeseado la pluralidad religiosa aumentará sin duda en los siguientes decenios. Y al mismo tiempo la presente investigación tiene la finalidad de contribuir al estudio, mucho más amplio, que merece el fenómeno religioso en el Derecho español; a poner su grano de arena respecto a las investigaciones ya realizadas, las que están en curso, y las que con total seguridad se emprenderán.

Delimitado a grandes rasgos el objeto del presente trabajo, se puede asimismo indicar que se excluirá del estudio temas tan interesantes como son los relacionados con el impacto de la libertad religiosa en el Derecho de la Seguridad Social: Testigos de Jehová y asistencia sanitaria; poligamia o la boda por el rito gitano y la pensión de viudedad, etc. Dicho tratamiento desbordaría el objeto de la investigación, puesto que trasciende a la relación laboral que guía la obra como nudo conductor en constante dialéctica con la libertad religiosa. Además, aquí se incide en la dinámica de una relación jurídica *inter privatos*, no la mantenida entre un sujeto privado y una Administración pública, cual es el caso, por ejemplo, del beneficiario del sistema de Seguridad Social. No obstante, cabe avanzar que aquí se acercará la argumentación al citado límite cuando se exponga la problemática de la prestación de servicios en la Administración pública.

El presente trabajo gustará o disgustará en cuanto a su argumentación y conclusiones. Aunque obviamente sería preferible lo primero, toda innovación de las bases tradicionales de una disciplina suele conllevar controversia. Y este trabajo, que pretende ser digno de ser calificado de trabajo de investigación, no un mero manual recopilatorio de lo ya conocido o argumentado previamente, ha tenido por finalidad el humilde objetivo de ayudar a avanzar en el conocimiento y asentamiento de la disciplina. Para avanzar sin duda hay que construir, a veces sobre bases nuevas, normalmente añadiendo pisos al

conocimiento ya recorrido por la labor investigadora anterior. Pues bien, el presente trabajo pretende las dos cosas: construir sobre lo ya edificado, y en algunas ocasiones, las menos, se ha tenido que demoler para crear. Pero se trata sin duda de una demolición constructiva, dialéctica, especialmente cuando se pone de manifiesto la vigencia y el campo de acción de la objeción de conciencia por razones religiosas en la relación laboral, o se hace una llamada jurídicamente argumentada a potenciar la vertiente positiva del derecho a la libertad religiosa en cuanto a su potencialidad transformador de la ejecución del contrato de trabajo en curso.

Como se podrá comprobar, la metodología seguida es tradicional donde las haya. En dicho sentido, cuando se ha creído necesario se ha buscado el sentido de las instituciones y figuras jurídicas actuales en la historia. En especial se ha considerado necesario realizar tal tarea en el caso de la misma libertad religiosa, pues su complejidad y entendimiento para un jurista del siglo XXI, además de su rol fundamental en el presente trabajo así lo ha requerido. Pero en otros casos menores también ha sido necesario acudir a la disciplina histórica, de forma paradigmática a la hora de tratar las festividades y descansos, o la objeción de conciencia. No faltan ejemplos en la doctrina laboralista en que se ha pretendido estudiar la dinámica de una figura concreta respecto la cual se ha obviado su devenir histórico como producto social a pesar de su larga tradición histórica. Tales atajos en la labor investigadora han conllevado muy a menudo unos resultados indeseables. No en vano, DURKHEIM dejó dicho lo siguiente en su ya clásica obra *Las formas elementales de la vida religiosa*: "*Cada vez que se prueba de explicar una cosa humana, tomada en un momento de tiempo determinado - sea una creencia religiosa, una regla moral, un precepto jurídico, una técnica estética, un régimen económico -, es necesario comenzar por remontarse hasta su forma más primitiva i más simple, mirar de dar cuenta de los caracteres por los cuales se define en este período de existencia, y después hacer ver cómo se ha desarrollado i complicado paso a paso, como ha llegado a ser lo que es en el momento considerado*" (DURKHEIM, Émile: *Les formes elementals de la vida religiosa*. 1ª edición. Barcelona: Edicions 62, 1982, p. 29, la traducción del catalán al castellano es propia). De este modo, si el objetivo es analizar el derecho a la libertad religiosa en la actualidad en el marco del contrato de trabajo, con todas sus complejidades inherentes (objeción de conciencia, prohibición de discriminación por convicciones religiosas, la empresa de tendencia, etc.), metodológicamente es lo más adecuado buscar los orígenes del precepto en la Antigüedad hasta su eclosión en la Modernidad, pasando por su adopción por el constitucionalismo español. Esa ardua tarea investigadora sin duda permite aprehender matizaciones de gran utilidad para ámbitos tan diversos como es el tiempo de trabajo, el descanso semanal, la utilización de simbología religiosa en el centro de trabajo, etc.

Si la disciplina histórica ha sido ineludible, otras disciplinas han sido asimismo del todo necesarias al tratar de un fenómeno tan polifacético como es la religión. En especial se han manejado las abundantes fuentes en materia de religión que ofrece una disciplina tan madura ya, también en España, como es la sociología. Era del todo imposible enfrentar el reto de relacionar el hecho religioso con el trabajo por cuenta ajena sin profundizar en el sentido sociológico de la religión y tener en cuenta dinámicas con resultados tan controvertidos como es la secularización. No es que fuera difícil, sino del todo imposible estudiar correctamente figuras como son, por ejemplo, los descansos semanales o las festividades sin traspasar las fronteras del Derecho para entrar de lleno en la sociología de la religión.

Y si la sociología de la religión ha estado siempre presente, al mismo tiempo lo ha debido estar en un menor grado la antropología y en unas dosis mayores la teología, y en general las fuentes y opiniones de las mismas confesiones religiosas. No por su presencia el carácter de la presente investigación se ha tornado menos científico. Precisamente lo que hubiera sido del todo incorrecto como principio metodológico es estudiar el hecho religioso obviando su contenido social, y ese contenido social incluye en ocasiones las mismas tesis religiosas. Igual que un trabajo de botánica probablemente incluirá captaciones de las mismas plantas que son objeto de estudio, es imposible tratar del descanso sabático si no se tienen en cuenta las tesis adventistas o judías en la materia. Asimismo, hubiera sido científicamente imperdonable aprovechar las tesis de las diferentes confesiones religiosas para criticarlas desde un prisma teológico o tomar partido por alguna de ellas, como sí se ha podido detectar desgraciadamente en muchas de las fuentes utilizadas, especialmente las españolas. Tampoco se ha pretendido tomar partido por una visión atea o, por el contrario, religiosa de la vida; simplemente se ha partido del hecho objetivo e indiscutible que el ordenamiento jurídico español, inserto en el comunitario e internacional, protege las cosmovisiones religiosas y arreligiosas en el puesto de trabajo.

Y ya en el ámbito puramente jurídico, se ha mostrado como el camino metodológicamente más ortodoxo y solvente el consistente en utilizar las fuentes y herramientas al uso de la Filosofía del Derecho (por ejemplo, respecto a la eterna disputa entre positivismo y iusnaturalismo), del Derecho Romano (ineludible para tratar de la objeción de conciencia o de la influencia del cristianismo en los ordenamientos jurídicos contemporáneos), del Derecho Eclesiástico del Estado (la libertad religiosa permanece siempre en el centro de toda la investigación), y obviamente del Derecho Civil. Respecto al ámbito más iusprivatístico no sólo hay que recordar que el Derecho laboral bebe de muchas de sus tesis por razones históricas y por su propia naturaleza (por ejemplo, teoría de las obligaciones o exteriorización de las convicciones religiosas como declaración de voluntad), sino que en la presente investigación ha sido muy necesario deslindar cuando en una controversia *inter privatos*, como es la relación laboral, deben prevalecer unos derechos fundamentales sobre otros, o ser modalizados, y fijar su influencia sobre los principios contractuales que han de regir sobre el contrato de trabajo. Unos principios que, no se olvide, derivan en primera instancia aunque con matizaciones de la teoría general de las obligaciones y que, por ejemplo, comprenden elementos como la prestación del consentimiento contractual, la buena fe o el abuso de derecho. En la sistematización que se ha llevado a cabo al respecto se ha debido conjurar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales en la relación jurídico - laboral con los principios que rigen una relación iusprivatista y que en buena parte están amparados por el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE). Mas de otro modo la aplicación real de las tesis aquí desarrolladas en el día a día del ámbito empresarial privado comportaría sin duda un obstáculo insalvable para el tráfico jurídico y económico en el que el contrato de trabajo se inserta en nuestra sociedad. Los juristas están para ofrecer soluciones teóricas viables en la práctica, en el ámbito social de que se trate, no para construir meras entelequias destinadas a quedar encapsuladas *sine die* en unos manuales que nunca abandonarán la biblioteca.

Así, el trabajo girará sobre tres aspectos, la libertad religiosa, la objeción de conciencia motivada por las creencias y la tutela antidiscriminatoria por razones religiosas. Y a partir de dichos puntos centrales se desarrollará el resto de manifestaciones jurídicas derivadas

de las citadas figuras: empresas de tendencia religiosas, profesores de religión en la escuela pública, la problemática de la simbología religiosa en el puesto de trabajo, etc.

Por si ello no fuera poco, desde un punto de vista jurídico es fácil de comprobar que la experiencia jurídica estadounidense, pero también en un menor grado la inglesa, canadiense o alemana, han estado presentes durante toda la investigación. Si los retos que afronta el Derecho del Trabajo español ya han sido enfrentados por otras sociedades antes, sería muy presuntuoso intentar encontrar soluciones jurídicas factibles sin tener en cuenta o de espaldas a las experiencias de otras sociedades avanzadas. De este modo, se ha considerado especialmente valiosa la prestigiosa e innovadora doctrina vertida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pero también la de otros órganos jurisdiccionales extranjeros o supraestatales, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La experiencia de unos, aunque no directamente vinculante, es enriquecedora e intelectualmente ineludible; y la doctrina de los otros, aunque menos original y quizás más decepcionante, es de plena aplicación al Estado español por lo que su estudio se ve doblemente justificado.

En resumen, con sus defectos y sus virtudes éste es un trabajo que pretende evidenciar que el Derecho del Trabajo es una disciplina viva que, con o sin la ayuda del legislador, se ha adaptado siempre a las circunstancias, y en el caso de la religión no se producirá ninguna excepción. Mejor o peor, con casi total seguridad lo primero, el Derecho laboral encauzará los retos que el futuro cada vez más plural le depara y sabrá dar respuesta a las controversias que irán materializándose en los tiempos venideros en el ámbito laboral por causa de las convicciones religiosas. Pero con un esfuerzo de la doctrina ello será sin duda más factible y menos conflictivo. De ahí que se haya realizado aquí un especial esfuerzo argumentativo para deshilar las características anudadas al rol que el Derecho del Trabajo debería llevar a cabo en la actual sociedad plural.

CAPÍTULO I: LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA HISTORIA

1. CIENCIAS SOCIALES, DERECHO Y FENÓMENO RELIGIOSO

Las ciencias sociales se han interesado por estudiar el modo en qué el fenómeno religioso, un fenómeno social de existencia inveterada y de relevancia indiscutible, ha interactuado en las sociedades humanas en muy distintos ámbitos, y entre ellos en el ámbito jurídico. Posteriormente se analizará cómo la libertad religiosa ha evolucionado desde sus primeros pasos en la más lejana antigüedad como mera tolerancia religiosa (con especial referencia a la tolerancia religiosa postulada por los apologetas cristianos). Al tratarse de un concepto jurídico moldeado lentamente por el tiempo, se ha creído más oportuno metodológicamente seguir sus vicisitudes desde un punto de vista cronológico¹. Una vez superada la antigüedad, se pasará a la Modernidad y hasta introducir de lleno el discurso en el tormentoso constitucionalismo español de la mano de los defensores de las tesis liberales, en continua confrontación con los políticos representantes del conservadurismo y del Antiguo Régimen. Una vez aclarado de dónde viene la libertad religiosa, cuál es su ámbito de aplicación, y apuntar adónde va en la actualidad, se procederá a radiografiar España desde un prisma sociológico, con la finalidad de averiguar en lo posible cómo se estructura su población en relación a sus orígenes, creencias y actitudes religiosas en la actualidad.

Así pues, después de haber recorrido el indicado *ítter* se habrá constatado, por un lado, el origen y el rol jugado hasta la actualidad por la libertad religiosa en las sociedades occidentales; por otro lado, se podrá tener en mente una fotografía del estado actual de la sociedad española desde un punto de vista del origen nacional como de actitudes religiosas. Ambas constataciones permitirán que se pueda dar un paso más allá en la presente investigación: el estudio y vigencia de los derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo, lo que a veces ha sido denominado gráficamente como la "introducción de la Constitución en la fábrica"; y el examen de la dinámica que juegan la libertad religiosa, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación en el seno de la relación laboral.

¹ Se han seguido de cerca los sabios consejos de Durkheim: "*Cada vegada que es prova d'explicar una cosa humana, agafada en un moment de temps determinat - sigui una creença religiosa, una regla moral, un precepte jurídic, una tècnica estètica, un règim econòmic -, cal començar per remuntar-se fins a la seva forma més primitiva i més simple, mirar de donar compte dels caràcters pels quals es defineix en aquest període de la seva existència, i després fer veure com s'ha desenvolupat i complicat pas a pas, com ha esdevingut allò que és al moment considerat*". DURKHEIM, Émile: *Les formes elementals de la vida religiosa*. 1ª edición. Barcelona: Edicions 62, 1982, p. 29. De este modo, si el objetivo es analizar el derecho a la libertad religiosa en la actualidad en el marco del contrato de trabajo, con todas sus complejidades (objección de conciencia, prohibición de discriminación por convicciones religiosas, la empresa de tendencia, etc.), metodológicamente es lo más adecuado buscar los orígenes del precepto en la Antigüedad hasta su eclosión en la Modernidad, pasando por su adopción por el constitucionalismo español. Esa ardua tarea investigadora sin duda permite aprehender matizaciones de gran utilidad para ámbitos tan diversos como es el tiempo de trabajo, el descanso semanal, la utilización de simbología religiosa en el centro de trabajo, etc.

Las ciencias sociales han estudiado en infinidad de ocasiones, desde su mismo nacimiento como tales, la influencia del fenómeno religioso en la sociedad a partir de muy variadas perspectivas. Ello es así porque la religión, y especialmente la fe cristiana, ha jugado un rol preeminente en la configuración de las sociedades de la Europa occidental. En pocas palabras, es imposible entender la realidad actual de la sociedad en que vivimos sin comprender la influencia ejercida de forma continuada por la religión, por las distintas religiones y confesiones religiosas, en los dos últimos milenios.

El presente estudio reemprende una vez más aquel interés, nunca perdido hasta la actualidad, por la investigación de los efectos del fenómeno religioso en la realidad social, y concretamente en relación al Derecho². Y más aun cuando el proceso secularizador, que hasta no hace mucho se consideraba imparable, ha resultado un fenómeno complejo, relativo, con avances y retrocesos³. No se olvide que el Derecho y la religión, a pesar de sus notables diferencias y sus conflictivas y mediáticas interacciones, comparten elementos comunes y, también es necesario recordar que ambos están conceptualmente emparentados. Ambos comparten conceptos parecidos de pecado y crimen; alianza y contrato; rectitud y justicia; ambos utilizan la liturgia y el ritual; la tradición y el precedente; las fuentes de autoridad y del poder; mantienen análogos métodos hermenéuticos; hacen uso de métodos de argumentación casuísticos y retóricos, y de organización sistemática de las respectivas doctrinas; en ambos campos intervienen personas especializadas en la formulación, implementación y demostración de las normas y costumbres en sus respectivos ámbitos; entre otras muchas similitudes y características de mutuo compartir⁴.

La complejidad compartida entre Derecho y religión ya fue puesta de manifiesto por el mismo Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en un momento tan temprano como en la sentencia del caso *Watson v. Jones*, 80 US 679 (1871). En dicha sentencia el prestigioso Tribunal rechazaba que debiera inmiscuirse en cuestiones doctrinales y teológicas de una organización religiosa determinada. Y entre otros motivos citaba sus características y complejidad, que incluía "*a body of constitutional and ecclesiastical law of its own, to be found in their written organic laws, their books of*

² Un interés y relevancia sociales que incluso ha trascendido en sede procesal: "*The relationship between law and religion has attracted a great deal of attention in recent years, politically and academically. This mirrors an increase both in the volume of national laws on religion and in litigation which invokes nationally or at Strasbourg the provisions of the ECHR on religion*". DOE, Norman: *Law and religion in Europe. A comparative introduction*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 3.

³ "*La secularización de las opciones morales individuales (que no se rigen por criterios religiosos) coexiste con una sacralización o neoconfesionalización de las esferas públicas, que se deja sentir de manera especial en las relaciones entre derecho y religión*". TAMAYO ACOSTA, Juan José: "Las fuentes mítico-religiosas del pensamiento europeo: secularización, retorno de la religión y laicidad", en AAVV: *Europa, Siglo XXI: secularización y Estados laicos*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006, p. 142. La religión no ha "muerto" en la sociedad postmoderna: "*La profecía moderna y cientísta que auguraba el final de toda religión no se materializó, e incluso en los países que cumplen el papel de modelo de futuro, Japón y en particular Estados Unidos no se detecta un número particularmente de ateos o no religiosos, ni siquiera entre su científicos de élite (que suelen ser ateos o no creyentes en una proporción similar a la del resto de la población)*". DIEZ DE VELASCO, Francisco: *Introducción a la historia de las religiones*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2002, p. 561.

⁴ WITTE JR., John: "«The three uses of law»: towards a protestant theory of Criminal law" en AAVV: *Religion, public life, and the American polity*. 1ª edición. Knoxville: The University of Tennessee Press, 1994, p. 176.

discipline, in their collections of precedents, in their usages and customs, which as to each constitute a system of ecclesiastical law and religious faith that tasks the ablest minds to become familiar with".

Concretamente en la presente investigación es objeto de interés el examen del influjo del hecho religioso en una de las relaciones jurídicas más extendidas en la contemporaneidad: la relación laboral. De esta forma, se pretende encontrar respuestas en un terreno yermo desde el punto de vista doctrinal en el Estado español al respecto, que se explica probablemente por la hegemonía existente por parte de la religión católica. No obstante, en los últimos tiempos han salido a la luz ya algunos trabajos en la materia. Una laguna inexistente en otros países, donde el Derecho del Trabajo nació en unas sociedades heterogéneas desde el punto de vista religioso y/o que se han visto con posterioridad afectadas por fuertes flujos migratorios que han conformado una realidad multicultural y, como efecto directo de ello, una realidad multirreligiosa. Y se intentará colmar dicho vacío desde una vertiente crítica, pero constructiva, no meramente descriptiva; de forma que el análisis del ordenamiento laboral existente en la actualidad en relación con la realidad social sobre la que pretende intervenir permita facilitar instrumentos para su adaptación y preparación frente a la sociedad del futuro. En la presente investigación pocos intentos apologéticos se detectarán, pues precisamente uno de sus objetivos es poner en evidencia la falta de preparación del Derecho del Trabajo frente a las necesidades de una sociedad plural⁵.

No resulta baladí mencionar que la investigación, que con estas líneas se emprende, aparece pocos años después de cumplirse el centenario de un estudio clásico, ya no sólo desde el prisma de la sociología de las religiones, sino también revolucionario por su ámbito más ambicioso y que fue más allá de dicha disciplina, tratando del influjo de la religión en la sociedad y economía modernas. Mejor dicho, que intentó explicar de forma científica la misma aparición del capitalismo moderno, con todo lo que ello conlleva. Naturalmente nos referimos a *La ética protestante y el «espíritu» del capitalismo* de MAX WEBER⁶. Como es conocido, en dicho trabajo se analiza como el ascetismo calvinista provocó la aparición del capitalismo en la época moderna. Dando un paso más, se puede afirmar que la principal tesis del genial trabajo no es que *“el ascetismo calvinista haya contribuido causalmente al nacimiento del capitalismo moderno (...), sino que dicho ascetismo ha sido el conformador esencial del ethos racional capitalista, al ser el impulsor decisivo de la orientación del comportamiento económico hacia una racionalización formal sistemática”*⁷. La obra se centra en un aspecto de la subjetividad común de los

⁵ Tal y como evidenció ALONSO OLEA *“el libro apologético en temas sociales, económicos y políticos es sospechoso casi por principio, aunque sólo sea revelador de una complacencia que probablemente es incompatible con la actitud del intelectual, no porque éste sea incapaz de descubrir realidades placenteras, sino porque se asigna a sí propio, consciente o inconscientemente, la misión de descubrimiento y denuncia de las que a su juicio no lo son”*. ALONSO OLEA, Manuel: *Los Estados Unidos en sus libros*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2010, pp. 18-19.

⁶ Dicho trabajo apareció con el título *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus* en los volúmenes 19 y 20 de la revista *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* de los años 1904 y 1905, respectivamente. Concretamente la primera parte, más breve que la segunda, en el Vol. 20 de noviembre (pp. 1-51), y la segunda parte en el Vol. 21 de junio (pp. 1-110). En 1920 se publicó una segunda edición revisada en el contexto de su obra *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, concretamente en el primer volumen de los tres que la componían.

⁷ Vid. GARCÍA BLANCO, José María: *“Reflexiones sobre teoría y método de La ética protestante y el espíritu del capitalismo”*, en AAVV: *En el centenario de La ética protestante y el espíritu del*

individuos que forman el primer empresariado capitalista, que compartían un modo históricamente nuevo de concebir y valorar la actividad laboral y que toma forma en la creación y gestión de empresas orientadas al beneficio. WEBER llama a ese modo de pensar “espíritu del capitalismo”, que no se trata de una *auri sacra fames* o mera e insaciable avidez por la riqueza; ni tampoco se trata de una simple autorización para perseguir el máximo beneficio; ni se trata de un conjunto de preceptos y recomendaciones de carácter operativo o técnico. WEBER supo relacionar y sistematizar genialmente las consecuencias de la religión en la actividad económica: el espíritu (*Geist*) del capitalismo es un conjunto de reglas de naturaleza moral que proponen al individuo un deber ser (un *sollen*, un *ought*)⁸.

Por la temática tratada, y especialmente por el contexto multiconfesional en que apareció, interesa aquí destacar que el trabajo weberiano empieza con la constatación empírica (defectos de la rudimentaria técnica estadística de la época aparte) de la intrínseca relación advertida entre la confesionalidad de empresarios y trabajadores, y las concretas características del mundo laboral donde tales sujetos están insertos. Así, se pone de relieve “*el carácter preponderantemente protestante tanto del empresariado y de los capitalistas como de los niveles superiores y cualificados de los obreros, en concreto del personal con formación técnicas o comercial superior de las empresas modernas*”⁹. Descartados otros factores que puedan haber contaminado la hipótesis de partida (como son la nacionalidad, el desarrollo cultural, etc.), el autor infiere una mayor participación en la vida económica de unas confesiones sobre otras.

A partir de dicha conclusión, podrá advertirse un dato objetivo obvio, cual es la gran heterogeneidad religiosa de la sociedad alemana, ya en la época en que WEBER realizó su estudio. Por ejemplo, según refiere el autor, la población de Baden estaba conformada en 1895 por un 37% de protestantes, un 61,3% de católicos y un 1,5% de judíos¹⁰. En cambio, si se ponen en relación la creencia religiosa con la actividad económica, resulta que en la misma población y años cada 1.000 evangélicos pagaban 954.000 marcos en impuestos sobre las rentas de capital, el mismo número de católicos pagaban 589.000 marcos. Por el contrario, el mismo número de judíos pagaban 4.000.000 de marcos.

No es fruto de la casualidad que la principal obra weberiana naciera en un contexto sociológico muy determinado. Dicha obra fue escrita tras un notable incremento de las desigualdades sociales en el marco de un período de expansión económica (particularmente en Alemania)¹¹. Es decir, en un momento histórico en que a la pluralidad

capitalismo. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2005, p. 52. Las conclusiones de Weber han sido criticadas en un buen número de ocasiones por sus inexactitudes. Por ejemplo, son ilustrativas las críticas llevadas a cabo en ELTON, Geoffrey Rudolph: *Reformation Europe. 1517-1559*. 22ª reimpresión. Londres: Fontana-Collins, 1982, pp. 311-318. Aunque se califica la obra de Weber como de “ensayo brillante”, ello no obsta a afirmar que se parte de premisas erróneas.

⁸ POGGI, Gianfranco: “Releyendo un ensayo de hace cien años”, en AAVV: *En el centenario de La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2005, p. 5.

⁹ WEBER, Max: *La ética protestante y el «espíritu» del capitalismo*. 4ª reimpresión. Madrid: Alianza Editorial, 2006, pp. 43-44. Para una excelente edición actual en alemán *vid.* WEBER, Max: *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*. 1ª edición. Munich: C.H. Beck, 2004.

¹⁰ WEBER: *La ética...*, *op. cit.*, p. 47, nota al pie 7.

¹¹ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Javier: “Introducción”, en AAVV: *En el centenario de La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2005, p. XIII.

constitutiva de la sociedad alemana se sumó una mayor capacidad para globalizarse. Por eso, tampoco es de extrañar que el examen de la bibliografía sobre la obra WEBER muestre que el interés por dicha obra, las traducciones a otros idiomas es muestra de ello, tenga lugar en momentos de transformaciones económicas y políticas colectivas, como lo es la actual.

Un estudio de tal índole hubiera perdido el sentido en una realidad sociológica donde existiera una sola confesión religiosa, que normalmente suele coincidir, aunque no siempre, con la existencia en un territorio determinado ocupado por una única etnia o sustrato nacional. De este modo, si se tiene en cuenta la acelerada mutación que ha sufrido la sociedad española en pocos años en cuanto a su configuración poblacional, parece del todo lógico que las ciencias sociales en España, y el Derecho no es una excepción, se interesen cada vez más por el estudio del fenómeno religioso y su impacto en el país, incluida la influencia en el ámbito laboral, como ya ocurrió en diferentes momentos históricos en países con sociedades muy plurales como son la mencionada Alemania, Francia, el Reino Unido¹² o los Estados Unidos¹³. Así, no es de extrañar la aparición en nuestro país de cada vez un mayor número estudios en los que se calibra el impacto del fenómeno migratorio en la economía o sobre el grado de integración de la

¹² A modo de ejemplo: después de las elecciones de mayo de 2010 en el Reino Unido 26 de los 649 parlamentarios eran de origen asiático o de raza negra. La doctrina británica ha criticado tal realidad, que no se considera suficientemente representativa de la sociedad plural británica. FREDMAN, Sandra: *Discrimination law*. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 59. ¿Cuántos parlamentarios en dicha fecha que desempeñaran sus funciones en el Senado o en el Congreso de los Diputados en España son de religión musulmana o étnicamente pertenecientes a una de las diferentes minorías existentes en el país? ¿Cuántos jueces pertenecen a minorías? En el año 2009 en Inglaterra habían tres jueces de raza negra o de origen asiático que desempeñaran funciones en las más altas instancias judiciales. En el año 2008 vivían en el Reino Unido 2,42 millones de musulmanes de muy distintas procedencias: Pakistán, Bangladesh, India, Turquía, Egipto, Iraq, Kurdistán, Somalia, Yemen, Marruecos, etc. No obstante, y a pesar de su gran número, según la autora no se ha documentado claramente la extensión de la discriminación en el mercado de trabajo por sus creencias religiosas (pp. 79-81).

¹³ Debido a su gran y perenne pluralidad religiosa, en los Estados Unidos desde hace lustros los estudiosos de diferentes ámbitos se han interesado por la relación entre el mundo del trabajo, los negocios en general, y la religión. Por poner un ejemplo del estado avanzado en que se encuentra en la sociedad la relación entre dichos dos ámbitos puede examinarse lo siguiente: "*At the food giant Tyson Foods, workplace chaplains roam the corporate halls and processing floors. Corporations like Ford and Xerox sponsor spiritual retreats to spark creativity, and small businesses include Bible verses and Christian symbols on their advertising. In the fast-food industry, Chick-fil-A honors the Sabbath by closing on Sunday, and amid rapid growth they dedicate each new store to God's glory. Prominent business theorists like «The One-Minute Manager»'s Kenneth Blanchard write books about Jesus as a leader, and even Wal-Mart sells the publications. At the same time, major American universities including Virginia Tech, Notre Dame, and Columbia University offer courses touting the value of spirituality to future business managers and in Washington, DC, public policy makers wonder how to respond to a rising tide of religious discrimination complaints*". LAMBERT III, Lake: *Spirituality, Inc. Religion in the American Workplace*. 1ª edición. Nueva York: New York University Press, 2009, p. 1. Después de los diferentes atentados terroristas habidos en suelo estadounidense en los últimos años, los autores norteamericanos se preguntan cómo afrontar la aún creciente diversidad religiosa en todos los ámbitos, incluido el puesto de trabajo: "*The challenge now facing the Unites States is whether Americans will succeed - even as the specter of terrorism makes heightened caution a prudent and appropriate response - in celebrating and protecting the tremendous religious diversity that has reshaped the nation in the past four decades. Will US citizens muster the strenght and develop the critical skills to leave peaceably - at work, in schools, in politics - with people of all religious traditions?*". HICKS, Douglas A.: *Religion and the workplace. Pluralism, spirituality, leadership*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 12.

población trabajadora migrante en una zona geográfica concreta. Es decir, trabajos que desde diversas disciplinas analizan características relacionadas con la cada vez menos homogénea población que habita en España, una falta de homogeneidad que responde a razones religiosas, étnicas, nacionales, lingüísticas...

También es cierto que otras lagunas doctrinales existentes son compartidas por varios países europeos, por ejemplo con Italia. Así, si bien existe un interés común por indagar en la relación entre el Derecho y el factor religioso, dicho interés por desgracia no se ha visto materializado en la disciplina del Derecho comparado de los sistemas jurídicos religiosos, y a pesar de que la interrelación actual de culturas en el contexto de la globalización debería haber acrecentado no ya su interés, mas sólo la evidencia de su necesidad de conocimiento pura y dura. Si no se conocen los otros Derechos religiosos más allá del Derecho canónico, como es el musulmán en sus variantes más extendidas o el judío¹⁴, difícilmente se puede hacer frente con garantías a las problemáticas jurídicas que plantea la multiculturalidad¹⁵. Tal conocimiento conllevaría un mutuo enriquecimiento que se retroalimentaría del Derecho secular (especialmente el Derecho Eclesiástico del Estado, pero también el Derecho del Trabajo, que siempre va de la mano con los derechos fundamentales), del Derecho religioso y de las otras disciplinas y ciencias sociales que se ocupan de estudiar el fenómeno religioso, especialmente la sociología de la religión¹⁶ o la historia de las religiones.

El avance óptimo del conocimiento (científico) es siempre una continuación de lo indagado anteriormente, una tarea de reflexión coordinada y en colaboración con las otras investigaciones en curso, y un punto de partida para futuros avances en la materia¹⁷. Así, como consecuencia de la complejidad del fenómeno religioso, se ha puesto de manifiesto cómo el análisis histórico-religioso ha de utilizar instrumentos creados en las más diferentes disciplinas, desde la psicología al Derecho, de la geografía a la economía¹⁸. Y han de vencerse todos los tabúes que aún puedan existir respecto al

¹⁴ "La razón última para cumplir la ley es que ella es revelación de la voluntad de Dios: el judío que obedece a la ley porque está convencido de su bondad tiene menos mérito que el que lo hace simplemente porque está mandado por Dios". FERRARI, Silvio: *El espíritu de los derechos religiosos*. 1ª edición. Barcelona: Herder, 2004, p. 114.

¹⁵ Dicha crítica es apuntada en FERRARI: *El espíritu...*, *op. cit.*, pp. 21-29.

¹⁶ En dicho sentido se manifiesta DOE: "A study of national religion laws may also benefit from, and perhaps contribute to, disciplines outside the field of law. Sociology of religion, for instance, provides fundamental propositions about the contemporary role of religion in society. These propositions may be used to understand religion law more deeply in its social contexts. Equally, national religion laws and the principles which flow from them may be used to substantiate or refute the propositions of sociology of religion, given that law itself, of course, is like religion a social phenomenon". DOE: *Law and religion...*, *op. cit.*, p. 260

¹⁷ "El saber del individuo es limitado, pero ilimitada es la razón y la ciencia, pues son actos comunitarios de la humanidad". FEUERBACH, Ludwig: *La esencia del cristianismo*. 4ª edición. Madrid: Trotta, 2009, p. 133.

¹⁸ "La finalidad es comprender mejor el hecho religioso en toda su diversidad y complejidad; un camino en construcción, pues hay que tener en cuenta que nuestros instrumentos de análisis nos limitan, y que a la complejidad que se deriva de analizar lo social hay que añadir la necesidad de aproximarse a las creencias, quizá el campo más refractario de estudiar y comprender". DIEZ DE VELASCO: *Introducción...*, *op. cit.*, p. 49. Un buen ejemplo de la necesidad de romper cualquier barrera que mantenga una artificial impermeabilidad entre disciplinas académicas son los estudios llevados a cabo en materia de intercambios transculturales, donde el Derecho, la economía, la sociología, la geografía o la historia se funden habitualmente con resultado de grandes avances en el conocimiento científico de la religión: "A renewed focus on the role of religion in cross-cultural trade permit us to revisit long-standing historical questions about how religious norms affected the

estudio científico de la religión, desde sus más diversas vertientes¹⁹. Si el Derecho del Trabajo frecuentemente ha dado la espalda al fenómeno religioso, la religión desde tiempos inmemoriales ha incidido en el trabajo humano²⁰.

El complejo concepto de libertad religiosa (y el menos evolucionado y previo de tolerancia religiosa) cobra una especial importancia en aquellos países donde la sociedad es más

*everyday conduct of trade and how, in turn, religious beliefs and institutions were themselves affected by commercial relations with members of other religions. In many cases, moreover, commercial networks were intertwined with military and missionary expeditions. Ultimately, we are thus confronted with the question of when trade between religious groups have way to more tolerant views of «the other» and when, by contrast, it coexisted with hostile images of commercial partners that were decried as «infidels»". TRIVELLATO, Francesca: "Introduction. The historical and comparative study of cross-cultural trade", en AAVV: *Religion and trade. Cross-cultural exchanges in world history, 1000-1900*. 1ª edición. Nueva York: Oxford University Press, 2014, p. 14.*

¹⁹ Las siguientes palabras de Durkheim resultan premonitorias: "*Durant molt de temps, la idea de sotmetre la vida psíquica la a ciència feia l'efecte d'una mena de profanació; fins i tot avui, encara repugna a molta gent. Malgrat això, la psicologia experimental i comparativa s'ha constituït i avui cal comptar amb ella. Però el món de la vida religiosa i moral encara es manté prohibit. La gran majoria dels homes continua creient que aquí hi ha un ordre de coses en què l'esperit només pot penetrar per vies molt especials. D'aquí vénen les vives resistències que hom troba sempre que intenta tractar científicament els fenòmens religiosos i morals. Però, a despit de les oposicions, els intents es repeteixen i aquesta mateixa persistència permet de preveure que aquesta última barrera acabarà cedint i que la ciència també establirà el seu domini en aquesta regió reservada*". DURKHEIM: *Les formes...*, op. cit, p. 433. En los años 70 del siglo pasado se ponía de manifiesto la necesidad del trabajo interdisciplinar cuando se trataba del Derecho y el fenómeno religioso de la siguiente manera: "*For law, synthesis means, in part, a new era of reaching out to other disciplines and other professions and other social processes - to sociology and economics and political science, to medicine and business management, to poverty and race and international relations, to literature and art and religion. In American law schools we are perhaps about to enter the new era (or at least to knock on its door) with courses in «law and ___»: law and medicine, law and economic development, law and race relations, law and psychiatry, (hopefully) law and religion. For religion, similarly, there is a breaking down of barriers: the parish may be the ghetto or the hippies on the common, and the schools of theology are also beginning to pair religion with other disciplines and social processes. Of course, the best teachers and the best practitioners of both law and religion have always conceived their respective disciplines in broad terms as interlocking with other disciplines, other professions, and other social processes. What is new is the extent to which this conception is now becoming recognized as central to an understanding of every discipline, and the extent to which it is beginning to be systematized*". BERMAN, Harold J.: *The interaction of law and religion*. 1ª edición. Londres: SCM Press, 1974, pp. 114-115. En la misma época se hacía la siguiente reflexión sobre la relación entre ciencia (especialmente respecto las ciencias sociales) y religión en un ensayo titulado "Between religion and social science": "*They have different purposes, different limitations, different modes of action. But they are both part, and I would argue a necessary part, of every culture and every person. They need to exist in some vital and healthy whole in which each is integral. This means not simply a tacit agreement to ignore each other but open interchange between them with all the possibilities of mutual growth and transformation that that entails*". BELLAH, Robert N.: *Essays on religion in a post- traditional world*. 1ª edición. Nueva York: Harper & Row, 1976, p. 244.

²⁰ Al respecto, es interesante destacar este fragmento de la Encíclica "Laborem Exercens" sobre el trabajo y su regulación, especialmente en cuanto a los derechos subjetivos de los trabajadores: "*Aunque unido a la fatiga y al esfuerzo, el trabajo no deja de ser un bien, de modo que el hombre se desarrolla mediante el amor al trabajo. Este carácter del trabajo humano, totalmente positivo y creativo, educativo y meritorio, debe constituir el fundamento de las valoraciones y de las decisiones, que hoy se toman al respecto, incluso referidas a los derechos subjetivos del hombre, como atestiguan las Declaraciones internacionales y también los múltiples Códigos del trabajo, elaborados tanto por las competentes instituciones legisladoras de cada País, como por las organizaciones que dedican su actividad social o también científico-social a la problemática del trabajo. Un organismo que promueve a nivel internacional tales iniciativas es la Organización Internacional del Trabajo, la más antigua Institución especializada de la ONU*".

plural, y por lo tanto la complejidad del fenómeno religioso es más palpable, por lo que se deberá prestar una especial atención, por ejemplo, a los Estados Unidos de América y la rica doctrina jurisprudencial desarrollada en dicho país desde su misma fundación²¹. Al respecto, y como se verá en el apartado correspondiente, las circunstancias que rodearon la génesis de su texto constitucional se plasmaron en un hecho paradójico para el jurista, al menos a primera vista: en la Constitución de los Estados Unidos, a diferencia de los textos fundamentales de los diferentes Estados que forman la federación, no se realiza ninguna referencia explícita a Dios, y menos aun a su naturaleza o caracteres. Pero en cambio, por poco que el jurista analice su texto con detenimiento, la impronta del cristianismo no tarda en aflorar²². Así, se prevé que para el cómputo del plazo para llevar a cabo un veto presidencial hay que excluir los domingos. ¿Puede entonces el iuslaboralista tener la conciencia tranquila desde un punto de vista científico de que la alusión al domingo realizada en el art. 37 ET se asienta de forma segura en la asepsia y total secularización de dicho día de la semana para la sociedad española? La influencia

²¹ Por citar un ejemplo, en los Estados Unidos existe una amplia jurisprudencia sobre aspectos como es el impago de las cuotas sindicales (allí obligatorias) por motivos religiosos. PALOMINO LOZANO, Rafael: *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el Derecho norteamericano*. 1ª edición. Madrid: Montecorvo, 1994, pp. 199-210. Asimismo vid. NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. 2ª edición. Madrid: Iustel, 2012, pp. 433-434. Además, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha asumido desde su creación la pluralidad religiosa que conforma el país. Por ejemplo, en el caso de unos escolares de la confesión de los Testigos de Jehová que se negaban a saludar a la bandera en su escuela la sentencia dictada en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943), afirmó lo siguiente: "*The case is made difficult not because the principles of its decision are obscure, but because the flag involved is our own. Nevertheless, we apply the limitations of the Constitution with no fear that freedom to be intellectually and spiritually diverse or even contrary will disintegrate the social organization. To believe that patriotism will not flourish if patriotic ceremonies are voluntary and spontaneous, instead of a compulsory routine, is to make an unflattering estimate of the appeal of our institutions to free minds. We can have intellectual individualism and the rich cultural diversities that we owe to exceptional minds only at the price of occasional eccentricity and abnormal attitudes. When they are so harmless to others or to the State as those we deal with here, the price is not too great. But freedom to differ is not limited to things that do not matter much. That would be a mere shadow of freedom. The test of its substance is the right to differ as to things that touch the heart of the existing order*". Dicha sentencia tiene el mérito que, a pesar de haberse dictado en plena contienda de la II Guerra Mundial cuando el nacionalismo estaba exacerbado (y su objeto era la obligación de rendir honores a la bandera y al país), rectificaba la doctrina de otras sentencias no tan afortunadas (especialmente la dictada en el caso *Minersville School District v. Gobitis*). Igual que en el caso del Tribunal Supremo norteamericano, el de Canadá, o las máximas instancias judiciales del Reino Unido llevan la pluralidad en su código genético (incluso contando entre sus integrantes a miembros de minorías étnicas); sería conveniente que el Tribunal Supremo español, especialmente la Sala IV, aproveche los casos que le puedan llegar para hacer valer realmente el ejercicio del derecho a la libertad religiosa en una sociedad que realmente se tenga por plural y regida, por lo tanto, por más de una cosmovisión, no sólo la mayoritaria o mayoritarias.

²² LEE MILLER, William: *The first liberty: America's foundation in religious freedom*. 1ª edición. Washington DC: Georgetown University Press, 2003, pp. 101-102. También se ha enfatizado la estabilidad y longevidad de los preceptos contenidos en la Carta Magna estadounidense, que paradójicamente entran en relación continua con preceptos aún más estables y longevos como son los de origen religioso: "*La longevidad de las normas contenidas en la constitución de Estados Unidos (considerable en comparación con la mayor parte de las cartas constitucionales) palidece ante las reglas jurídicas contenidas en la Biblia hebrea, el Evangelio y el Corán*". FERRARI: *El espíritu...*, op. cit., p. 302. Como se verá al tratar de conceptos como el de ajuste razonable en las relaciones laborales, gracias a su sistema jurídico de *Common Law* el ordenamiento norteamericano se ha ido adaptando de forma admirable a los acelerados cambios sociales habidos en las últimas décadas a través de notables esfuerzos hermenéuticos y sin necesidad de alterar la constitución.

de las religiones y sus Derechos de inspiración divina en el ordenamiento jurídico (secular) no siempre es detectable de manera prístina en una sociedad que se pretende secularizada como la europea²³.

Ya en nuestro continente, la turbulenta historia de Europa, marco geográfico en el que antaño se produjeron durante largos siglos devastadoras guerras de religión²⁴, se ha puesto de relieve que no se puede hablar de una verdadera democracia cuando no es respetada la libertad de religión. *De facto*, no es posible una verdadera convivencia entre los ciudadanos que habitan un territorio cuando no son respetadas sus creencias, particularmente sus creencias religiosas. No se disfruta de una completa libertad cuando las creencias más íntimas no son respetadas por el Estado, ni tampoco por los sujetos privados. Un matiz, el de las relaciones y vigencia de los derechos fundamentales *inter privados*, que adquiere una especial relevancia en la época contemporánea: no existirá una verdadera y completa libertad si la libertad de creencias y la libertad religiosa no son respetadas en los centros de enseñanza, en los medios de comunicación, en la Administración pública, en definitiva, si son conculcadas en las empresas. Ese respeto, no sólo es exigible en relación a las personas con creencias religiosas, del tipo que sean; sino que la libertad religiosa, aspecto que es omitido frecuentemente, también es predicable en garantía de las convicciones de aquellas personas en las cuales faltan dichos sentimientos religiosos, como el es caso de los no creyentes y ateos, también en sus diversas variantes.

Sin embargo, una democracia avanzada, sistema político que rige en la gran mayoría de los Estados europeos con más o menos grados de madurez, no puede limitarse simplemente a respetar, a tolerar, la existencia de unas creencias religiosas, sino que debe remover todos los obstáculos para su práctica. Probablemente, dicho matiz es mucho más claro en aquellos Estados donde, desde un punto de vista sociológico, no existe una mayoría de población que se adscribe a una determinada doctrina religiosa. Por lo tanto, es en los países o territorios donde existen minorías religiosas, donde dicho elemento de la libertad religiosa es esencial si se quiere mantener no sólo una mera coexistencia pacífica, sino una verdadera convivencia que sea enriquecedora para todas las personas, tanto las que profesan creencias mayoritarias, como minoritarias; como las que no profesan creencia religiosa alguna. Con más razón, en aquellos países, como es España, en que las minorías religiosas pasan a ser mayoría en ciertas zonas geográficas, es cuando la libertad religiosa debe garantizar la libertad e igualdad de unas personas, de unos trabajadores y trabajadoras, cuyo credo no es el históricamente arraigado en el territorio del que se trate, por lo que las normas jurídicas, como son típicamente las laborales, han sido diseñadas de acuerdo con las necesidades y según la visión del mundo y las costumbres de la religión dominante, en el Estado español la religión católica.

²³ “El análisis histórico del derecho revela las influencias recíprocas, los préstamos y los trueques que se producen – en la formación de las instituciones jurídicas – entre los ordenamientos religiosos y los seculares que predominan en determinado lugar y tiempo”. FERRARI: *El espíritu...*, op. cit., p. 35. El autor ejemplifica dicha interrelación con la institución del matrimonio. En occidente el matrimonio civil aún muestra características heredadas de su origen canónico; mientras que se diferencia claramente de la misma institución en otras partes del mundo.

²⁴ Dicho aserto debe ser matizado, pues en el presente también se han producido guerras en el continente europeo donde el factor religioso ha jugado un rol fundamental, especialmente los diferentes conflictos habidos en la zona de los Balcanes.

2. ORIGEN HISTÓRICO DE LA TOLERANCIA RELIGIOSA EN LA ANTIGÜEDAD

“Todas las cosas están llenas de Dios. Todos alzamos nuestra miradas a las mismas estrellas; un mismo cielo se extiende sobre nosotros; el mismo universo nos circunda. ¿Qué importa cuál sea la forma de buscar la verdad? No es un solo sendero el que nos lleva a tan gran secreto”²⁵.

Antes de iniciar el estudio de la composición religiosa del Estado español y del rol que la religión juega en él, es necesario examinar cuál es el origen histórico de la libertad religiosa, para poder facilitar la posterior comprensión de un concepto complejo y cuya completa aprehensión es de capital importancia para analizar su interacción con la relación laboral. Aunque más tarde se delimitará cuál es el objeto de la libertad religiosa, recuérdese que el fenómeno religioso no se limita a un ámbito interno o privativo del creyente, limitación que haría estéril un trabajo como éste, que intenta indagar sus interacciones en el contexto de la relación de trabajo por cuenta ajena; sino que dicho fenómeno se exterioriza más allá del ámbito privado o familiar, lo que convierte al hecho religioso en un fenómeno social y provoca, al mismo tiempo, que las autoridades, o modernamente el Estado - nación, intenten regularlo de acuerdo con la ideología imperante en cada momento de la historia²⁶.

El origen moderno del concepto de libertad religiosa se puede situar al final de las denominadas “guerras de religión” que asolaron Europa y dejaron una impronta en la sociedad europea que aún es fácilmente perceptible en la actualidad a través de muy distintas manifestaciones²⁷. No obstante, es metodológicamente ineludible tratar antes de

²⁵ Quinto Aurelio Símaco (*Quintus Aurelius Symmachus*): *Relatio*. Autor pagano nacido aproximadamente en 340 y que murió en 402 d.C.

²⁶ “Es indudable que el fenómeno religioso – que directamente hace referencia a las relaciones entre la creatura y su Creador, entre el hombre y Dios – no se reduce a un ámbito estrictamente íntimo, personal individualista, sino que tiene, inserto en su propia naturaleza, una proyección social. De ahí la necesidad de que la organización jurídico – política de la sociedad, esto es, el Estado, regule, por medio de su Derecho, determinados aspectos de la dimensión social de la vida religiosa de los ciudadanos”. LOMBARDÍA, Pedro y FORNÉS DE LA ROSA, Juan: “El derecho eclesiástico”, en AAVV: *Derecho eclesiástico del Estado español*. 5ª edición. Pamplona: EUNSA, 2004, p. 19. A continuación el autor enumera las posiciones adoptadas históricamente por los Estados en relación a la religión: protección de una determinada religión en perjuicio de las demás; fomento de la vida religiosa y trato igualitario de cada grupo religioso sin intromisión en las opciones de los individuos en relación con el pluralismo religioso; ignorancia de la existencia misma del hecho religioso; y, finalmente, persecución de cualquier manifestación de índole religiosa. Aunque el autor no lo diga, cabe decir que dichas tipologías de actitud estatal ante el fenómeno religioso difícilmente se darán en su forma pura. Al contrario, lo más probable es que se den mezcladas las unas y las otras, lo que no es óbice para que dicha enumeración pierda su utilidad a efectos de sistematizar las diferentes posibilidades.

²⁷ “The pluralistic potential was realized in the wake of the Wars of Religion. When the settlement of these wars established the principle of cuius regio eius religio, it did not thereby, set up a pluralistic situation. On the contrary, the Protestants were as violent in their efforts to exercise monopolistic control over their territories as the Catholics. But once the unity of Christendom was effectively broken, a process was set in motion that made further fragmentations much easier of accomplishment and which eventually, for practical rather than ideological reasons, led to a widening toleration of religious deviance both in protestant and catholic territories”. BERGER, Peter L.: *The social reality of religion*. 1ª edición. Middlesex: Penguin Books, 1973, pp. 140-141. Desde la doctrina española se ha constatado: “Esa exigencia se corresponde históricamente con la lucha por la tolerancia que se desarrolla en Europa como consecuencia de las guerras de religión;

sus antecedentes en el mundo antiguo, unos antecedentes que posibilitaron la posterior creación y desarrollo paulatino del concepto en la Ilustración y cuya configuración ha dado como resultado la libertad religiosa que hoy en día se puede identificar en la gran mayoría de los Estados que conforman la Europa occidental. De forma pareja a dicho concepto de libertad religiosa, será ineludible tratar del concepto de tolerancia religiosa, que sin ser sinónimo de aquél, posee características comunes y constituye un *prius* lógico desde un punto de vista conceptual e histórico.

En todo caso, ya de este momento se rechaza que la libertad religiosa sea un "derecho natural" tal y como es conceptualizado por las diferentes corrientes del iusnaturalismo²⁸. Como se demostrará en el análisis histórico llevado a cabo a continuación del génesis y devenir, primero de la mera tolerancia religiosa, y después de la más perfeccionada libertad religiosa, dicha libertad religiosa no constituye un derecho preexistente al ordenamiento jurídico del Estado, ni mucho menos inherente a la naturaleza humana,

inicialmente se tolerarán los cultos meramente privados y más tarde algunas de sus manifestaciones públicas, pero sin que ello suponga una plena libertad, es decir, una libertad igualitaria cuyo ejercicio no genere discriminaciones o se halle sometido a fuertes restricciones". PRIETO SANCHÍS, LUÍS: "Principios constitucionales del derecho eclesiástico español", en AAVV: *Manual de Derecho eclesiástico*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2004, p. 26.

²⁸ A continuación se recogen las definiciones de "iusnaturalismo" y de "positivismo jurídico" que han sido las tenidas en cuenta en la presente investigación: "Por «iusnaturalismo» entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por «positivismo jurídico» entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo. Obsérvese la asimetría de las dos definiciones. Mientras que el iusnaturalismo afirma la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, el positivismo jurídico no afirma la superioridad del derecho positivo sobre el derecho natural, sino la exclusividad del derecho positivo. Por otra parte, mientras que el positivismo jurídico afirma la exclusividad del derecho positivo, el iusnaturalismo no afirma que exista únicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho positivo, aunque en una posición de inferioridad con respecto al derecho natural. Más brevemente: por iusnaturalismo entiendo la teoría de la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo; por positivismo jurídico la teoría de la exclusividad del derecho positivo. El iusnaturalismo es dualista, el positivismo jurídico, monista". BOBBIO, Norberto: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2015, pp. 122-123. Y aquí se puede situar precisamente el *quid* y el reto de la presente investigación. En el presente trabajo se desarrolla una dogmática del derecho a la libertad religiosa, de la prohibición de discriminación por convicciones religiosas y del derecho a la libertad de conciencia en el seno de la relación laboral con unos anclajes que no han de localizarse en teoría etéreas o metajurídicas sobre la justicia, sino en el mero análisis de las consecuencias jurídicas que han de derivarse del ordenamiento jurídico positivo español. La solución no ha de buscarse allí afuera, en lo justo e injusto; sino aquí, en lo ya existente, dilucidando el entramado jurídico positivo, guiando correctamente una hermenéutica que muchas veces se detiene en el contexto laboral en la mera legalidad ordinaria, en los principios contractuales liberales anteriores a los sistemas constitucionales cuya razón de ser es el efecto directo e inmediato de los derechos fundamentales que prevén. Una definición clásica de "Derecho natural" es la siguiente: "The Divine laws, or the laws of God, are laws set by God to his human creatures. (...) they are laws or rules properly so called. Of the Divine laws, or the laws of God, some are revealed or promulgated, and others are unrevealed. Such of the laws of God as are unrevealed are not unfrequently denoted by the following names or phrases: «the law of nature», «natural law», «the law manifest to man by the light of nature or reason», «the laws, precepts, or dictates of natural religion». Such of the Divine laws as are unrevealed are laws set by God to his human creatures, but not through the medium of human language, or not expressly. These are the only laws which has set to that portion of mankind who are excluded from the light of Revelation". AUSTIN, John: "The province of jurisprudence determined", en AAVV: *Utilitarianism and On Liberty*. 2ª edición. Oxford: Blackwell, 2003, p. 236.

como afirma algún sector doctrinal²⁹ o alguna confesión religiosa, ya que, como es conocido, el Derecho natural es una doctrina perfeccionada hasta altos grados de complejidad por la teología³⁰. Aquí no se defiende una postura positivista extrema e inflexible; al contrario, partiendo de un prisma positivista moderado, que tiene en cuenta los valores constitucionales y derivados de la primacía los derechos humanos, no obvia que tales valores no son ni muchos menos inmutables, preexistentes en el tiempo y cuya vigencia se deba dar por garantizada. Son un producto humano, y como tales sometidos a las limitaciones y circunstancias inherentes al devenir asimismo humano³¹; de ahí la diferente manera de reconocer tal derecho en los diferentes Estados³².

El derecho a la libertad religiosa, como las conexas libertades de pensamiento y conciencia son conceptos que se han creado, perfilado y delimitado con el devenir histórico en diferentes comunidades humanas y en distintos lugares, y que según el caso han sido concebidos y aplicados de manera muy diferente³³; con límites diversos, que después de su reconocimiento es el segundo elemento más relevante³⁴. El ser humano, mejor dicho, los gobernantes de cada momento no se han limitado a reconocer un

²⁹ ROSSELL GRANADOS, Jaime: *La no discriminación por motivos religiosos en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, pp. 19-20. Es la tesis sostenida por el autor y otros autores citados en dicha obra.

³⁰ Sobre la noción del Derecho natural y los derechos naturales desde la antigüedad hasta la contemporaneidad puede consultarse TIERNEY, Brian: "Natural law and natural rights", en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 89-103.

³¹ La doctrina italiana, fruto de su experiencia dictatorial bajo el fascismo, tiene muy presente las pugnas entre positivismo y iusnaturalismo, en todas sus variantes, que no son pocas, y en sus manifestaciones extremas: "*Para quienes se sitúan en un punto de vista formal, para que una norma sea jurídica, no importa que sea justa; lo único que importa es que haya sido establecida por la autoridad que está autorizada para producir normas jurídicas. Una de las consecuencias más obvias de la concepción formalista del derecho era que el derecho natural, al no ser formalmente válido, no podía siquiera calificarse propiamente como derecho. Uno de los más importantes juristas italianos, Carnelutti, a la vez que se alejaba del agnosticismo ético mantenido hasta entonces, y reconocía la existencia de leyes morales a las que el derecho debe obedecer, negaba que tales leyes pudieran ser legítimamente consideradas como «derecho natural», porque «el derecho, como tal, no es, no puede ser más que positivo, un conjunto de mandatos humanos». Se podría concluir que ante la expresión «derecho natural» los filósofos, tanto positivistas como iusnaturalistas, dirigieron su ataque contra el adjetivo, mientras que los juristas contra el sustantivo. Ante la pregunta: «¿Qué es el derecho natural?», unos negaron que fuera natural y otros que fuera derecho". BOBBIO: *Iusnaturalismo...*, op. cit., p. 63.*

³² "*Sería de una ingenuidad culpable ignorar que las sociedades occidentales aún viven marcadas por las heridas de muchos años de enfrentamientos: entre Confesiones religiosas, entre Estados nacionales, entre éstos y aquéllas. Para comprender las últimas razones de las opciones jurídicas de los Estados europeos o de los Estados Unidos de América es necesario no ignorar cómo se ha desarrollado la libertad religiosa en esos países y de qué precedentes históricos partían". BUENO SALINAS, Santiago y GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús: *Proselitismo religioso y Derecho*. 1ª edición. Granada: Comares, 2002, pp. 101-102.*

³³ Se puede examinar un ejemplo de estudio de la evolución histórica de la libertad religiosa desde la Antigüedad hasta la época contemporánea en AUBERT, Roger: "Das Problem der Religionsfreiheit in der Geschichte des Christentums", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 422-454.

³⁴ "*No parece tener hoy una gran importancia práctica la cuestión de saber si una acción del individuo está directamente autorizada, o sólo está indirectamente reconocida por el Estado. Pero el objeto de la ciencia del Derecho no se reduce a formar jueces y funcionarios, y a enseñarles cómo deben resolver los casos difíciles. Conocer el límite jurídico entre el yo y la colectividad, es el problema más elevado que la especulación debe resolver, mediante el estudio de la sociedad". JELLINEK, Georg: *La Declaración de los Derechos del Hombre*. 1ª edición. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 141.*

fenómeno preexistente, sino que como producto de la historia, concretamente a través de las luchas de los diferentes grupos disidentes que se han materializado en todas las sociedades, se ha creado lo que se podría denominar un “producto jurídico”, es decir, un producto de naturaleza social, no natural, que como tal puede ser modificado o derogado³⁵.

Cosa distinta es que el ordenamiento atribuya al individuo un derecho por el mero de tratarse de un ser humano. Aunque éste no es el momento ni el lugar de desarrollar la idea en una mayor extensión, ni siquiera puede afirmarse que los derechos humanos o en general el Derecho, como un conjunto de normas jurídicas, hayan existido siempre o que tenga un fundamento natural o biológico³⁶. El Derecho, al igual que el derecho a la libertad religiosa, fue creado en determinados momentos históricos, como lo fueron las matemáticas, tal y como se tendrá ocasión de observar al tratar de la objeción de conciencia. Los derechos son meras convenciones humanas, y como tales fueron creados; así pues son susceptibles de sufrir retrocesos, o pueden ser eliminados por el Estado o una sociedad; pero nunca son permanentes e inalterables³⁷. El derecho a la libertad religiosa, a diferencia del Derecho en general, ni siquiera existía antes de la creación del Estado moderno, que obviamente tampoco constituye un fenómeno natural. Como se explicará a continuación, ni siquiera en el período que se suele denominar Modernidad ha existido siempre el derecho a la libertad religiosa, ni ha sido regulado de la misma manera.

Desde luego, dichos asertos no deben confundirse con la constatación que el derecho a la libertad religiosa sea configurado como un derecho de carácter subjetivo, es decir, cuya titularidad recae en la persona. Asimismo, cosa distinta es que, aunque sus antecedentes deban situarse en la antigua Grecia (por ejemplo, véase *Antígona* de

³⁵ Para una crítica de la calificación en la Modernidad del derecho a la vida o el derecho a la propiedad como derechos naturales, entre otros derechos, *vid.* CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón: *Fruta prohibida. Una aproximación histórico – teórica al estudio del derecho y del estado*. 2ª edición. Madrid: Trotta, 1999, pp. 109-110.

³⁶ Naturalmente, la Iglesia Católica conceptúa los derechos humanos desde el punto de vista del Derecho natural, es decir, se trata de derechos no “creados” por el ser humano, sino inherentes al mismo ser humano y, por lo tanto, hay que “descubrirlos”: “No son comprensibles si no se acepta previamente que el hombre por sí mismo, simplemente por su pertenencia a la especie humana, es sujeto de derechos, y su existencia misma es portadora de valores y normas que hay que descubrir, no que inventar”. RATZINGER, Joseph: “Lo que cohesiona al mundo. Los fundamentos morales y prepolíticos del Estado liberal”, en HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph: *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*. 1ª edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 48.

³⁷ “La idea de un Derecho natural permanente e inalterable debe ser rechazada. La experiencia histórica es una evidente experiencia de cambio y de progreso jurídico. La existencia de unas reglas que sean, por su naturaleza, permanentes e inalterables no pasa de ser un mito o una quimera, cuando no es, simplemente, una aspiración o un deseo de perpetuar un statu quo determinado y concreto”. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. 3ª edición corregida. Madrid: Ariel, 1999, p. 202. Tal y como advierte HABERMAS desde un punto de vista pragmático: “Los textos constitucionales históricos se refieren a los derechos «innatos» y tienen a menudo la forma solemne de «declaraciones»: ambas fórmulas nos previenen sin duda, como hoy diríamos, de un malentendido positivista y expresan que los derechos humanos «no se encuentran a disposición» del legislador correspondiente. Pero esta reserva retórica no puede proteger a los derechos fundamentales del destino de todo derecho positivo: también pueden ser cambiados o derogados, por ejemplo por un cambio de régimen”. HABERMAS, Jürgen: *La inclusión del otro. Estudio de teoría política*. 6ª reimpresión. Barcelona: Paidós, 2012, p. 175.

Sófocles³⁸) y tuviera continuación en Roma (por ejemplo, consúltese *La República* de Cicerón³⁹) la teoría del Derecho natural fuera adoptada por el cristianismo, tanto por católicos como por protestantes, y fuera finalmente positivada en textos jurídicos tan relevantes como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo art. 1 es el ejemplo más claro de dicha positivación de una teoría que lógicamente también tiene una explicación histórica. Es más, es inconstatable que el Derecho natural, oportunamente modificado e interpretado de forma original según los nuevos postulados y valores en boga, tuvo una influencia decisiva en muchas de las mentes más lúcidas del liberalismo. Por ejemplo, los fundadores de los Estados Unidos, como MADISON, a través de ilustres tratadistas como Sir WILLIAM BLACKSTONE, partieron y se apoyaron en sus obras de las tesis del Derecho natural⁴⁰.

Aunque la aparición de la religión es muy anterior a la creación del Derecho o el Estado moderno, en este trabajo se conceptuará asimismo a la religión como un producto histórico, no natural, por ser su prisma de estudio el usual en las ciencias sociales, que huye de cualquier atisbo de esencialismo o valoración en cuanto la determinación de qué creencias son verdaderas o falsas, correctas o incorrectas. Por lo tanto se rechaza aquí cualquier intento de esencialismo a diferencia de la conceptualización de algunos sectores jurídicos, la gran mayoría de ellos también partidarios de la noción de "Derecho natural"; y obviamente el trabajo se sitúa en una posición contraria a las doctrinas teológicas de algunas confesiones que asumen que la religión va unida al ser humano desde que es humano, como un *homo religiosus* total, sin paliativos, de nacimiento. Si la gran mayoría de doctrinas religiosas afirman que un dios o dioses crearon al ser humano, es normal y lógico que el punto de partida de la religión se sitúe por la teología antes o en el momento de la creación. Por contra, y desde la óptica de las ciencias sociales, tal y como se ha afirmado desde la disciplina de la historia de las religiones "se *niega por principio la categoría de religión natural, verdadera o esencial; los hechos religiosos son hechos*

³⁸ Antígona es condenada a muerte por Creonte por enterrar a su hermano pese a su expresa prohibición mediante el decreto de un edicto que prohibía enterrar los cuerpos de los enemigos. Al pedirle explicaciones, Antígona le contesta lo siguiente: "No fue Zeus el que lo ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Éstas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron. No iba yo a obtener castigo por ellas de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno". SÓFOCLES: *Tragedias*. 1ª edición. Barcelona: RBA, 2006, p. 153.

³⁹ En el Libro III de *La República* puede leerse lo siguiente: "La verdadera ley es una recta razón, congruente con la naturaleza, general para todos, constante, perdurable, que impulsa con sus preceptos a cumplir el deber, y aparta del mal con sus prohibiciones; pero que, aunque no inútilmente ordena o prohíbe algo a los buenos, no conmueve a los malos con sus preceptos o prohibiciones. Tal ley, no es lícito suprimirla, ni derogarla parcialmente, ni abrogarla por entero, ni podemos quedar exentos de ella por voluntad del senado o del pueblo (...), ni puede ser distinta en Roma y en Atenas, hoy y mañana, sino que habrá siempre una misma ley para todos los pueblos y momentos, perdurable e inmutable; y habrá un único dios como maestro y jefe común de todos, autor de tal ley, juez y legislador (...)". CICERÓN: *Obras políticas*. 1ª edición. Barcelona: RBA, 2009, p. 105.

⁴⁰ EMMERICH, Charles J.: "Madison: A founder's vision of religious liberty and public life", en AAVV: *Religion, public life, and the American polity*. 1ª edición. Knoxville: The University of Tennessee Press, 1994, pp. 62-64. En el mismo sentido *vid.* RIEMER, Neal: *James Madison: Creating the American Constitution*. 1ª edición. Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1986, p. 60.

culturales, no sin intemporales ni eternos, sino que se inscriben en un marco histórico definido que permite en gran medida explicarlos"⁴¹.

1.1. Inexistencia de libertad religiosa en la Antigüedad: caracteres de la religión en la Antigüedad y antecedentes de la tolerancia religiosa

Desde un prisma metodológico, y en relación a las vivencias religiosas durante el lapso de tiempo que convencionalmente denominamos Antigüedad, ha de enfatizarse el relativismo de las afirmaciones contenidas en el presente trabajo, pues aunque existen multitud de datos referentes a la religión en la Antigüedad, especialmente respecto el mundo griego y el romano, ello no elude la dificultad del investigador y sus limitaciones a la hora de establecer bases sólidas en una materia tan etérea como es la religiosa y en un momento tan separado desde el punto de vista cronológico del actual. Es conocido que los historiadores griegos y romanos tendían a ignorar la religión cuando estudiaban precisamente sus propias civilizaciones. Por suerte, existen excepciones como son los registros en los anales romanos de signos divinos desfavorables, ya fueran observados por los magistrados romanos, ya fueran denunciados ante ellos. Así, la mayoría de datos sobre la religión griega y romana provienen de monografías de temática totalmente religiosa, como, por ejemplo, la literatura de los polemistas cristianos como SAN AGUSTÍN, con todas las limitaciones y reservas para nuestro conocimiento que ello conlleva⁴².

De acuerdo con el estado actual de conocimientos del mundo antiguo, parece ser que fue TERTULIANO⁴³ el primer autor de la antigüedad que reivindicó el valor de un conjunto de propuestas ideológicas que, a efectos solamente ilustrativos, se podría calificar como conformador de un antecedente remoto de la libertad religiosa⁴⁴. De forma gráfica, dicho autor escribió en el año 212 las siguientes líneas a Scápula, procónsul de África y perseguidor de los cristianos: *"Es un derecho humano y un privilegio natural que cada uno rinda culto a la divinidad como desee: la religión de uno ni daña ni favorece a otro. No es un acto religioso imponer la religión, a la que debe impulsarnos el libre deseo y no la fuerza, como también se exige que los sacrificios se hagan de buen grado. No le harás ningún servicio a tus dioses obligándonos a sacrificar. Pues ellos no desean sacrificios de quienes son obligados, a no ser con afán contencioso, algo que no es propio de Dios"*⁴⁵.

⁴¹ DIEZ DE VELASCO: *Introducción...*, op. cit., p. 25. Dicho autor rechaza cualquier intento de "biologizar" el fenómeno religioso: *"Se puede biologizar lo religioso al plantear la hipótesis del homo religiosus, que haría de la religión no un universal cultural (un rasgo cultural que aparece en todas las sociedades humanas) sino uno biológico. El hombre (como especie) sería religioso desde el momento que se pudiese definir como humano: a la par que se constituiría la cognición humana por medio del dominio de lo simbólico (donde se incluye lo lingüístico), se establecería lo religioso (convirtiéndose el ateísmo en una especie de absceso, una anomalía, una enfermedad del pensamiento). Esta visión (...), además de discurrir sobre lo improbable (el momento fundacional de la especie humana, en una perspectiva que se aviene más a los presupuestos creacionistas), renuncia a la posibilidad de la diversidad de lo humano"* (pp. 42-43).

⁴² MOMIGLIANO, Arnaldo: "Historiografía de la religión: Concepciones occidentales", en: *De paganos, judíos y cristianos*. 1ª edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 31.

⁴³ Quintus Septimius Florens Tertullianus fue un jurista de origen cartaginés, nacido aproximadamente en el año 150 y murió hacia el año 230. Escritor apologético, es considerado como uno de los grandes padres de la Iglesia Occidental.

⁴⁴ En dicho sentido SCHLETTE, Heinz Robert: "Toleranz", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, p. 195.

⁴⁵ Texto recogido en MARCOS, Mar: "La idea de libertad religiosa en el Imperio romano". *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, 2007, núm. 18, p. 61. La autora es partidaria de la tesis que

Como se puede apreciar, se trata de un texto apologético, género al que se referirá un poco más adelante.

En la Antigüedad la religión era una cuestión comunitaria, que trascendía la esfera personal. La citada exteriorización era tal, que es enormemente complejo realizar una delimitación entre Estado y religión. El *ius sacrum* formaba parte del *ius publicum*. En dicho contexto, no se puede hablar de tolerancia o intolerancia, pues el hecho religioso era conformado por una serie de ritos y leyendas, no de dogmas. Por lo tanto, si se parte de que la intolerancia religiosa deriva del concepto de dogma, que es *conditio sine qua non*, se debe concluir que no existiría tal intolerancia. Faltaba el dogma fundamental de la salvación exclusiva típico de las religiones monoteístas (*extra ecclesiam nulla salus*)⁴⁶. Ni religiones como la griega, ni la romana partían pues de dogma alguno⁴⁷, y menos aun de salvación⁴⁸. De hecho, se puede afirmar que en la antigüedad no es que no se pueda hablar en puridad de derecho a la libertad religiosa, sino que tampoco existía la noción de derecho individual, un concepto jurídico creado ya en la Modernidad, y por lo tanto, ausente en Grecia, Roma, en el judaísmo o en la antigua China⁴⁹.

La religión romana ejemplifica perfectamente las características indicadas de las religiones politeístas de la Antigüedad. A diferencia de las religiones monoteístas, la religión romana no se basaba en un credo o en una ortodoxia doctrinal ineludible e

Tertuliano defiende una acepción de tolerancia cercana al sentido moderno del término. No obstante ello, es de la opinión que *"aunque en las ciudades y los estados del Mediterráneo antiguo coexistieron diferentes tradiciones religiosas, todas ellas, excepto el judaísmo, politeístas, nunca se hizo explícito un principio teórico que reconociera la pluralidad de creencias y cultos, ni se llevó a cabo una discusión sobre la noción de tolerancia"* (p. 62). Naturalmente, dicha coexistencia no excluía el acaecimiento de eventuales conflictos religiosos, como se tendrá ocasión de ver.

⁴⁶ VERA URBANO, Francisco de Paula: "La libertad religiosa en la antigüedad", en AAVV: *Dimensiones jurídicas del factor religioso*. 1ª edición. Murcia: Universidad de Murcia, 1987, pp. 596 y 598. Dogma central, por otro lado, en el desarrollo del capitalismo moderno según la obra weberiana anteriormente comentada. Según DE PAULA, cabe el sincretismo, no el exclusivismo. *"La religión cristiana se diferencia principalmente de las otras religiones en que ninguna subraya como ella la salvación del hombre, por eso no se llama doctrina de Dios, sino doctrina de la salvación"*. FEUERBACH: *La esencia...*, op. cit., p. 231.

⁴⁷ *"La libertad que potenció entre los griegos la inexistencia de un dogma obligatorio sancionado por un sistema eclesiástico permitió que se pudiese desarrollar un mundo religioso diverso y abigarrado cuya complejidad solamente intuimos en la documentación incompleta que poseemos; los grupos de índole religiosa que actuaban más allá de la religión oficial de las ciudades fueron muchos, aunque no pasaron de ser minoritarios (a pesar de su gran creatividad)"*. DIEZ DE VELASCO: *Introducción...*, op. cit., p. 279.

⁴⁸ El dogma de la salvación obviamente tampoco existía en religiones menos evolucionadas que las de los griegos y a los romanos: *"Primitive religions are on the whole oriented to a single cosmos; they know nothing of a wholly different world relative to which the actual world is utterly devoid of value. They are concerned with the maintenance of personal, social, and cosmic harmony and with attaining specific goods - rain, harvest, children, health - as men have always been. But the overriding goal of salvation that dominates the world rejecting religions is almost absent in primitive religion, and life after death tends to be a shadowy semi existence in some vaguely designated place in the single place"*. BELLAH: *Essays on...*, op. cit., p. 23. Se trata de un fragmento citado en el trabajo "Religious evolution", donde el autor examina varias tipologías de religiones según su estado de evolución.

⁴⁹ *"There seems to be scarcely any discussion of individual liberty as a conscious political ideal (as opposed to its actual existence) in the ancient world. Condorcet had already remarked that the notion of individual rights was absent from the legal conceptions of the Roman and Greeks; this seems to hold equally of the Jewish, Chinese, and all other ancient civilizations that have since come to light"*. BERLIN, Isaiah: *Four essays on liberty*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 1969, p. 129.

indiscutible, sino que se trataba de una religión fundamentalmente ritual⁵⁰, juridificada⁵¹. Los ritos, precisamente, se constituyen como una característica clave de la religión romana que le permitirá mantener su estructura básica durante un largo lapso de tiempo en que entrará en contacto con otras religiones⁵². La dicotomía entre “ortodoxia” y “herejía” utilizada en el monoteísmo cristiano no es de aplicación a las religiones politeístas, como tampoco es fácil afirmar que la tolerancia pertenece al politeísmo y la intolerancia a las religiones monoteístas; pues aunque no se trata *a priori* de un aserto falso, la delimitación de la tolerancia religiosa en ambas tipologías de religión sigue patrones distintos, tal y como muestra respecto la Antigüedad la historia de las religiones⁵³. En todo caso, el sistema religioso dominante en la Antigüedad, el politeísmo, era por naturaleza plural y entre sus caracteres figuraba el de acomodarse fácilmente a nuevas devociones locales o particulares. El sincretismo era una de los rasgos definidores tanto en Grecia como en Roma, ambas sociedades plurales desde un punto de vista cultural y religioso. En cambio, el monoteísmo cristiano en la Antigüedad, tendente a denostar y demonizar cualquier tipo de creencia considerada no correctamente cristiana, evolucionó en un sentido contrario, obstaculizando cualquier intento de convivencia en la diversidad religiosa existente⁵⁴.

Conforme el cristianismo va ganando adeptos y va extendiendo sus doctrinas; es decir, según se avanza en el tiempo del siglo I al siglo IV d.C, los propagandistas cristianos intensifican sus actividades proselitistas y para ello denuncian y se mofan de los mitos clásicos de los tiempos de Homero; enfatizan el sinsentido que representan cultos como el de Isis, Afrodita o Mithras. En suma, poco a poco va terminando la tolerancia religiosa que había imperado de forma ininterrumpida en la sociedad romana y en general en el

⁵⁰ Desde un punto de vista anglosajón: “*El cristianismo es una religión que tiene una doctrina que se enseña y un credo que es aceptado por los creyentes (...). Pero no había ningún dogma en la religión romana, ni Treinta y Nueve Artículos ni una Confesión de Westminster a los que el creyente tuviera que adherirse. Todo romano era libre de pensar lo que quisiera acerca de los dioses; lo que importaba eran los actos religiosos que llevaba a cabo*”. OLGIVIE, Robert M.: *Los romanos y sus dioses*. 1ª edición. Madrid: Alianza, 1995, pp. 10-11. De ello el autor infiere que la religión romana era tolerante y no sectaria.

⁵¹ A diferencia del cristianismo, en el caso de la religión romana “*no se trata de pecado, pena, penitencia, salvación, sino de cuestiones de etiqueta jurídica*”. WEBER, Max: *Sociología de la religión*. 1ª edición. Madrid: Istmo, 1997, p. 75.

⁵² El conocido conservadurismo romano “*se trata de un conservadurismo de precaución más que de convicción*”. Así, “*la obstinación en los ritos asegurará su originalidad durante los siglos en que Roma no deje de aceptar nuevos cultos e ideologías diferentes*”. BAYET, Jean: *La religión romana*. 1ª edición. Madrid: Ediciones Cristiandad, 1984, p. 53. No obstante, el autor matiza convenientemente el ritualismo contractual de la religión romana (pp. 152 y siguientes).

⁵³ BERNER, Ulrich: “Toleranz und Intoleranz in den nichtchristlichen Religionen”, en AAVV: *Die Anfänge der Inquisition im Mittelalter*. 1ª edición. Köln: Böhlau, 1993, p. 273. Una diferencia entre religiones politeístas y monoteístas que ya fue defendida en el contexto de la Ilustración: “*La idolatría se ve acompañada de esta evidente ventaja: que, al limitar los poderes y funciones de sus deidades, está admitiendo, de modo natural, que los dioses de otras sectas y de otras naciones poseen también una parte de divinidad; y, de este modo, hace que las diferentes deidades, así como los ritos, ceremonias, y tradiciones, sean compatibles entre sí*”. Y concluye: “*El espíritu tolerante de los ídolos de todos los tiempos es cosa obvia para quien esté mínimamente familiarizado con los escritos de historiadores y viajeros*”. HUME, David: *Historia natural de la religión*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 2007, pp. 57-59. La intolerancia de las religiones monoteístas se pone de manifiesto explícitamente en p. 60.

⁵⁴ JOHNSON, Luke Timothy: “Religious rights and Christian texts”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Religious perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, pp. 73-74 y 80.

mundo politeísta pagano de la Antigüedad, y es sustituida por una situación de conflicto creciente que provoca que el poder haya de intervenir, ya sea en forma de legislación, ya sea de modo coercitivo, cuando su posición inveterada era la abstención en esta materia más allá de casos aislados⁵⁵.

Los romanistas coinciden en que “*el Estado romano tendía generalmente a no interferir en la vida religiosa del individuo, sobre todo en su dimensión privada*”, lo que se puede denominar *pax deorum* o paz de los dioses⁵⁶. Aunque el sentimiento religioso existe desde que la persona es persona, y no puede situarse en ningún lugar ni momento exacto⁵⁷, hay unanimidad en afirmar que la tolerancia religiosa prevalecía en la Antigüedad⁵⁸, no solamente entre los romanos⁵⁹. La *pax deorum* también puede entenderse como el intento de los romanos de conseguir por todos los medios de no actuar contra los propios dioses o los extranjeros⁶⁰. VOLTAIRE en su *Tratado sobre la*

⁵⁵ En tal sentido MACMULLEN, Ramsay: *Christianizing the Roman Empire*. 1ª edición. New Haven: Yale University Press, 1984, pp. 13-16. Dicho autor describe la coexistencia de los cristianos con los paganos en la sociedad romana cuando el cristianismo era una creencia minoritaria. En lo posible los cristianos se mantenían al margen, lo que obviamente no excluía la interacción cuando era inevitable, tal y como ocurría en el trabajo: “*They preferred to keep apart, and to keep others from approaching. But simple as neighbors, they were naturally everywhere. Being excluded from the normal social gatherings, their points of contact with non-Christians lay quite inevitably at street corners or at places of employment, or in the working quarters of dwelling (...)*” (p. 40). Como ocurre en la actualidad, y especialmente cuando la creencia religiosa no va ligada a la raza o etnia (tal y como era el caso del cristianismo en una sociedad romana eminentemente pagana y de orígenes étnicos muy distintos), difícilmente la actividad económica y comercial, y asimismo el sustento de familias enteras, podía permitirse el lujo de verse obstaculizada meramente por las creencias religiosas de las personas que interactuaban en un lugar de trabajo.

⁵⁶ MARCOS: “La idea..., *op. cit.*, p. 63.

⁵⁷ “*No hi ha un instant radical en què la religió hagi començat a existir i no es tracta de trobar un b aix que ens permeti de transportar-nos-hi amb el pensament. Com tota institució humana, la religió no comença enlloc*”. DURKHEIM: *Les formes...*, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁸ “*Puedo equivocarme; pero me parece que de todos los antiguos pueblos civilizados ninguno estorbó la libertad de pensar. Todos tenían una religión; pero me parece que la utilizaban con los hombres del mismo modo que con sus dioses: todos reconocían un dios supremo, pero le asociaban una cantidad prodigiosa de divinidades inferiores; no tenían más que un culto, pero permitían una multitud de sistema particulares*”. VOLTAIRE: *Tratado sobre la tolerancia*. 2ª edición. Madrid: Espasa Calpe, 2007, pp. 96-97.

⁵⁹ Respecto al ciudadano, para COULANGES en la antigüedad no había libertad en la vida privada, ni libertad religiosa. Así, “*no teniendo el individuo libertad de elegir sus creencias, debía someterse a la religión de la ciudad. Podía odiarse o despreciarse a los dioses de la ciudad vecina; y en cuanto a las divinidades de un carácter general o universal, como Júpiter, Celeste, Cibeles o Juno, cada uno era libre de creer en ellas; pero no debía ocurrírsele a nadie dudar de Atenea, Políada o de Erectea o de Cécrope, porque hubiera cometido una grave impiedad contra la religión y el Estado, que le hubiese castigado severamente (...). La libertad de pensar, con relación a la religión del Estado, fue absolutamente desconocida entre los antiguos; y al contrario, era obligatorio conformarse con todas las reglas del culto, figurar en todas las procesiones y tomar parte en el banquete sagrado. La legislación ateniense castigaba a los que dejaban de celebrar religiosamente una fiesta nacional*”. COULANGES, Fustel de: *La ciudad antigua*. 8ª edición. Madrid: Edaf, 2005, p. 208. Para el autor en Roma existía más libertad individual que en Grecia (p. 319). Ciertamente, el Estado estaba en una situación superior a la de los intereses del individuo, al que estaba sometido, pero quizás las reflexiones del autor no deben interpretarse como una total falta de tolerancia religiosa o la prohibición de tener unas creencias individuales distintas a la de otros ciudadanos, sino únicamente como la necesidad de no contravenir una normas básicas consideradas de orden público por parte de las autoridades romanas y cuya infracción era objeto de persecución implacable. Ello es reflejo de que el ciudadano en Atenas y en Roma estaba a disposición de los gobernantes.

⁶⁰ En este sentido *vid.* BAYET: *La religión...*, *op. cit.*, pp. 68.

tolerancia pone de relieve que “los atenienses tenían un altar dedicado a los dioses extranjeros, a los dioses que no podían conocer”. Por lo que exclama: “¿Hay prueba más fuerte no sólo de indulgencia para con todas las naciones, sino también de respeto hacia sus cultos?”⁶¹.

Para ahondar en el conocimiento de la permisividad religiosa en la Antigüedad, se hace necesario distinguir conceptualmente varios estadios en la evolución de la religión en tal período histórico, necesidad de la que no escapa la religión romana. De esta forma, la comunitarización de la religión a la que se ha aludido anteriormente debe ser matizada, pues aunque, ciertamente, la religión trasciende a la esfera personal, ello no significa su automática estatalización, ya que entre lo personal y lo público no ha de menospreciarse el rol que juega en el mundo antiguo tanto en la casa, como en la familia⁶². Prueba de dicha importancia es la clásica obra *La ciudad antigua*, publicada en 1864 por FUSTEL DE COULANGES, historiador positivista cuyo apego por los soportes documentales es conocido⁶³. No se pierda de vista que, en un primer estadio histórico, la religión tenía un ámbito familiar y doméstico, y poseía unos rasgos comunes que son compartidos en buena parte por los pueblos indoeuropeos, cuyo origen es el mismo. Así, sus características eran muy parecidas en el caso de los griegos, romanos e indios, cuyos correspondientes sentimientos religiosos se iniciaron con el culto a los muertos y evolucionaron posteriormente hacia un culto doméstico, que no era más que el reflejo del carácter cerrado que poseía la familia en un principio, por lo que el hogar tenía una gran relevancia⁶⁴. Si para el autor la religión no creó la familia, en cambio sí le otorgó unas reglas⁶⁵.

⁶¹ VOLTAIRE: *Tratado...*, *op. cit.*, p. 98.

⁶² “La primitiva religión itálica y romana consistía, sobre todo, en rendir culto y propiciarse los numina o espíritus que presidían lugares y accidentes naturales tales como fuentes y bosques y que influían también sobre las acciones humanas. La religión romana tenía muy poco de espiritual; su preocupación no era el mejoramiento moral del hombre, sino apartarlo de peligros y protegerlo de males. La base de la religión era la familia (...). La religión del Estado era, en esencia, la misma religión de la familia, pero en grande”. CARSON, R.A.G.: “El orbe hecho urbe. De las siete colinas del Tíber al dominio mundial”, en AAVV: *El nacimiento de la civilización occidental*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1966, p. 223.

⁶³ De hecho, *La ciudad antigua*, aunque se ha visto superada por muchos estudios posteriores, retiene el valor de reivindicar la importancia de la religión fuera del ámbito político, es decir, como un mero instrumento de gobierno en manos de la autoridad política. De esta manera, el autor discrepa de la idea de Montesquieu de que los antiguos sometían la religión al Estado, es decir, la concepción de la religión como instrumento de orden público. En contra afirma lo siguiente: “Ni los romanos ni los griegos conocieron esos tristes conflictos, tan comunes en otras sociedades, entre la Iglesia y el Estado; pero esto consiste únicamente en que así en Roma como en Esparta y en Atenas, el Estado estaba sujeto a la religión, o más bien el Estado y la religión estaban tan completamente fundados en uno, que era imposible no sólo que ocurriese la idea de un conflicto entre ambos, sino ni aun distinguirlos uno de otro. COULANGES: *La ciudad...*, *op. cit.*, p. 156. Uno de los discípulos de Coulanges en la École Normale de París fue el sociólogo Emile Durkheim, que criticó la metodología utilizada por su maestro, y cuya cita en este trabajo es ineludible a consecuencia de su profundo estudio de las religiones. No obstante, la relevancia de la citada obra es incuestionable: “El interés histórico, que lo tiene grande, no es el mayor de esta obra. A mi parecer tiene una importancia teórica extraordinaria porque nos hace comprender lo que es una sociedad religiosa, una sociedad cuya argamasa social está constituida por la religión. Nos muestra cómo en determinados estadios de la sociedad ésta no es una cosa distinta de la religión”. PÉREZ-AGOTE POVEDA, Alfonso: “Los límites de la secularización: hacia una versión analítica de la teoría”, en AAVV: *Sagrado/Profano. Nuevos desafíos al proyecto de la Modernidad*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2010, p. 313.

⁶⁴ COULANGES: *La ciudad...*, *op. cit.* Examínese especialmente el Capítulo III “Fuego sagrado” y IV “Religión domésticas” del Libro Primero. La siguiente afirmación es muy gráfica al respecto: “Toda

No se olvide que el culto doméstico no fue nunca abandonado por los romanos, pese a su posterior politización. Nótese que el culto doméstico, por definición, excluye a cualquier individuo no perteneciente a la familia, que estaba presidida por la figura del *pater familias* en el caso romano⁶⁶, ya fuera de la misma etnia o no. Intolerancia en el ámbito privado que parece del todo lógica, pues cada familia poseía su propio culto, sus dioses particulares y se regía por sus propias normas religiosas y culturales, que se limitaban exclusivamente al hogar. Es decir, frente a la concepción universal de Dios que introduce, entre otras religiones, el cristianismo, las citadas deidades no actuaban más allá de los términos de la propiedad familiar en la sociedad primitiva⁶⁷.

Como se ha dicho anteriormente, en Grecia y en Roma la religión no se circunscribía al ámbito doméstico. Como una característica esencial de la religión de ambas civilizaciones, cabe recordar que el sentimiento religioso de dichos pueblos se manifestaba también a través de la religión del Olimpo heleno y del Capitolio romano. Los griegos y los romanos no sólo atribuían carácter divino a aspectos inmateriales de su intimidad doméstica, sino que también se anudaba un carácter religioso a los agentes físicos de la naturaleza (dioses de la naturaleza)⁶⁸.

la religión quedaba encerrada en el recinto de la casa, y no siendo público el culto, todas las ceremonias se guardaban en el mayor secreto y se practicaban únicamente en familia, ocultándose a los extraños" (p. 49). Y se añade un poco más adelante sobre esta etapa primitiva de desarrollo histórico: "*La religión no residía en los templos, sino en la casa, en la cual cada uno tenía sus dioses, cada dios protegía sólo a aquella familia y no era dios más que de aquella casa*" (p. 49). En Roma "*el culto doméstico de los antepasados constituye un lazo estrictamente personal, extraordinariamente fuerte que mantiene unida firmemente la familia y a la gens, y resulta excluyente hacia el exterior*". WEBER: *Sociología...*, op. cit., p. 77.

⁶⁵ COULANGES: *La ciudad...*, op. cit., p. 55. Es más, para el autor la religión constituyó a los antiguos en sociedad. p. 129.

⁶⁶ "*Gracias a la religión doméstica, la familia era un pequeño cuerpo organizado, una pequeña sociedad con su jefe y su gobierno, sin que nada de la nuestra moderna pueda darnos una idea de lo que era aquella potestad del padre*". COULANGES: *La ciudad...*, op. cit., p. 91. Entre otras potestades, el padre era el sacerdote y el depositario de los ritos del culto. En definitiva, la religión residía en él.

⁶⁷ COULANGES diferencia claramente el concepto universal de Dios de la época moderna y las deidades de ámbito limitado de los primeros estadios de la edad antigua: "*Nuestro Dios es el Dios del universo y está en todas partes; pero para los antiguos sucedía todo lo contrario: hallaban en el interior de la casa su principal divinidad, su providencia, la que los protegía, la que escuchaba sus preces, la que oía sus votos. Fuera de su morada, el hombre se quedaba sin dios; el individuo amaba su casa con la misma devoción que hoy ama su iglesia*". COULANGES: *La ciudad...*, op. cit., p. 100.

⁶⁸ COULANGES: *La ciudad...*, op. cit., pp. 118-119. Para el autor, estos dos tipos de visión del hecho religioso convivieron "*dividiéndose el imperio sobre los hombres, pero sin confundirse nunca*", aunque tuvieran principios dogmáticos diversos y prácticas religiosas diferentes. En opinión de MOMMSEN, historiador coetáneo, son caracteres fundamentales de la religión romana "*la satisfacción de los bienes terrenales y el temor de los fenómenos de la naturaleza cuando se desencadena su poder*". MOMMSEN, Theodor: *Historia de Roma*. 1ª edición. Madrid: RBA, 2005. Vol. I, p. 195. El dios itálico es ante todo "*un mediador que proporciona a los fieles la consecución material de sus deseos terrestres (...). El hombre es al dios lo que el deudor es al creador; todos se creen con derecho justo y legítimo a realizar sus deseos*" (p.197). El romano realiza unas determinadas prestaciones y, a cambio, espera obtener una contraprestación de las deidades. Por dicha razón, el autor establece una diferencia fundamental con otros sistemas religiosos: "*El temor de los dioses ejerce en Roma una gran influencia sobre los espíritus, pero no tiene nada en común con ese temor que la naturaleza soberana o la divinidad omnipotente inspira a los pueblos que profesan el panteísmo o el monoteísmo. Allí, el temor era puramente material y apenas se diferenciaba del que sentía el deudor romano delante de su acreedor legal, tan exacto como poderoso*" (p. 198).

COULANGES establece como ulterior desarrollo social la creación de la institución de la fraternidad griega y la curia romana, que provocaron lazos de asociación entre familias. Dicho avance social permitió también la evolución de la religión, ya que con la aparición de dichas estructuras se concibieron divinidades con un ámbito superior al estrictamente doméstico de cada familia. Al igual que la familia, gobernada por el padre de familia, las fraternidades y las curias, presididas por un fratriarca o un curión respectivamente, permitieron un nuevo ámbito para los dioses, el sacerdocio y el culto⁶⁹. Asimismo, la unión de fraternidades y curias formaron las tribus, que también poseían su religión y divinidades protectoras.

La ciudad constituye el eje de las civilizaciones griega y romana, lo que marca una gran diferencia respecto al sistema de valores cristiano, tal y como se tendrá ocasión de comprobar más adelante. Si para el cristianismo es fundamental una ética individual, de naturaleza extrapolítica y ajena a la vida ciudadana; para el ciudadano griego y romano, la vida política y en muy buena parte la religiosa se circunscriben al ámbito urbano⁷⁰. La ciudad, producto de la unión de las tribus, supone la “*reunión de los que tenían los mismos dioses protectores, y celebraban los actos religiosos en el mismo altar*”. Un altar que se encontraba en el Pritáneo en el caso de los griegos, o en el templo de Vesta si se está hablando de los romanos. Si en el caso de las ceremonias religiosas domésticas sólo podían intervenir los miembros de la familia, en el caso del culto del “hogar público” sólo podían participar los ciudadanos, excluyéndose así a los extranjeros⁷¹.

Un culto público que era oficiado por autoridades que reunían en la misma persona una doble naturaleza, política y religiosa, elemento que no será superado hasta la época moderna, y tras un largo y costoso proceso de secularización, que aún está inacabado en Europa y no ha despuntado en otros lugares. Precisamente, la verdadera libertad religiosa no podrá aparecer hasta que no se deslinden las fronteras entre el ámbito netamente político y el religioso, cuando se produzca una diferenciación entre autoridades civiles y eclesiásticas. Al respecto, es de destacar que las revoluciones que en la Antigüedad establecieron un régimen republicano no separaron la naturaleza política de la religiosa. Así, el magistrado que sustituía al rey era jefe político, pero también sacerdote⁷². Entre las importantes medidas tomadas por Augusto en materia religiosa cabe destacar su voluntad de vincular la religión romana a su persona. Es más, Augusto convirtió la residencia imperial en el centro de la administración religiosa romana y en su persona se fundieron la noción del *imperium* victorioso y la del sacerdote supremo, se unieron sacerdocio y poder. La valorización sagrada del soberano se

⁶⁹ COULANGES: *La ciudad...*, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

⁷⁰ FUENTESECA DÍAZ, Pablo: “La idea política greco – romana y el cristianismo: polis o kosmopolis?”, en *Estudios de Derecho Romano*. 1ª edición. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2009, p. 600.

⁷¹ COULANGES: *La ciudad...*, *op. cit.*, pp. 138-139. Así pues, cada ciudad tenía sus propios dioses, sus sacerdotes, su propia liturgia, etc. Frente a la concepción de un dios universal y único, los antiguos mantenían una concepción de dioses locales, pp. 142-143.

⁷² COULANGES: *La ciudad...*, *op. cit.*, pp. 168 y siguientes. El autor pone de relieve la diferencia entre la figura del magistrado en la Antigüedad y la del jefe del Estado en la Modernidad: “*En su persona se refundía el sacerdocio, la justicia y el mando: representaba a la ciudad, que era una asociación religiosa, más que política; tenía en sus manos los auspicios, los ritos, las preces y la protección de los dioses. Un Cónsul era algo más que hombre, porque servía de intermediario entre sus semejantes y la divinidad*”. Como consecuencia de ello, también el Derecho antiguo posee una doble naturaleza, civil y religiosa (pp. 174 y siguientes). Es más, el autor considera que su origen se encontraba en la religión, que también intervenía en la creación de normas. Un ejemplo de ello, aunque más reciente, lo constituye el código de las Doce Tabas.

constituye en el fundamento de una posterior divinización de la figura del emperador, quien ostenta la totalidad de las funciones civiles, militares y religiosas. De hecho, el culto imperial despertó una fe más verdadera y una participación religiosa más intensa en determinados momentos, como es el reinado de Augusto, que muchos cultos tradicionales⁷³.

MOMMSEN, por contra, a la hora de tratar de las atribuciones de los augures y los pontífices (a quienes denomina “peritos sagrados”) en la sociedad romana realza la delimitación de sus funciones y parece obviar la inexistencia de un sacerdocio “profesional” o una clase netamente sacerdotal en la sociedad romana⁷⁴: “A pesar de la sugerencias de la piedad, Roma ha mantenido siempre y de un modo inflexible esta máxima: que el sacerdote no debe intervenir en los asuntos de gobierno, y que, lejos de dar órdenes, debe obedecer a los más humildes empleados públicos, como todo ciudadano”⁷⁵. Así, se puede hablar en la antigüedad de una verdadera religión cívica, unida a la cualidad de ciudadano y cuyo rol es precisamente utilitarista, de cohesión para llevar a cabo grandes empresas, siendo secundaria su verosimilitud, tal y como era de la opinión VARRÓN⁷⁶, el gran defensor de las tradiciones religiosas romanas. Dicha característica, ponderación del utilitarismo sobre cualquier dogma de fe, enraíza directamente con la tradición tolerante de la religión romana⁷⁷. Si de un lado, la religión

⁷³ BAYET: *La religión...*, op. cit., pp. 183 y siguientes. Dicho autor resalta que, en principio, “la libertad de pensamiento y de acción en materia religiosa era reconocida a todos, pero de hecho se imponía una religión política, debido, sin duda, a una costumbre varias veces secular” (p. 289). El culto imperial también llevaba inherente algunas contradicciones: “Algunos patricios conservadores lamentaron en su día el debilitamiento de la religión republicana, herida de muerte por los embates de la política religiosa imperial, cuyos cultos orientalizantes eran incompatibles con la antigua piedad cívica. El poder imperial estaba consolidando la religión política necesaria para mantener la unidad de su vasto dominio a pesar de la fuerte heterogeneidad lingüística, étnica y política de su territorio. Para ello fue menester reconocer una pluralidad de creencias sobrenaturales, pero admitir al mismo tiempo un solo culto al poder establecido, una religión política no exenta de características religioso-civiles. Que ello no suprimió la tensión entre estas afirmaciones contradictorias - las sobrenaturales de cada fe y la del culto político y pragmático al César y a sus leyes - se vio claro, a la postre, con los cruentos conflictos generados por la difusión cristiana”. GINER DE SAN JULIÁN, Salvador: “Religión civil”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 1993, núm. 61, p. 27.

⁷⁴ MOMIGLIANO, Arnaldo: “Algunas observaciones preliminares sobre la «oposición religiosa» al imperio romano”, en: *De paganos...*, op. cit., p. 207. Es más, la instrucción religiosa no era relevante en la educación romana.

⁷⁵ MOMMSEN: *Historia*, op. cit., Vol. I, p. 195.

⁷⁶ MOMIGLIANO, Arnaldo: “Los esfuerzos teológicos de las clases altas romanas en el siglo I a.C.”, en: *De paganos...*, op. cit., p. 109.

⁷⁷ “La política de los emperadores y del Senado, en lo que respecta a la religión, estaba felizmente secundada por las reflexiones de los instruidos y por las costumbres de los supersticiosos, ya que todos ellos eran súbditos. En cuanto a los distintos tipos de culto que prevalecían en el mundo romano, el pueblo los consideraba igualmente ciertos; el filósofo, igualmente falsos, y el magistrado, igualmente útiles, de modo que la tolerancia produjo no sólo indulgencia mutua, sino incluso concordia religiosa”. GIBBON, Edward: *Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano*. 1ª edición. Barcelona: RBA, 2005, p. 49. El citado utilitarismo de la religión romana como instrumento de cohesión es fácilmente perceptible al constatarse la dinámica de la transición de la república a la monarquía: “La religión del Estado romanohelénico y la filosofía oficial del pörtico, indisolublemente unido a ella, constituían para todo gobierno, oligarquía, democracia o monarquía, un instrumento cómodo, y, más que cómodo, indispensable. Construir de nuevo el Estado sin el elemento religioso habría sido tan impracticable como inventar una religión nueva que reemplazara el antiguo culto, tan apropiado a la vieja Roma. A veces se había visto detenerse repentinamente el huracán revolucionario ante las predicciones de los augures, y el aparato corrompido y dislocado que había sobrevivido al cataclismo en que pereció la república fue

romana se caracteriza por el desinterés por lo cósmico; por otro, se ensalza su carácter eminentemente político⁷⁸. De esta forma, la matizada tolerancia romana no se fundamenta en una voluntad benevolente, sino en su carácter pragmático. Dentro de dicho pragmatismo es donde se debe encuadrar la figura de la *evocatio*, que los romanos compartían con otros pueblos indoeuropeos (por ejemplo, los hititas), y que no es sino la invitación de un Dios extranjero para que tome el panteón propio como morada⁷⁹. A menudo, cuando Roma estaba en guerra con otra ciudad, intentaba despojar al adversario de sus divinidades y enriquecerse con su ayuda⁸⁰.

El moralismo pragmático de Augusto, sin embargo, se mostró insuficiente para dar respuesta a las necesidades de una Roma cada vez más cosmopolita, que se convirtió en la capital del mundo (*Orbis Romanus*) y donde cada vez avanzaba más el individualismo. Augusto, con la finalidad de mitigar en lo posible dicha insuficiencia, otorgó cierta libertad de opinión y de práctica para cultos privados, con la limitación, claro está, del respeto al orden público. Como en la India actual, coexistían en Roma un gran número de religiones y el nivel de práctica religiosa era muy desigual, por lo que Augusto, sobre cualquier otra razón, hizo prevalecer el orden social⁸¹.

No obstante, no todo era armonía, indulgencia y tolerancia en el mundo antiguo⁸², pues está bien documentado que las autoridades romanas tomaron estrictas medidas en materia religiosa cuando ciertas actitudes y prácticas eran percibidas como contrarias al orden público, y persiguieron algunos fanatismos derivados de cultos extranjeros⁸³. Por

transportado entero, con su falsa majestad y sus vanos ritos, al campo de la nueva monarquía". MOMMSEN: *Historia...*, op. cit., Vol. IV, p. 579. En pocas palabras, nada varió desde un punto de vista religioso, se trasladó el sistema religioso de un régimen al otro. Cuestión diversa, y más compleja de examinar, es la renovación religiosa emprendida por Augusto.

⁷⁸ BAYET: *La religión...*, op. cit., pp. 66. Dicho autor enfatiza la naturaleza eminentemente pública de la religión romana, lo que enlaza con la tolerancia religiosa: "Los reyes la construyen; la república la «modera»; y el Imperio intenta respetar la pluralidad de creencias porque se ve obligado a ello por su estructura estatal" (p. 288).

⁷⁹ "No se debe hacer la guerra contra los dioses del adversario (¿quién sabe lo que puede pasar?); hay que invitarles más bien a que tomen en Roma una segunda morada o a que emigren allí definitivamente". BAYET: *La religión...*, op. cit., p. 67.

⁸⁰ BAYET: *La religión...*, op. cit., p. 136. Dicha figura indoeuropea se opone frontalmente al modo de hacer de los pueblos semíticos. Para los indoeuropeos no debe perecer el Dios enemigo, junto con el Rey y su pueblo, por contra, hay que asimilarlo. De hecho, "ese es uno de los orígenes de la interpretatio, que reconoce, bajo los nombres locales, una semejanza fundamental de los dioses especializados de los distintos paganismos, llevando así a una cierta tolerancia".

⁸¹ BAYET: *La religión...*, op. cit., pp. 205 y 206.

⁸² "La actitud de los romanos ante la religión debió de ser diversa y mutable, sin duda alguna: era lo natural en una población heterogénea que forjaba peligrosamente su unidad en un lugar de paso". BAYET: *La religión...*, op. cit., p. 158.

⁸³ "El respeto que mostraba el Estado para con las iniciativas individuales parece explicable mientras éstas no turbasen el orden, pese a la función de vigilancia general en lo religioso que incumbía a los pontífices". BAYET: *La religión...*, op. cit., p. 159. "Fue una religión amable, incluso tolerante, cuyos seguidores cometieron muy pocos crímenes en su nombre". OLGIVIE: *Los romanos...*, op. cit., p. 156. MOMIGLIANO también es muy gráfico al describir en qué casos las autoridades interferían en la libertad de culto, incluso en la libertad de enseñanza, aunque frecuentemente no queda claro bajo qué presupuestos jurídicos. MOMIGLIANO, Arnaldo: "La religión romana: el período imperial", en: *De paganos...*, op. cit., pp. 318-319. VOLTAIRE, por el contrario, muestra una visión muy idealizada de la tolerancia romana: "Entre los antiguos romanos, desde Rómulo hasta los tiempos en que los cristianos disputaron con los sacerdotes del imperio, no veréis un solo hombre perseguido por sus sentimientos". VOLTAIRE: *Tratado...* op. cit., p. 98. En la actualidad se ha afirmado que "la actuación romana parece que no fue lineal, aunque en general tendieron a desestructurar los cultos que sustentaban un sistema social que podía resultarles

ejemplo, en algún momento se ordenaron demoler los templos de Serapis e Isis⁸⁴; o se prohibió algún culto local, como fue el caso de la persecución de los druidas en las Galias⁸⁵. También hubo una represión violenta de las Bacanales en el año 186 a.C. por motivos de orden, pero asimismo como consecuencia de un trasfondo político⁸⁶. En los años 173, 161 y 92 a.C. el Senado romano optó por la expulsión de los filósofos y retores griegos para intentar en lo posible detener el influjo del helenismo en la moralidad romana. Naturalmente, y como se pudo comprobar *a posteriori*, la introducción del helenismo fue totalmente inevitable, lo que influyó decisivamente en la mentalidad religiosa romana⁸⁷. MOMMSEN refiere cómo en tiempos de crisis se registraron algunas protestas aisladas contra “*las invasiones de la superstición extranjera*”, por ejemplo, contra la de los arúspices de la Etruria en el año 326 de Roma⁸⁸. De hecho, es gráfico señalar que, en el caso de Grecia, Sócrates podría haber sido ejecutado por ser su doctrina contraria a las costumbres y creencias atenienses⁸⁹. No obstante, se ha

peligroso, aunque nunca tuvieron interés por destruir y homogeneizar los cultos que no presentaban este tipo de peligro (hasta la gran homogeneización que se produce en el siglo IV y ya de modo muy claro cuando el cristianismo se convierte en religión de Estado)”. DIEZ DE VELASCO: Introducción..., op. cit., p. 296. Y dicho autor aclara: “La religión romana presenta, a la par que conservadurismo, una carácter profundamente tolerante (que contrasta con la intolerancia de la política militar y de dominio), que tiende a asimilar las formas religiosas de los pueblos que caen bajo su influencia, modificando, por medio de la agregación, su propia religión. Pero en algunos casos el estado romano actuó de un modo radicalmente intolerante hacia ciertos cultos que ponían en peligro la estructura social o las bases del estado romano” (p. 298).

⁸⁴ MOMIGLIANO, Arnaldo: “La religión en Atenas, Roma y Jerusalén en el siglo I a.C.”, en: *De paganos...*, op. cit., pp. 150-151.

⁸⁵ GIBBON: *Historia...*, op. cit., p. 52.

⁸⁶ BAYET: *La religión...*, op. cit., p. 165. Vid. asimismo BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, José María: “El Edicto sobre las bacanales del año 186 antes de Jesucristo”. Versión electrónica: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01305053133804849978802/014930.pdf>.

⁸⁷ BAYET: *La religión...*, op. cit., pp. 171-172. “*De los primeros contactos de la filosofía helénica con la nacionalidad romana, creyente y antiespeculativa, no podía salir otra cosa que una hostilidad recíproca. La religión tenía en Roma pleno derecho a insurreccionarse contra los sistemas que aniquilaban su propia esencia. Por instinto la República se mantuvo unida a su religión, y se portó con la filosofía como la fortaleza con las avanzadas del ejército que viene a sitiirla. En el año 593 expulsó de Roma a los retóricos y a los filósofos. En efecto, la primera aparición de la filosofía no fue más que una declaración de guerras contra la fe y las costumbres*”. MOMMSEN: *Historia...*, op. cit., Vol. III, p. 297.

⁸⁸ MOMMSEN: *Historia...*, op. cit., Vol. I, p. 460. En el segundo volumen de la obra se examinan los problemas de orden público que provocó en algún momento la influencia de religiones extranjeras sobre las costumbres religiosas romanas, pp. 417-420.

⁸⁹ COULANGES: *La ciudad...*, op. cit., pp. 335-336; “*Sócrates, que fue el que más se acercó al conocimiento del Creador, sufrió castigo por ello, según dicen, y murió mártir de la divinidad; es el único al que los griegos hicieron morir por sus opiniones*”. VOLTAIRE: *Tratado...*, op. cit., p. 97; “*Mankind can hardly too often reminded, that there was once a man named Socrates, between whom and the legal authorities and public opinion of his time there took place a memorable collision. Born in an age and country abounding in individual greatness, this man has been handed down to us by those who best knew him and the age, as the most virtuous man in it; while we know him as the head and prototype of all subsequent teachers of virtue, the source equally of the lofty inspiration of Plato and the judicious utilitarianism of Aristotle (...), the two headsprings of ethical as of all other philosophy. This acknowledged master of all the eminent thinkers who have since lived - whose fame, still growing after two thousand years, all but outweighs the whole remainder of the names which make his native city illustrious - was put to death by his countrymen, after a judicial conviction, for impiety and immorality. Impiety, in denying the gods recognised by the State; indeed his accuser asserted (...) that he believed in no gods at all. Immorality, in being, by his doctrines and instructions, a «corruptor of youth». Of these charges the tribunal, there is every ground for believing, honestly found him guilty, and condemned the man who probably of all then born has deserved best of mankind to be put to death as a criminal*”. STUART MILL, John: “On liberty”, en

sostenido que, como ocurre con la persecución romana, el caso de Sócrates podría no constituir un supuesto de *odium theologicum*, sino una cuestión de orden público⁹⁰.

En todo caso, aunque no se pueda hablar de libertad religiosa en la Antigüedad sí hay que señalar que el estoicismo romano influyó de forma decisiva en algunas de las doctrinas del cristianismo y de muchos de los pensadores del siglo XVI y XVII, tanto en Europa como en los Estados Unidos, como es el caso de HUGO GROCIUS o KANT. El estoicismo en Roma no era solamente un movimiento intelectual, sino que al mismo tiempo se convirtió en un fenómeno social, en un modelo ético. Para el estoicismo la capacidad ética se puede encontrar en todos los seres humanos, hombres o mujeres, libres o esclavos, ricos y pobres: con una educación adecuada todos los seres humanos poseen dicha capacidad ética de forma innata⁹¹.

2.2. Pluralidad cultural romana y aparición del cristianismo

Téngase en cuenta que la sociedad romana, conforme los límites geográficos del poder romano se iban extendiendo mediante conquistas, cada vez estaba formada por personas de un origen más diverso y cuyas creencias religiosas variaban de forma ostensible, lo que ocasionalmente causaba tensiones⁹². Salvando las distancias se podría establecer un símil con los Estados Unidos desde su creación hasta la actualidad. El contacto con religiones extranjeras a veces fortaleció a la religión romana con nuevos contenidos y deidades, pero a menudo fue motivo de fricciones y conflictos, aun sin desfigurar los rasgos esenciales de la religión romana. A pesar de que dicha religión se enriqueció durante siglos de aportaciones de cultos y dogmas extranjeros, aquí se comparte la idea de que *“la religión romana, tomada en su conjunto y en su carácter general, ha sido más bien una creación original y sistemática del pueblo que la ha practicado”*⁹³.

AAVV: *Utilitarianism and On Liberty*. 2ª edición. Oxford: Blackwell, 2003, p. 106. Según se ha afirmado ya en la Contemporaneidad: *“Debido a su libertad de espíritu, Sócrates fue acusado de inducir a los jóvenes a la desobediencia y anarquía social, porque les exhortaba a comportarse de un modo crítico respecto a las máximas de comportamiento tradicionales, y también fue inculcado de impiedad por atreverse a someter al examen racional los oráculos de los dioses. El proceso jurídico del que el filósofo ateniense fue víctima por su reflexión crítica fue un exponente claro de la intolerancia que imperaba en Grecia, hasta el punto de que su fidelidad a la razón para explicar e interpretar las creencias y los comportamientos sociales fue considerada merecedora de la más enérgica condena”*. CABEDO MANUEL, Salvador: *Filosofía y cultura de la tolerancia*. 1ª edición. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 2006, p. 183.

⁹⁰ VERA URBANO: “La libertad...”, en AAVV: *Dimensiones...*, op. cit., p. 598.

⁹¹ NUSSBAUM, Martha: *Liberty of conscience. In defense of America's tradition of religious equality*. 1ª edición. Nueva York: Basic Books, 2008, pp. 78 y siguientes. Para el estoicismo *“ethical capacity (often called «conscience» in later followers of Stoicism) is therefore worthy of boundless reverence; it is in effect the person, the core of our humanity. Wherever we find humanity, then, we ought to respect it, and that respect should be equal, treating the artificial distinctions created by society as trivial and insignificant”* (p. 79).

⁹² *“La máquina romana de conquista, al controlar ámbitos geográficos muy dispares y en los que existía una enorme diversidad cultural e incluirlos dentro del estado romano al convertirlos en provincias, generó un modelo político unitario (a partir de la época imperial de modo claro), centrado en Roma, pero de carácter multicultural (y también multirreligioso) en el que las influencias centrípetas y centrífugas interactuarán”*. DIEZ DE VELASCO: *Introducción...*, op. cit., pp. 295-296.

⁹³ MOMMSEN: *Historia...*, op. cit., Vol. I. p. 203.

Roma ya se componía en su fundación por personas de origen muy variopinto. Desde los mismos inicios concurrían razas, culturas y lenguas dispares. No es cierta la afirmación de que Roma, como ciudad (*urbs*) se fundara de la nada, sino que tuvo su origen a partir de un grupo de colonos latinos que entre finales del siglo IX y mediados del VIII a.C. se asentó en el territorio que albergaría la futura Roma. Se trataba, sin duda, de un grupo humano estructurado socialmente y con una religión, quizás influido por una dirección etrusca⁹⁴. De forma progresiva, los diferentes grupos que habitaban en las colinas romanas se fueron mezclando, convirtiéndose el foro desde entonces en el centro religioso en el que poder adorar las distintas deidades de dichos colonos. Probablemente los antedichos pobladores adoraban a los dioses indoeuropeos comunes, pero, al mismo tiempo, cada tribu latina adoraba a sus propios dioses. Asimismo, todo indica que, por razones étnicas o políticas, compartían algunas deidades y santuarios comunes⁹⁵.

Dicha pluralidad desde un comienzo conllevó, naturalmente, la existencia de diversidad religiosa, lo que supuso una ventaja para Roma; pues en la Antigüedad los pueblos que compartían los mismos cultos eran muy favorables a aliarse y, por lo tanto, se constituye ello en un factor positivo para la expansión de Roma desde los mismos inicios⁹⁶. Por otro lado, Roma no imponía sus dioses a los pueblos vencidos, sino que conquistaba dichos dioses foráneos (italos o extranjeros, griegos en particular, pero también celtas, semíticos, panonios o africanos) y los hacía suyos, los incorporaba de formas muy diversas al Panteón, adaptándose a las tradiciones de las nuevas provincias⁹⁷. En pocas palabras, para Roma la religión no era un factor de aislamiento, sino un instrumento para favorecer su dominación y estrechar los lazos con otras poblaciones⁹⁸. De hecho, fuera del ámbito indoeuropeo, otros pueblos conquistadores, como los aztecas y los egipcios, tendieron también a adoptar cultos extranjeros⁹⁹.

Como contrapartida, la religión romana tenía que satisfacer las necesidades de personas con muy distintas tradiciones y que, por lo tanto, esperaban del culto cosas distintas¹⁰⁰. Tampoco se pierda de vista el rol como elemento disolvente de los extranjeros y

⁹⁴ “La ciudad de Roma es una fundación colonial que, bajo dirección etrusca, reunión en la Edad de Hierro a cuatro o quizá a más aldeas de sabinos y latinos, situadas en el bajo Tíber, en un sólo oppidium (...). Hacia el año 650 a.C. estas aldeas estaban relacionadas por fiestas religiosas comunes y por pactos políticos, pese a que su población era esencialmente distinta”. HEICHELHEIM, Fritz Moritz: *Historia social y económica de Roma*. 1ª edición. Madrid: Rialp, 1982, p. 35. En el sentido de la impronta decisiva etrusca en la fundación de Roma *vid.* FUENTESECA DÍAZ, Pablo: “Historia del Derecho Romano y Derecho Público Romano”, en *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 55 y siguientes.

⁹⁵ BAYET: *La religión...*, *op. cit.*, pp. 31 y siguientes. Dicho autor no duda en afirmar: “La ciudad que iba a nacer estaba llamada al cosmopolitismo” (p. 33). Tampoco puede desdeñarse que la religión romana fue influenciada por la dominación temporal de Roma por parte de los etruscos. El autor considera que dicha incorporación de elementos etruscos fue muy limitada por razón del escaso período de dominación etrusco. Prueba de ello sería el mantenimiento casi completo de la lengua propia latina (pp. 48 y siguientes).

⁹⁶ “Roma no parecía, por tanto, una sola población, sino una confederación de razas y nacionalidades”. COULANGES: *La ciudad...*, *op. cit.*, pp. 339 y ss.

⁹⁷ MOMIGLIANO, Arnaldo: “Algunas...”, en: *De paganos...*, *op. cit.*, p. 207.

⁹⁸ COULANGES: *La ciudad...*, *op. cit.*, pp. 344-345.

⁹⁹ BAYET: *La religión...*, *op. cit.*, p. 140.

¹⁰⁰ “Durante más de mil años satisfizo las necesidades espirituales de una gran variedad de individuos, porque ofrecía una interpretación inteligente y digna de cómo funciona el mundo. La prueba fundamental para una religión es que funcione: y los romanos creyeron verdaderamente que su religión funcionaba”. OLGIVIE.: *Los romanos...*, *op. cit.*, p. 155.

campesinos frente al orden religioso de la ciudad¹⁰¹. Todos dichos factores provocaron sucesivas crisis de la religión romana¹⁰² y, finalmente, su progresiva sustitución por el cristianismo, que supo ofrecer una respuesta convincente a las nuevas inquietudes imperantes.

En los siglos sucesivos Roma se convirtió en una gran metrópoli cosmopolita donde habitaban miles de personas o colectivos (por ejemplo, parte de la diáspora judía) que habían migrado de sus países con la finalidad principal de ganarse la vida en una ciudad con muchas oportunidades, y en la que conservaban sus costumbres y celebraban sus propias festividades religiosas privadas, que en general eran toleradas. Es más, los mismos emperadores también tenían sus preferencias. Por ejemplo, Augusto, Claudio Adriano y Marco Aurelio parece que se hicieron iniciar en Eleusis; Nerón era partidario del mazdeísmo y de la diosa Siria; Otón, Vespasiano y Domiciano¹⁰³ se decantaban por los dioses de Alejandría; o Cómodo, por Isis y Mitra¹⁰⁴. La existencia de una práctica religiosa privada de origen no romano no impedía a los romanos aceptar y honrar a los dioses de la tradición romana, ya que eran consideradas prácticas totalmente compatibles.

La aparición del cristianismo en el mundo romano en una parte remota del imperio¹⁰⁵ conllevó un cambio de profundo calado nunca visto con anterioridad. No sin razón, MARCOS enfatiza que “*el cristianismo supuso una transformación radical en la identidad religiosa del individuo y del mundo antiguo*”, su monoteísmo exclusivista sentaba las bases de su incompatibilidad con cualquier otro sistema religioso¹⁰⁶. El cristianismo supuso cambios fundamentales en relación a la religión tal y como era entendida en la Antigüedad. Para empezar, la idea de Dios era independiente de todo fenómeno natural o físico. Tampoco se trataba de una religión perteneciente a una concreta familia, ciudad, etnia o casta; sino que poseía un carácter universal, no privativo o exclusivo. Hasta dicho momento histórico, la divinidad siempre había sido concebida como un privilegio de un sólo pueblo, por lo que cualquier extranjero tenía prohibido rendir culto a una divinidad ajena a su colectividad. El cristianismo “*presentó a la adoración de todos los hombres un*

¹⁰¹ BAYET: *La religión...*, op. cit., p. 159.

¹⁰² A modo de ejemplo del vital rol jugado por la religión: “*En tiempos del Imperio romano, durante los primeros siglos de nuestra era, la religión ocupó el lugar de la política en cuanto problema de importancia creciente para el mayor número de personas cultas. Al perderse la libertad política y cuando lo único que deseaba la mayoría era paz y orden, el individuo sólo pudo dar expresión a su vida interior y a su libertad personal en la religión, y aun estaba dispuesto a entregar su vida por sus convicciones religiosas – fenómeno al que es difícil encontrar paralelo en la época clásica de Grecia, si bien por entonces muchos pagaron con su vida su fe política*”. JAEGER, Werner: *Cristianismo primitivo y paideia griega*. 1ª edición. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 66.

¹⁰³ La visión política y religiosa de Domiciano (81-96), especialmente en sus últimos años de gobierno, ocasionaron disputas con los cristianos, ya que “*fomentó el culto imperial con exigencias a veces extravagantes, que indudablemente dieron lugar a conflictos frecuentes con los cristianos*”. DE CHURRUCA ARELLANO, Juan: *Actitud del cristianismo en el Imperio Romano*. 1ª edición. Granada: Comares, 1999, p. 111.

¹⁰⁴ BAYET: *La religión...*, op. cit., pp. 213-214.

¹⁰⁵ “*La fe cristiana brotó en un remoto distrito de Judea, la más pequeña y aislada provincia de la mitad oriental del vasto imperio romano, un territorio en el camino que no conducía a ninguna parte, separado del tráfico principal del mundo antiguo por los desiertos del Este y del Sur*”. SHERWIN-WHITE, A. Nicholas: “El imperio de Roma. El gobierno romano y la Iglesia cristiana”, en AAVV: *El crisol del cristianismo*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1971, p. 141.

¹⁰⁶ MARCOS: “La idea...”, op. cit., p. 64. La incompatibilidad con otras religiones estaba servida: “*Urgency, evangelism, and the demand that the believer deny the title of god to all but one, made up the force that alternative beliefs could not much*”. MACMULLEN: *Christianizing...*, op. cit., p. 110.

Dios único, un Dios universal, un Dios que era de todos, que no tenía pueblo escogido y que no hacía distinción de razas, familias ni Estados". El cristianismo no es la expresión religiosa de una cultura, como en el caso de la mayoría de las religiones paganas, ni de la elección por parte de Dios de un pueblo concreto al que se le atribuye un rol o una misión especial, como en el caso del judaísmo¹⁰⁷.

Además, paradójicamente, y a diferencia de lo que ocurriría con posterioridad, el cristianismo establecía una clara separación entre el ámbito del poder y el de la religión¹⁰⁸. Téngase en todo momento presente la máxima de "*Pues dad a César lo que es de César, y a Dios lo que es de Dios*" (Mt 22, 21), una máxima del todo revolucionaria en la historia de las ideas y que a pesar de su literalidad, de su diáfana claridad, ha sido obviada o interpretada de formas muy diversas y antagónicas según los momentos e intereses en lidia.

En pocas palabras, el posicionamiento monoteísta del cristianismo entró en conflicto con diversos elementos fundamentales de la religión romana, cuya concepción era en alto grado política¹⁰⁹. La religión romana guardaba una estrecha relación con la vida política del Imperio, disfrutaba de un reconocimiento y promoción oficiales, a diferencia del cristianismo poseía una escasa religiosidad interna, carecía de dogma, su teología era poco definida y constituía un signo externo de lealtad al Imperio¹¹⁰. Muchas de las citadas características, junto con otros elementos, motivaron que, con el paso del tiempo, se complicaran las relaciones con las autoridades romanas y, finalmente, se llevaran a cabo las primeras persecuciones¹¹¹. Si el judaísmo en general podía ser fácilmente localizado

¹⁰⁷ DANIÉLOU, Jean: "La propagación de la palabra. El cristianismo como religión misionera", en AAVV: *El crisol del cristianismo*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1971, p. 293. Dicho universalismo del cristianismo puede ser comparado con la postura contrapuesta del judaísmo: "*Los judíos tenían sus costumbres especiales: la circuncisión, sus leyes dietéticas y el descanso del sábado. Los cristianos no tenían nada semejante a ello; adaptaban todas las costumbres del país donde moraban, siempre y cuando fuesen compatibles con sus creencias. Para ser más exactos, eran súbditos nacionales que cristianizaban la modalidad nacional de vida*" (p. 296).

¹⁰⁸ COULANGES: *La ciudad...*, op. cit., pp. 366-369.

¹⁰⁹ "Además de que la religión es siempre la mejor garantía de las costumbres de los hombres, los romanos tenían la particularidad de mezclar algún sentimiento religioso en el amor por su patria". MONTESQUIEU: *Grandeza y decadencia de los romanos*. 4ª edición. Madrid: Espasa Calpe, 1962, p. 64.

¹¹⁰ DE CHURRUCA ARELLANO: *Actitud...*, op. cit., pp. 72-73.

¹¹¹ RAMOS – LISSÓN, Domingo: *Compendio de historia de la Iglesia antigua*. 1ª edición. Pamplona: Universidad de Navarra, 2009, pp. 76 y siguientes. Un estudio con altas dosis de objetividad sobre las difíciles relaciones entre el cristianismo y las autoridades romanas puede consultarse en TEJA CASUSO, Ramón: "El cristianismo y el Imperio Romano", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. I. El Mundo antiguo*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2006, pp. 293-327. Tal y como se ha apuntado de forma resumida: "*The conviction that a man executed as a «robber» (...) should not only «rise from the dead» but be exalted to a share in God's power and be designated as «Lord» (kyrios) and «King» (basileus) (...) could not but have been perceived by imperial authorities - when the movement broke the surface of obscurity - as inherently subversive of an oikoumene in which only Caesar could legitimately be designated Lord and King*". JOHNSON, Luke Timothy: "Law in early Christianity", en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 58. La clara separación del cristianismo del judaísmo ha de añadirse como un ulterior motivo de incitación de las persecuciones por parte del poder romano: "*A result of Christianity's clear separation from the synagogue was that it was more clearly exposed as novel cult with possibly subversive tendencies, no longer to be confused with the ancient religio licita of Judaism, whose distinctive customs and independent laws were recognized (as were other ancient national traditions) by the Empire and protected them from persecution. A now thoroughly Gentile Christianity could no longer claim or enjoy the privilege of passing as a form of Judaism*" (p. 59).

desde una perspectiva geográfica hasta que la guerra provocó su diáspora, e incluso después era relativamente fácil de identificar las comunidades que la profesaban; la amenaza del cristianismo, que poseía unas características teológicas similares, no se limitaba a ningún territorio concreto una vez se empezó a expandir desde su lugar de origen¹¹².

Además, el cristianismo fue potenciado y fortalecido claramente por la misma organización de la sociedad romana y su continua expansión geográfica, cultural y comercial sobre nuevos territorios, lo que coadyuvó a la doctrina cristiana a alcanzar núcleos de población a los que de otra manera no hubiera podido acceder. De este modo, se ha señalado "con justicia y propiedad que las conquistas de Roma prepararon y facilitaron las del cristianismo"¹¹³. Por ejemplo, las vías construidas por los romanos para facilitar la movilidad de las legiones y el comercio, o la unificación lingüística, fueron utilizadas por los misioneros cristianos para propagar su credo¹¹⁴. Así, cristianismo fue ganando adeptos frente a otras religiones contemporáneas que gozaban asimismo de una gran popularidad, puesto que se trataba de creencias que ofrecían una nueva base moral, como es el mitraísmo (Iran), el culto a Cibeles (Asia Menor), los cultos dedicados a Baal (Siria) o a Isis (Egipto), o las religiones místicas¹¹⁵. Probablemente también favoreció su extensión el hecho de que la comunidad judía estuviera debilitada con motivo de su derrota ante los romanos y la posterior diáspora¹¹⁶.

La intransigencia cristiana, la labor doctrinal de los apologistas y su fuerte disciplina interna, donde jugó un rol esencial la figura del episcopado y la creación de una organización sacerdotal, tuvo como resultado, por un lado, la supervivencia frente a dichas religiones, evitando en lo posible el sincretismo o la pérdida de sus caracteres esenciales; y, por otro, la superación de continuas heterodoxias dentro de la misma comunidad (por ejemplo las herejías de los ebionistas, los marcionistas o las formas gnósticas del cristianismo)¹¹⁷. De hecho, ni en el Antiguo ni en el Nuevo Testamento se puede encontrar una definición de "tolerancia" que se asemeje mínimamente a sus

¹¹² BUENO SALINAS y GUTIÉRREZ DEL MORAL: *Proselitismo...*, op. cit., p. 22.

¹¹³ GIBBON: *Historia...*, op. cit., pp. 230-231.

¹¹⁴ RAMOS – LISSÓN: *Compendio...*, op. cit., pp. 53-54.

¹¹⁵ VERMASEREN, M.J.: "La lucha a muerte del paganismo. Religiones en pugna con el cristianismo", en AAVV: *El crisol del cristianismo*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1971, p. 236. "En Oriente la semilla del cristianismo cayó en buen terreno, pues las mentes de la gente, desde largo tiempo habituadas a la especulación filosófica y religiosa, estaban preparadas para el nuevo mensaje; en Occidente tuvo que entrar en competencia con religiones místicas tales con el mitraísmo o el culto de Cibeles, las cuales exigían un esfuerzo intelectual mucho mayor que el paganismo indígena o incluso que el panteón clásico importado de Roma". GOUGH, Michael: "Hacia la ciudad de Dios. Del mundo antiguo al medieval por el puente de la fe", en AAVV: *El nacimiento de la civilización occidental*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1966, p. 331. Respecto las religiones místicas puede consultarse AAVV: *Cristianismo primitivo y religiones místicas*. 2ª edición. Madrid: Cátedra, 2007.

¹¹⁶ "Después de la guerra de Bar Kokhba, resultó evidente de un modo definitivo que entre judaísmo y cristianismo se abría una sima insalvable. El pueblo judío se hallaba reducido a una nación dispersa sin un centro en su propia tierra, en tanto que la cristiandad lanzaba una campaña de expansión probablemente inigualada en la historia del mundo. El judaísmo se replegó en sí mismo, dejando el campo libre a su religión filial". SCHALIT, Abraham: "Choque de ideologías. Palestina bajo los Seléucidas y los romanos", en AAVV: *El crisol del cristianismo*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1971, p. 76.

¹¹⁷ TEJA CASUSO: *El cristianismo...*, op. cit., p. 52. En un sentido muy similar vid. BAYET: *La religión...*, op. cit., pp. 296.

versiones modernas¹¹⁸, sino que como mucho se localizarán reglas de comportamiento frente a personas extranjeras o foráneas, ajenas al pueblo de Israel¹¹⁹.

Las relaciones entre la comunidad cristiana y el poder romano, como ocurrió en el caso de los judíos¹²⁰, variaron según las épocas y los emperadores. Según múltiples factores, las autoridades romanas vieron al cristianismo con indiferencia, abierta hostilidad o con plena sintonía¹²¹, por lo que las persecuciones no pueden calificarse de sistemáticas, aunque sí parecían dirigidas en ocasiones a ciertos sectores de la población¹²². Los primeros cristianos pasaron desapercibidos como consecuencia de su vinculación al judaísmo. Un buen ejemplo de la indiferenciación de costumbres entre judíos y cristianos desde el prisma romano se encuentra en el Nuevo Testamento, concretamente en Hechos 16, 19-24 en relación a las actividades evangelizadoras de Pablo: "Mas sus amos, viendo desvanecida la esperanza de la granjería que hacían con ella, prendiendo a Pablo y a Silas, los condujeron al juzgado ante los jefes de la ciudad. Y presentándolos a los magistrados, dijeron: Estos hombres alborotan nuestra ciudad, son Judíos. Y quieren

¹¹⁸ La doctrina alemana define la tolerancia (*Toleranz*) en los siguientes términos y según si la práctica una persona privada o una Administración: "*Ein Mensch übt Toleranz, wenn er einen anderen Menschen duldet, der sich in seinen Meinungen und Anschauungen und vielleicht auch in seinem Handeln von ihm unterscheidet. Eine Obrigkeit praktiziert Toleranz, wenn sie religiöse Minderheiten, die sich von der offiziellen Kulturausübung distanzieren, in ihrem Staatswesen leben läßt*". En cambio, la libertad religiosa (*Religionsfreiheit*) va más allá: „*Bedeutet ein gewährtes Recht und dadurch einen Zustand, den die Bürger eines Staatswesens genießen, und zwar als Konsequenz der von der Regierung praktizierten Toleranz*". GUGGISBERG, Hans R.: "Wandel der Argumente für religiöse Toleranz und Glaubensfreiheit im 16. und 17. Jahrhundert", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 458-459.

¹¹⁹ SCHLETTE: "Toleranz", en AAVV: *Zur Geschichte...*, op. cit., pp. 193-194.

¹²⁰ El monoteísmo hebraico fue tolerado "por tradición política y considerado como una incurable particularidad étnica". Sin embargo, también fue objeto de persecuciones como la emprendida por Calígula que destruyó la comunidad judía de Alejandría por no practicar el culto imperial. BAYET: *La religión...*, op. cit., p. 255; "En la mayoría de los momentos y lugares, el Estado romano pagano reconocía el derecho de los judíos a vivir como judíos y no limitaba sus movimientos". MOMIGLIANO: "Algunas...", en: *De paganos...*, op. cit., p. 216. Precisamente la tradición bíblica relativiza el origen de las instituciones sociales, diferenciando aquellas que son obra de Dios y aquellas que son mundanas, elemento característico que no debió facilitar las relaciones entre los judíos y las autoridades romanas al poner en entredicho el orden social: "*In the Biblical tradition the confrontation of the social order with the majesty of the transcendent God may also relativize this order to such an extent that one may validly speak of dealienation - in the sense that, before the face of God, the institutions are revealed as nothing but human works, devoid of inherent sanctity or immortality. It was precisely this relativization of the social order and the concomitant disruption of the divine - human continuum that sharply set off Israel from the surrounding cultures of the ancient Near East*". BERGER: *The social...*, op. cit., p. 105.

¹²¹ "Desde un punto de vista religioso, el Imperio romano era un conglomerado de grupos competitivos, algunos mutuamente excluyentes, otros compatibles o incluso complementarios entre sí, aunque a la vez rivales". MOMIGLIANO, Arnaldo: "La biografía antigua y el estudio de la religión en el Imperio romano", en: *De paganos...*, op. cit., p. 268.

¹²² "Las persecuciones contra los cristianos,, aunque legalmente avalados, no fueron continuas ni extensivas, sino esporádicas y selectivas, dependiendo de factores muy diversos, como los elementos de crisis social o el celo de algún gobernante. A pesar de todo, el sentido jurídico romano preveía, en la aplicación de la ley, la comisión de hechos concretos, o mejor expresado, la negativa a realizar aquellas prácticas religiosas paganas de tipo público que se sabían incompatibles con la fe cristiana, como los sacrificios a los dioses o la veneración de las estatuas de los emperadores. Aunque la persecución la sufren todos por el hecho de ser cristianos, parece que los clérigos y los militares son especialmente represaliados, aquéllos por su carácter de jerarquía dirigente, y éstos por la sensación de peligro que debían entrañar en el propio corazón del Estado". BUENO SALINAS y GUTIÉRREZ DEL MORAL: *Proselitismo...*, op. cit., pp. 23-24.

introducir una manera de vida, que no es lícito abrazar, ni practicar, siendo como somos Romanos. Al mismo tiempo la plebe conmovida acudió de tropel contra ellos: y los magistrados mandaron que, rasgándoles las túnicas, los azotasen con varas. Y después de haberles dado muchos azotes, los metieron en la cárcel, apercibiendo al carcelero para que los asegurase bien. El cual recibida esta orden, los metió en un profundo calabozo, con los pies en el cepo".

Al mismo tiempo, un ejemplo de la indiferencia mostrada por las autoridades romanas ante los asuntos religiosos "internos" de judíos y cristianos se puede encontrar en Hechos 18, 12-16: *"Pero siendo procónsul de Achava Gallion, los Judíos se levantaron de mancomún contra Pablo, y le llevaron a su tribunal. Diciendo: Éste persuade a la gente que dé a Dios un culto contrario a la ley. Mas cuando Pablo iba a hablar en su defensa, dijo Gallion a los Judíos: Si se tratase verdaderamente de alguna injusticia o delito, o de algún enorme crimen, sería razón, ¡oh Judíos! que yo admitiese vuestra delación. Mas si estas son cuestiones de palabras, y de nombres, y cosas de vuestra ley, allá os las hayáis: que yo no quiero meterme a juez de esas cosas".*

Mas el monoteísmo cristiano, a diferencia del de los judíos, no iba ligado al origen étnico, lo que hacía temer a las autoridades la creación de un Estado dentro del Estado¹²³. Ello a pesar de que los cristianos nunca pretendieron alzarse de forma violenta contra el poder romano y no dejaron de cumplir la mayoría de leyes, por muy revolucionario que fuera su mensaje¹²⁴.

Si se examinan los textos de los apologistas (por ejemplo, los textos de JUSTINO, ATENÁGORAS DE ATENAS o TEÓFILO DE ANTIOQUÍA), se puede observar la tipología de las acusaciones de las que eran objeto los cristianos por parte de la población pagana: ateísmo, inmoralidad, canibalismo, incesto, sacrificios humanos, falta de veneración del emperador (precisamente uno de los factores claves de cohesión en una sociedad tan heterogénea), etc¹²⁵. Para el historiador del Derecho IGLESIA FERREIRÓS, la separación cristiana entre el mundo temporal y el mundo espiritual encuentra difícil encaje en el sistema jurídico – político romano, en el que los emperadores exigen ser adorados como dioses. Cuando concurre una contradicción entre los mandatos del poder temporal y los de Dios, los cristianos deben obedecer estos últimos y sufrir de forma pacífica las consecuencias¹²⁶. Sin duda, se trata de las raíces de la objeción de conciencia actual.

En definitiva, en algunos momentos su forma de pensar o de practicar la religión era considerada peligrosa por las autoridades en atención al orden público o la moralidad, o causaban una abierta antipatía a la población pagana. En muchas ocasiones tampoco es

¹²³ BAYET: *La religión...*, op. cit., p. 280. *"La joven Iglesia cristiana, en los años que siguieron inmediatamente al drama del Gólgota, tuvo la suerte de no llamar apenas la atención de las autoridades, y si alguna vez se fijaban en ella era considerándola como una secta judía y acreedora, por tanto, a la tolerancia que se concedía a esta fe"*. CARSON: "El orbe...", en AAVV: *El nacimiento...*, op. cit., p. 237.

¹²⁴ ESCUDERO LÓPEZ, José Antonio: *Curso de historia del Derecho. Fuentes e instituciones político - administrativas*. 2ª edición. Madrid: Autor - editor, 1995, p. 164.

¹²⁵ "Los cristianos tenían que enfrentarse a la acusación de completo canibalismo, ya que en la eucaristía comían la carne y bebían la sangre de su Dios. Eran llamados ateos porque no veneraban a los Dioses del Estado. Negaban los honores divinos al emperador mismo, de tal modo que su ateísmo era a la vez subversión política". JAEGER: *Cristianismo...*, op. cit., p. 45.

¹²⁶ IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino: *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*. Volumen I. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 218. Dicha forma de obrar, según el autor, daría lugar a la teoría de la resistencia pasiva.

claro el fundamento legal utilizado por los romanos para llevar a cabo sus persecuciones¹²⁷. Se ha puesto de relieve que durante los siglos I y II las autoridades romanas no disponían de un cuerpo legislativo expresamente diseñado para otorgar cobertura jurídica a las persecuciones, cosa que cambió desde la persecución de Decio (250), momento a partir del cual se promulgaron edictos *ad hoc* para fundamentar jurídicamente la represión de los cristianos¹²⁸.

En todo caso, han de diferenciarse claramente las imputaciones que realizaba el vulgo pagano, de las acusaciones llevadas a cabo por la intelectualidad romana o sus más altas autoridades¹²⁹. De esta forma, también es necesario deslindar las persecuciones de cristianos en un ámbito local, que fueron las más habituales (la primera de este tipo se cree que fue la emprendida por Nerón), de las persecuciones generales en buena parte del territorio romano (por ejemplo, la emprendida por Diocleciano); aunque todas ellas configuraron y condicionaron el crecimiento y desarrollo de la Iglesia primitiva¹³⁰.

La persecución de los cristianos provocó el nacimiento de lo que hoy entendemos por tolerancia religiosa en las obras de los autores cristianos. Ya no sólo era ejemplo de ello TERTULIANO en el siglo II o LACTANCIO en el siglo IV, sino que los autores apologistas en general tendían a dicha tolerancia, como JUSTINO o ATENÁGORAS¹³¹. Tampoco han de minusvalorarse aquellos esfuerzos en el mismo sentido llevados a cabo por autores paganos, especialmente cuando el *status quo* no les beneficiaba precisamente. Un ejemplo de ello lo constituye SÍMACO, que también argumenta en favor de la tolerancia religiosa¹³². Naturalmente, el concepto moderno de libertad religiosa no era conocido como tal en la Antigüedad¹³³. Además, que los autores cristianos preconizaran la

¹²⁷ “Es muy difícil saber con exactitud las razones por las que esos mártires fueron condenados; pero me atrevo a creer que, bajo los primeros Césares, ninguno lo fue sólo por su religión”. VOLTAIRE: *Tratado...*, *op. cit.*, p. 102; TEJA CASUSO: *El cristianismo...*, *op. cit.*, p. 30. Asimismo *vid.* RAMOS – LISSÓN: *Compendio...*, *op. cit.*, pp. 77-78. Asimismo *vid.* MOREAU, Jacques: *La persécution du christianisme dans l’empire romain*. 1 edición. Paris: Presses Universitaires de France, 1956. Precisamente el autor dedica todo el capítulo IV a intentar ofrecer una explicación de la naturaleza jurídica de las imputaciones realizadas a los cristianos por las autoridades romanas (pp. 65-74).

¹²⁸ LLORCA, Bernardino: *Historia de la Iglesia católica*. Volumen I. 7ª edición. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1996, pp. 179-183.

¹²⁹ BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, José María: “La reacción pagana ante el cristianismo”, en AAVV: *Cristianismo primitivo y religiones místicas*. 2ª edición. Madrid: Cátedra, 2007, pp. 157-188.

¹³⁰ “Las persecuciones sufridas por la Iglesia primitiva durante sus tres primeros siglos de existencia, forman parte esencial de su historia. Demasiado intermitentes y breves para lograr erradicarlas, sin embargo, fueron en todos los aspectos lo bastante violentas para consolidar la unión de los cristianos”. DE STE. CROIX, G.E.M.: “Las persecuciones. El choque del cristianismo con el gobierno imperial romano”, en AAVV: *El crisol del cristianismo*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1971, p. 332.

¹³¹ BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, José María: “La reacción pagana ante el cristianismo”, en AAVV: *Cristianismo primitivo y religiones místicas*. 2ª edición. Madrid: Catedra, 2007, p. 188.

¹³² DE STE. CROIX, G.E.M.: “Las persecuciones. El choque del cristianismo con el gobierno imperial romano”, en AAVV: *El crisol del cristianismo*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1971, p. 351.

¹³³ Se debe huir de la costumbre perniciosa de la que advertía COULANGES, cual es la de estudiar a los antiguos sin tener en cuenta su propio contexto, lo que conlleva el error de transpolar conceptos de forma mecánica de la Edad Antigua a la Moderna o viceversa: “Para conocer la verdad sobre los pueblos antiguos, conviene estudiarlos sin pensar en nosotros, como si fuesen extraños, y con el mismo desinterés que estudiaríamos a la India o Arabia”. COULANGES: *La ciudad...*, *op. cit.*, p. 26; “Notable como fue la tolerancia romana hacia los cultos extranjeros, nunca llegó a ser un equivalente antiguo a la idea moderna de la separación entre el Estado y la Iglesia”. MOMIGLIANO: “Algunas...”, en: *De paganos...*, *op. cit.*, p. 204.

tolerancia religiosa no conllevó la interiorización de dicho concepto por los mismos fieles cristianos, quienes sostenían que su fe era la única verdadera y las otras eran falsas.

Es más, dicha intolerancia no sólo se dirigía contra otras confesiones, sino que se mostraba implacable en el seno de la misma Iglesia primitiva, donde se trataba de establecer la preeminencia de una ortodoxia doctrinal. EHRMAN denuncia que si, como regla general, las autoridades romanas habían sido tolerantes con los cristianos, a excepción de persecuciones esporádicas y locales, tal actitud de tolerancia no fue compartida por los cristianos proto-ortodoxos, es decir, aquellos que se habían erigido por encima de las otras formas de pensar dentro de la Iglesia primitiva. Para ellos sólo había una salida de salvación, lo que les llevó a ser extremadamente intolerantes ante cualquier forma de diversidad religiosa. Ni eran tolerantes con los herejes, ni con los judíos, ni con los paganos¹³⁴. De hecho, paradójicamente TERTULIANO fue el primer autor que utilizó el término latino *haereticus*¹³⁵, y constituye un buen ejemplo de intolerancia e intransigencia¹³⁶.

Como se ha dicho anteriormente, TERTULIANO constituye un paradigma de la apología, que es el género literario que defiende las tesis cristianas frente a los ataques de otros grupos religiosos del entorno, justificaba su aceptación y trataba que fuera tolerado. Lógicamente, la literatura cristiana primitiva se dirige al conjunto de creyentes. Sin embargo, las persecuciones a que son sometidos los cristianos provoca en el siglo II el surgimiento de la literatura apologética, que va dirigida a los paganos, concretamente a aquellos paganos con un cierto nivel cultural¹³⁷. Por ejemplo, la Epístola a Diogneto, obra apologética anónima de finales del siglo II, defiende el carácter universal y cívico del cristianismo. Dicha epístola argumenta, en opinión de MARCOS, que los cristianos “*no se distinguen de otros hombres ni por su país, ni por su lengua, ni por sus costumbres; no tienen ciudades propias, ni emplean una lengua peculiar, ni llevan una vida marcada por ninguna singularidad; viven tanto en ciudades griegas como bárbaras, respetando las costumbre locales tanto en el vestido, como en la comida, como en el resto de su conducta ordinaria; se casan como los otros, tienen hijos, etc. pero son extranjeros en sus países, ciudadanos del cielo*”¹³⁸. Dicha literatura apologética no se limita a atacar el paganismo popular, sino que también argumenta contra la filosofía contemporánea¹³⁹.

¹³⁴ EHRMAN, Bart D.: *Cristianismos perdidos*. 2ª edición. Barcelona: Crítica, 2009, pp. 370-372. Aparte de esta obra, sobre la persecución de las divergencias dentro del cristianismo en la Iglesia primitiva es muy recomendable PIÑERO SÁENZ, Antonio: *Los cristianismos derrotados*. 2ª edición. Madrid: Edaf, 2008.

¹³⁵ MARCOS: “La idea...”, *op. cit.*, p. 65. Desde otro punto de vista: “*Los cristianos tenían que explicar a los paganos por qué el paganismo, es decir, el politeísmo, existía y era deplorable, y eso implicaba un elemento de explicación histórica. Los paganos, por su parte, no tenían necesidad de explicar su propia existencia: para ellos bastaba con defender la racionalidad de sus creencias, como lo hizo, por ejemplo, Celso, explicando al función del politeísmo en un mundo plurinacional*”. MOMIGLIANO: “Historiografía...”, en: *De paganos...*, *op. cit.* p. 36.

¹³⁶ GIBBON: *Historia...*, *op. cit.*, p. 209-210. Así pues, se discrepa abiertamente de que “*el derecho a la libertad religiosa fue la mayor conquista de los mártires judeocristianos*”. JUSDADO RUIZ - CAPILLAS, Miguel Ángel: “Concepto de Derecho eclesiástico el Estado”, en AAVV: *Derecho matrimonial canónico y eclesiástico del Estado*. 3ª edición. Madrid: Colex, 2008, p. 212. Por lo que se ha dicho hasta ahora, y por lo que se dirá, es claro que dicha opinión ha de ser matizada, en el mejor de los casos, en gran medida.

¹³⁷ JAEGER: *Cristianismo...*, *op. cit.*, pp. 44-45.

¹³⁸ MARCOS: “La idea...”, *op. cit.*, p. 69.

¹³⁹ DANÉLOU: “La propagación...”, en AAVV: *El crisol...*, *op. cit.*, pp. 294-295.

Los vaivenes de la tolerancia religiosa son fácilmente detectables a partir del reinado de Septimio Severo (193-211), que durante parte de su mandato llevó a cabo persecuciones generales contra los cristianos; pero especialmente dichos avances y retrocesos en materia de tolerancia religiosa son visibles en el siglo IV d.C. y siguientes, hasta bien entrada la Edad Media. Es a partir del siglo IV cuando cambian los significados de *religio* y de *superstitio*, concretamente a partir de Constantino. La primera siempre había sido considerada aceptable por las autoridades y la segunda era motivo de rechazo y persecución, pues era referida a prácticas religiosas irregulares, que no siguen las costumbres estatales; o a un compromiso religioso excesivo, o, finalmente, a determinadas prácticas de pueblos extranjeros (por ejemplo, en ocasiones la práctica religiosa de los judíos)¹⁴⁰; *religio* significa devoción al Dios verdadero y *superstitio* es referida a toda religión falsa, conceptos que se irán perfilando, en el Código Teodosiano y en otras leyes¹⁴¹. De este modo, para personas que pueden tildarse de representativas de la alta sociedad romana, y, por lo tanto, de nivel cultural también alto, como PLINIO EL JOVEN o TÁCITO, rechazaban el cristianismo por entender que se trataba de *superstitio*, y no *religio*¹⁴².

La primera etapa de la Tetrarquía se caracterizó por las buenas relaciones entre las autoridades y los cristianos. Es a partir del 303 que Diocleciano desencadenó en todo el Imperio de oriente una persecución contra los cristianos, de tal manera que no es hasta el 311 que el cristianismo es tolerado. Diocleciano depuró de cristianos la administración y el ejército, y prohibió posteriormente sus reuniones de culto, destruyó iglesias, ordenó la quema de libros y decretó la pena de muerte contra aquellos que no realizaran sacrificios a los dioses; persecución que coincidió parcialmente con otra en occidente llevada a cabo por Maximiano¹⁴³.

En el 304 un nuevo edicto obligó a los romanos a realizar sacrificios a los dioses bajo pena de trabajos forzados o, incluso, la muerte. Esta persecución, conocida como la "gran persecución", se prolongó de forma intermitente durante más de una década, más allá del retiro de Diocleciano y Maximiano en el 305. Sobre la motivación del brusco cambio de actitud de Diocleciano respecto los cristianos los historiadores han puesto de manifiesto varias hipótesis, pero lo que sí es irrefutable es que desde el Edicto de Galieno (260) la Iglesia prosperó, mientras que el Imperio estaba en una situación muy negativa: las fronteras del Rin y el Danubio eran fuertemente presionadas por los bárbaros, se producían revueltas continuas de los campesinos en las Galias, la inflación no paraba de

¹⁴⁰ "El sentimiento de dignidad de la nobleza romana, que era una nobleza de oficio racional, con una base cada vez más amplia, que acabaría incluyendo en la clientela de las familias a ciudades y regiones enteras, rechazaba ya en la terminología el concepto correspondiente al éxtasis, la «superstitio», como lo específicamente indigno del hombre distinguido, tan inconveniente como la danza". WEBER: *Sociología...*, op. cit., p. 227.

¹⁴¹ MARCOS, Mar: "Ley y religión en el Imperio Cristiano (s. IV y V)". *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, 2004, núm. 11, pp. 54 y siguientes.

¹⁴² DE CHURRUCA ARELLANO, Juan: "Opiniones de personas cultas de la primera mitad del siglo II sobre los cristianos como grupo social", en *Cristianismo y mundo romano: nuevos estudios*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 131-148.

¹⁴³ "El impero romano, que durante tres siglos estaba dando inútilmente ataques casi continuos al cristianismo, hizo su último esfuerzo por destruirlo, y en vez de derribarlo, acabó por establecerle con toda solidez". POSTEL, V.: *Historia de la Iglesia desde Nuestro señor Jesucristo hasta el Pontificado de Pío IX*. 1ª edición. Barcelona: Librería Religiosa, 1875, p. 118.

umentar... Tales factores provocaron que Diocleciano llevara a cabo medidas radicales de reforma con el fin de asegurar la viabilidad del Imperio¹⁴⁴.

Superada la etapa anticristiana de Diocleciano, que fue probablemente la más larga de la Antigüedad, cabe decir, que el primero de los edictos de la tolerancia que se conserva es el de Galerio, emitido en Nicomedia el 30 de abril del año 311, que pone fin a las persecuciones y declara al cristianismo *religio licita*¹⁴⁵. Anteriormente se reconoce que Majencio había decretado la libertad de los cristianos bajo su control. Es decir, del año 311 al 313 el cristianismo no sólo fue protegido por los edictos de tolerancia de Galerio, sino también por los de Licinio (famoso es su edicto del año 311) y Constantino en occidente y en oriente.

Constantino (306-337) se trata de una figura muy polémica entre los historiadores, calificado como oportunista por GOUGH: “*tuvo el acierto de enganchar su carro al astro ascendiente de los cristianos, ganándose su ayuda, y conquistó la posición dominante en el mundo romano gracias a una gran victoria obtenida cerca de Roma sobre su rival principal, en 312*”¹⁴⁶. En dicho año, Constantino derrotó a Majencio, hijo de Maximiano. Desde Constantino, cada emperador fue calificado como de “apóstol” y su rango era el que era “por la gracia de Dios”¹⁴⁷. Dicho emperador, por un lado favoreció al cristianismo (desde un primer momento devolvió a los cristianos todos los bienes confiscados) y, por otro, siguió utilizando los símbolos paganos para potenciar el poder imperial, sin que promulgara normas que afectasen sustancialmente a las prácticas religiosas tradicionales paganas¹⁴⁸. Respecto a un momento tan temprano del reinado de Constantino, ha de matizarse su posición en materia religiosa desde un punto de vista legislativo, ya que a los inicios de su gobierno no puede encontrarse aún una postura intervencionista en materia religiosa que usara todos los resortes del poder para propagar el cristianismo¹⁴⁹.

En el año 313 Constantino se reunió en Milán con Licinio para coordinar su política, lo que tuvo como fruto, junto con otras importantes decisiones (por ejemplo, el derrocamiento de Maximiano), el conocido como Edicto de Milán (no se ha conservado hasta nuestros días y se duda seriamente de su existencia como tal)¹⁵⁰, que

¹⁴⁴ MOREAU: *La persécution...*, op. cit., pp. 110 y siguientes. Dicho contraste es enfatizado por el autor: “*Cette prospérité de l'Église, depuis l'édit de Gallien, contrastait avec l'état lamentable de l'empire*” (p. 110).

¹⁴⁵ Para MARCOS que los emperadores decretaran la libertad de los cristianos bajo control es consecuencia de motivaciones estrictamente políticas. MARCOS: “La idea...”, op. cit., p. 76.

¹⁴⁶ GOUGH: “Hacia la...”, en AAVV: *El nacimiento...*, op. cit., p. 329.

¹⁴⁷ HEICHELHEIM: *Historia social...*, op. cit., p. 133. Ello no excluye o es incompatible con el culto imperial: “*El gobierno por la gracia de Dios era la única forma de gobierno compatible con la fe cristiana: en realidad, había habido emperadores paganos que pensaban de este modo, como Aureliano. Pero no es difícil comprender que los emperadores cristianos no tenían prisa por eliminar el culto imperial*”. MOMIGLIANO, Arnaldo: “Cómo se convirtieron en dioses los emperadores romanos”, en: *De paganos...*, op. cit., p. 176.

¹⁴⁸ TEJA CASUSO: *El cristianismo...*, op. cit., p. 42.

¹⁴⁹ “*Evidence that there was widespread in the empire a sense of lawful norms in religion, other than mutual respect among all faiths, that these norms were customarily to be enforced by the chief officers of the state, or even that some vager kind of religious guidance was to be sought from the ruler, cannot be found so early in the century*”. MACMULLEN: *Christianizing...*, op. cit., p. 45.

¹⁵⁰ En dicho sentido FERNÁNDEZ UBIÑA, José: “Constantino y el triunfo del cristianismo en el Imperio Romano”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. I. El Mundo antiguo*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2006, p. 340.

otorga la libertad de culto¹⁵¹. Entre otras medidas, se acabó con la persecución de cristianos en Oriente. El edicto es del siguiente tenor: "Nos, los Emperadores Constantino y Licinio, habiéndonos reunido felizmente en Milán, y puesto en orden las cosas que pertenecen al bien común y a la seguridad pública, juzgamos que, entre las cosas que han de beneficiar a todos los hombres, o que deben ser primero solucionadas, una de ellas es la observancia de la religión; debemos, por consiguiente, dar, así a los cristianos como a todos los otros, libre oportunidad de profesar la religión que cada uno desee para que por este medio, cualquiera que sea la divinidad entronizada en los cielos, pueda ser benigna y propicia con nosotros y con todos los que han sido puestos bajo nuestra autoridad. Por lo tanto, pensamos que la siguiente decisión está de acuerdo con una sana y verdadera razón; que nadie que haya aceptado la creencia cristiana o cualquiera otra que parezca ser la más conveniente para él, sea obligado a negar su convicción, para que así la Suprema Divinidad, cuyo culto observamos libremente, pueda asistirnos en todas las cosas con su deseado favor y benevolencia. Por cuyo motivo es necesario que V.E. sepa que es nuestra voluntad que todas las restricciones publicadas hasta ahora en relación a la secta de los cristianos, sean abolidas, y que a cada uno de ellos, que profese sinceramente la religión cristiana, trate con empeño en practicar sus preceptos sin temor o peligro (...). Hemos concedido a los otros el mismo derecho público y libre para practicar sus creencias o culto, para que de esta manera cada uno pueda tener libre ocasión para rendir adoración según su propio deseo. Hemos obrado así para que no parezca que favorecemos a una religión más que a otra"¹⁵².

Dicho edicto, que más bien podría calificarse de acuerdo, era novedoso porque concedía el derecho a los individuos de elegir la religión personal y a ponerla en práctica sin restricciones, lo que supone un hito remarcable en la historia de la tolerancia religiosa. Aunque, como ocurre frecuentemente en la historia, dicho avance pionero tuvo también sus sombras, ya que pronto se produjeron persecuciones contra los no cristianos y contra los cristianos cuyas ideas divergían contra las doctrinas oficiales¹⁵³. Otras medidas tomadas durante la llamada "paz constantiniana" fueron, sin ánimo de exhaustividad, la restitución de bienes a la Iglesia, la construcción de nuevos templos por todo el territorio del Imperio, la sustitución del sol por la denominada Resurrección del Señor para la celebración del domingo, o la constitución de un fuero episcopal¹⁵⁴.

Después de nuevas persecuciones en Oriente, Licinio, seguidor de las tradiciones religiosas romanas, fue derrotado en el 324 por Constantino, quien se erigió como único gobernante del imperio. A partir de ese mismo momento, Constantino reafirmó el principio de tolerancia religiosa en Oriente, ya que en Occidente ya se respetaba, mediante la

¹⁵¹ Al tratar del Edicto de Milán VERA URBANO destaca acertadamente como para los romanos "libertad religiosa no significa indiferencia religiosa en el sentido separatístico del liberalismo". VERA URBANO: "La libertad...", en AAVV: *Dimensiones...*, op. cit., p. 602.

¹⁵² Citado en PRIETO, Vicente: *Relaciones Iglesia-Estado. La perspectiva del Derecho Canónico*. 1ª edición. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 2005, pp. 23-24.

¹⁵³ "El edicto de Milán, ese gran mandato de la tolerancia, había ratificado a todos los individuos del mundo romano el principio de escoger y profesar la religión que desearan. Sin embargo, pronto se violó este inestimable privilegio: junto con el conocimiento de la verdad, el emperador [Constantino] se imbuyó de las máximas de la persecución, y las sectas que disentían de la Iglesia católica pasaron a ser acosadas y oprimidas por el triunfo del cristianismo". GIBBON: *Historia...*, op. cit., p. 285; "Posiblemente, ni Constancio ni Licinio se dieron cuenta de que lo acababan de firmar en Milán era nada menos que el principio de libertad religiosa". RAMOS – LISSÓN: *Compendio...*, op. cit., p. 200.

¹⁵⁴ PRIETO: *Relaciones...*, op. cit., p. 24.

promulgación de nuevos edictos. Las normas promulgadas por Constantino favorecían abiertamente a los cristianos y a la Iglesia Católica: devolución de bienes confiscados, exención de los *munera* civiles al clero africano, capacidad de la Iglesia de recibir donaciones y herencias y manumitir esclavos, facultad de los obispos de juzgar en procesos civiles (*episcopalis audientia*), etc.

Al mismo tiempo, y como ya se ha avanzado, Constantino no dudó en usar la fuerza para mantener la ortodoxia dentro de la Iglesia y hostigar a los declarados herejes, como los montanistas. Para poner fin a la herejía, Constantino el Grande copió algunas de las normas que ya había utilizado Diocleciano¹⁵⁵. De este modo, se puede afirmar que el modo de ejercicio del poder ideado por Diocleciano y perfeccionado por Constantino se sustentaba en una monarquía absoluta, unida a una administración sumamente burocrática y una fuerte limitación de las libertades personales¹⁵⁶.

En el año 325 se celebró el Concilio de Nicea, el primer concilio ecuménico, en el que se formularon las doctrinas básicas del cristianismo (por ejemplo, se afirmó la unidad de Dios en tres personas) y se fijó el canon de los libros sagrados. Constantino presidió dicho Concilio, que condenó el arrianismo. Constantino también tomó algunas medidas contra los paganos, como el cierre de templos o la persecución de neoplatónicos, aunque su política contra los paganos fue muy ambigua. De este modo, el cristianismo pasó de ser una religión perseguida y que se contentaba con ser tolerada por los gobernantes romanos, a ser un instrumento que garantizaba la unidad del Estado y, como tal, justificaba el uso de la violencia contra cualquier heterodoxia¹⁵⁷.

Entre los años 340 y 350 gobernaron en cada parte del Imperio Constancio II, que era arriano e impuso una clara política césaropapista, y Constante, que era católico. Sin embargo, ambos emperadores promulgaron normas antipaganas y alguna medida contra los judíos, y no renunciaron a sus títulos de pontífices máximos¹⁵⁸. Asimismo, continuaron las medidas a favor de la Iglesia y los cristianos. Sin embargo, las creencias paganas subsistieron, a pesar de todo, durante un lapso de tiempo indeterminado, por un lado por la fuerza de la costumbre (las tradiciones paganas estaban muy arraigadas en la población); y por otro por las disputas internas del mismo cristianismo.

A partir de entonces se reanudaron las épocas de tolerancia e intolerancia religiosa. En este período es de destacar la figura de Juliano el Apóstata (361-363), sobrino de Constancio y gran amante de la cultura grecorromana. No obstante su estricta educación cristiana, intentó revivir de forma intensa el politeísmo y el pluralismo religioso de

¹⁵⁵ “Los mismos obispos que habían sentido la mano de la opresión y habían suplicado en favor de los derechos de la humanidad aplaudieron este método de conversión”. GIBBON: *Historia...*, op. cit., pp. 285-286.

¹⁵⁶ KUNKEL, Wolfgang: *Historia del Derecho Romano*. 7ª edición. Barcelona: Ariel, 1981, p. 145.

¹⁵⁷ “Die junge Kirche konnte nur mit geistigen Waffen kämpfen und war zufrieden, wenn ihr vom heidnischen Staat Duldung zuteil wurde. Aber auch als ihr durch Konstantin den Großen die Freiheit geschenkt war und sie immer mehr zur herrschenden Religion des Reiches wurde, hat sie selbst an ihrer ursprünglichen grundsätzlichen Haltung bis ins 13. Jahrhundert festgehalten, wiewohl die Kaiser im Interesse, der Reichseinheit als Arianer gegen die Katholiken, als Katholiken gegen die Arianer und andere Irrlehren mit Gewalt vorgingen”. PRIBILLA, Max: “Dogmatische Intoleranz und bürgerliche Toleranz”, en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 98-99.

¹⁵⁸ MOMIGLIANO: “La religión...”, en: *De paganos...*, op. cit., pp. 320-321. El autor enfatiza como las medidas contra los paganos no pasaban por la tolerancia, sino por la conversión.

CELSO¹⁵⁹. Incluso pretendió la reconstrucción del Templo de Jerusalén; y reanudó nuevamente las políticas anticristianas, aunque por un muy breve espacio de tiempo como consecuencia de su breve gobierno. Con fines de debilitar la ortodoxia cristiana, permitió volver del exilio a los cristianos alejados por motivos doctrinales y declaró la tolerancia religiosa sin excepciones para potenciar las luchas entre los cristianos. Juliano optó decididamente por luchar contra el cristianismo a favor del paganismo, pero en ningún momento decidió llevar a cabo persecución violenta alguna contra los fieles cristianos¹⁶⁰.

A finales del gobierno de Joviano (363-364), que sucedió a Juliano, el filósofo pagano TEMISTIO declaró: “*Quien introduce la coacción arrebatada la libertad que Dios nos ha concedido (...). Que el alma de cada cual sea libre para elegir el camino que crea mejor para practicar su piedad*”. Así es claro, que a la muerte de dicho gobernante, existía aún un ambiente de tolerancia religiosa¹⁶¹.

Teodosio I el Grande (379-395) emprendió un buen número de medidas contra los paganos, elevó al cristianismo a religión oficial del imperio y renunció al título de *pontifex maximus*. En los años 391 y 392 sacrificó el paganismo en favor del cristianismo, prohibiendo todo acto de culto pagano, público o privado; lo que puso fin en buena medida a la antigua religión romana¹⁶². Atrás quedaban aquellos tiempos en que los cristianos imploraban tolerancia religiosa de las autoridades romanas¹⁶³. Desde el principio de su gobierno impuso la ortodoxia nicena en el Imperio para atajar toda desviación de la doctrina considerada correcta e implementó una dura legislación contra la herejía. No son pocas las “desviaciones” heréticas dentro del cristianismo en el siglo IV: donatistas, arrianos, pelagianos, priscilianistas...¹⁶⁴. Si la ortodoxia se mostró violenta con sus adversarios, la Cristiandad arriana se mostrará mucho más tolerante, especialmente la germánica¹⁶⁵.

Además, es indiscutible que el cristianismo y sus valores influyeron en el Derecho Romano (especialmente durante el gobierno de Constantino)¹⁶⁶, en un buen número de

¹⁵⁹ MOMIGLIANO, Arnaldo: “Las desventajas del monoteísmo para un Estado universal”, en: *De paganos...*, op. cit., p. 252.

¹⁶⁰ HOMO, León: *Nueva Historia de Roma*. 1ª edición. Barcelona: Joaquín Gil, 1943, pp. 397-398.

¹⁶¹ LOMAS SALMONTE, Francisco Javier: “El imperio cristiano”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. I. El Mundo antiguo*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2006, pp. 481-482.

¹⁶² En opinión de BAYET, se trató de una muerte “por decreto”. BAYET: *La religión...*, op. cit., p. 288.

¹⁶³ DE STE. CROIX describe gráficamente la paradójica situación que tiene lugar cuando el cristianismo se impone como religión del poder imperial: “*Las cosas cambiaron mucho cuando se volvieron las tornas y los cristianos se hallaron en el lugar hasta entonces ocupado por sus enemigos. Ahora los ruegos de tolerancia procedían casi exclusivamente de los paganos, de los herejes (...), o de los católicos, cuando eran ellos los perseguidos por los herejes o cismáticos*”. DE STE. CROIX: “Las persecuciones...”, en AAVV: *El crisol...*, op. cit., p. 351. Para una visión de conjunto de la conflictividad y persecución al cristianismo vid. DE CHURRUCA ARELLANO, Juan: “El acercamiento del cristianismo primitivo al Imperio Romano”, en *Cristianismo y mundo romano: nuevos estudios*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 233-260.

¹⁶⁴ ESCRIBANO PAÑO, María Victoria: “El cristianismo marginado: heterodoxos, cismáticos y herejes del siglo IV”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. I. El Mundo antiguo*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2006, p. 443.; LOMAS SALMONTE: “El imperio...”, en AAVV: *Historia...*, op. cit., pp. 491 y ss.; “*Ortodoxo inquebrantable, Teodosio tiene un programa muy sencillo y muy claro: acabar con las disensiones religiosas por el triunfo definitivo de la fe ortodoxa. Ninguna diferencia para él entre paganos y arrianos. Unos y otros son enemigos de la ortodoxia*”. HOMO: *Nueva...*, op. cit., p. 399.

¹⁶⁵ SCHLETTE: “Toleranz”, en AAVV: *Zur Geschichte...*, op. cit., p. 196.

¹⁶⁶ FERNÁNDEZ UBIÑA: “Constantino...” en AAVV: *Historia...*, op. cit., pp. 359 y ss.

sus instituciones y principios¹⁶⁷; como ha influido en una medida u otra, de forma consciente o inconsciente, en la paulatina configuración de todos los ordenamientos europeos hasta la actualidad (los ordenamientos jurídicos laborales no son una excepción); aunque no haya unanimidad doctrinal sobre la concreta influencia ejercida¹⁶⁸. Es más, el Derecho Romano cristianizado influyó decisivamente en el posterior Derecho canónico que a, a su vez, una vez terminada la Edad Media, fue en buena parte el germen del Derecho moderno; y muchas de las instituciones jurídicas que se enseñan hoy en las facultades de Derecho bajo un supuesto manto secular tienen su origen en preceptos y conceptos religiosos¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Algunos ejemplos son los siguientes: "Under the influence of Christianity, the Roman law of the postclassical period reformed family law, giving the wife a position of greater equality before the law, requiring mutual consent of both spouses for the validity of a marriage, make divorce more difficult (...), and abolishing the father's power of life or death over his children; reformed the law of slavery, giving a slave the right to appeal to a magistrate if his master abused his powers and even, in some cases, the right to freedom if the master exercised cruelty, multiplying modes of manumission of slaves, and permitting slaves to acquire rights by kinship with freemen; and introduced a concept of equity into legal rights and duties generally, thereby tempering the strictness of general prescriptions. Also the great collections of laws compiled by Justinian and his successors in the sixth, seventh, and eight centuries were inspired in part by the belief that Christianity required that the law be systematized as a necessary step in its humanization. These various reforms were, of course, attributable not only to Christianity, but Christianity gave an important impetus to them as well as providing the main ideological justification. Like civil disobedience, law reform «in the direction of greater humanity» remains a basic principle of Christian jurisprudence derived from the early experience of the church". BERMAN: *The interaction...*, op. cit., pp. 53-54.

¹⁶⁸ La complejidad de determinar la influencia del cristianismo sobre el Derecho Romano es señalada por FUENTESECA DÍAZ: "Historia..." en *Estudios...*, op. cit., pp. 350-353.

¹⁶⁹ "Among the treatises composed during the late medieval period were several that dealt with the relationship between the Roman civil law and the canon law. «De differentiis legum et canonum» was a common title. They point to an important point about the law of the church; it was linked with the law of the Roman Empire. The link had existed from the earliest days. The church and its clergy were said to «live by the Roman law». The mature canon law was both different and more restricted in its substantive coverage than the law found in the «Corpus iuris civilis» that had been compiled under the Emperor Justinian in the 530s. However, the link was maintained. Whether it was Gratian himself or one of his followers who inserted extracts from the Roman law into the «Decretum», the fact remained that the ancient law filled many of the gaps in the canon law. Both were taught in the European universities, although normally in separate faculties, and lawyers who served the church were normally trained in both laws. When reading through a commentary on the canon law from the thirteenth or fourteenth centuries, one is immediately struck by the presence of citation to Roman law; they were used to augment, explain, and interpret the texts of the canon law itself". HELMHOLZ, R.H.: "Western canon law", en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 79-80. Así, tal y como enfatiza el autor "the canon law's contemporary influence extended far beyond the church's walls. In commercial life, for example, the doctrines worked out by the canonists counted. The just price, the prohibition of usury, and the institution of annuities touched the lives of ordinary people. In political life, representative institutions came into being under the influence of provisions taken from the canon law. In social life, the creation and regulation of poor relief was accomplished, in part at least, with resources found in the canon law" (p. 83). En relación a la contemporaneidad: "The canonists and Romanists of the late eleventh and twelfth centuries and thereafter based the enforceability of contracts on two principles: first, that to break promise is a sin, an offense against God, or, more fundamentally, an act of alienation of oneself from God; and second, that the victim of the breach ought to have a legal remedy if the purpose of the promise, or exchange of promises, was reasonable and equitable. These principles served as part of the foundation for the systematization of contract law, that is, the construction of an integrated set of concepts and rules of contract law. Many of these concepts continue to be taught today in law school courses throughout the world - concepts and rules concerning fraud and duress and mistake, unconscionability, duty to mitigate losses, and many other aspects of contract law that link it directly with moral responsibility".

Por último, y a modo ilustrativo de la efectiva presencia de la tolerancia religiosa en la Antigüedad, es de destacar que en el Imperio Romano de Oriente se creó la *mitata*, cuya finalidad era el control de los comerciantes extranjeros que llegaban al imperio, particularmente a su capital, Constantinopla. Dichos comerciantes extranjeros debían pagar una tasa; a cambio recibían alojamiento y alimentación. Asimismo, allí podían depositar las mercancías y abonar los derechos arancelarios. Resáltese que en el denominado *mitaton* se facilitaba a los comerciantes que incluso practicaran su religión. Un ejemplo de ello lo constituye el *mitaton* islámico de Constantinopla, que gozaba de una mezquita propia con el fin de conciliar la prestación de servicios como comerciante y la práctica religiosa en unas condiciones adecuadas¹⁷⁰.

3. LA APARICIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA MODERNIDAD

“Ya que usted me ha pedido mi opinión sobre la tolerancia mutua entre los cristianos, le contesto brevemente diciendo que estimo que la tolerancia es la característica principal de la verdadera Iglesia”¹⁷¹.

3.1. Breve apunte sobre la falta de tolerancia religiosa durante la Edad Media

Con el triunfo y hegemonía del cristianismo, a caballo entre finales del siglo IV y principios del siglo V¹⁷², se puede dar por finalizada la Antigüedad y el inicio de la Edad Media¹⁷³. A los efectos del presente estudio, y una vez analizados sus precedentes en la antigüedad, interesa examinar la aparición del concepto de libertad religiosa en la época moderna, por lo que no se considera de utilidad profundizar en cuanto a la búsqueda de la tolerancia religiosa en el gran lapso de tiempo que corresponde a la Edad Media. Naturalmente, ello no es óbice para constatar que ciertos elementos que posteriormente darían lugar a la libertad religiosa se empezaran a fraguar durante la Edad Media; pero dicha constatación provocaría que la línea discursiva de la presente investigación tuviera que seguir por caminos que la alejarían de su objeto principal de estudio¹⁷⁴.

BERMAN, Harold J.: “The Christian sources of general contract law”, en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 139.

¹⁷⁰ HEICHELHEIM: *Historia...*, *op. cit.*, p. 146.

¹⁷¹ Se trata del inicio de la célebre *Carta sobre la tolerancia*. LOCKE, John: *Ensayo y Carta sobre la tolerancia*. 1ª edición. Madrid: Alianza, 1999, p. 61.

¹⁷² “El triunfo del cristianismo llegó en un momento en que se deshacían todos los demás vínculos que mantenían Europa unida. Si hubiera que trazar una línea divisoria entre los mundos antiguos y medieval, acaso deberíamos situarla en el siglo IV”. GOUGH: “Hacia...”, en AAVV: *El nacimiento...*, *op. cit.*, p. 316.

¹⁷³ “El imperio cristiano del siglo IV fue a parar a la victoria, no del Emperador, sino de la Iglesia. «El emperador está en la Iglesia, no por encima de la Iglesia» ha escrito, en forma impresionante, San Ambrosio. Se anuncia la Edad Media”. HOMO: *Nueva...*, *op. cit.*, p. 401.

¹⁷⁴ Por ejemplo, se ha hecho notar que durante la Alta Edad Media la Iglesia luchó y consiguió hasta cierto punto separarse del poder secular, lo que configuraría siglos después la libertad religiosa, especialmente durante el pontificado de Gregorio VII. Así, se ha afirmado que la moderna libertad religiosa encuentra su origen en “aquellas estructuras que fueron capaces de mantener una lucha entre el poder secular y la Iglesia en la Alta Edad Media. Como fruto de esta lucha queda abolida la Iglesia Imperial, que tiene su comienzo en la Baja Antigüedad Romana y su apogeo en la dinastía de los Otones; la Iglesia se libera así de un modo verdaderamente

Así, no sólo no se pueden encontrar rastros consistentes de la moderna libertad religiosa en la Edad Media, sino que, por el contrario, algún autor ha señalado que el origen intelectual y dogmático de las persecuciones religiosas y las guerras de religión que se producen a partir del siglo XVI encuentran su fundamento doctrinal en las ideas de finales del siglo XII y principios del siglo XIII, algunas de ellas formuladas y sistematizadas por TOMÁS DE AQUINO. Al respecto no resulta baladí señalar que el siglo XIII se caracteriza como un período en que se dogmatiza, institucionaliza y juridifica de forma intensa la creencia religiosa, erigiéndose la figura del Papa como concentradora del poder. Se pasa de la cristiandad a la catolicidad, y se crea la Inquisición¹⁷⁵.

A pesar de la falta de construcción de un concepto acabado de tolerancia religiosa, tampoco se puede dejar de citar autores que tratarían de una cierta tolerancia religiosa de raíz cristiana de mitades del siglo XIII en adelante como consecuencia de la entrada en contacto con culturas foráneas: ROGER BACON, DANTE, RAMÓN LLULL o MARSILIO DE PADUA. Este último autor, cuya obra más célebre fue *Defensor pacis* (1324) fue un precursor en postular la separación de la Iglesia y el poder temporal. Desde tales postulados defendió la falta de legitimidad del poder temporal para coaccionar a sus súbditos en cuestiones religiosas. No obstante, sus ideas fueron ignoradas durante siglos¹⁷⁶, probablemente por lo avanzado de sus postulados.

Asimismo, se ha apuntado que la conjunción tradicional de la Edad Media entre esfera temporal y religiosa de la comunidad sobrevivió a la Reforma protestante y a los intentos de reforma católicos aunque ya no se correspondiera a la realidad. Dicha constatación, unido al fenómeno de confesionalismo que se producirá en las primeras fases de la Modernidad, se erigieron en un obstáculo para la tolerancia religiosa¹⁷⁷. Por eso, como se acaba de dejar dicho, pese al evidente interés de la evolución seguida durante la Edad Media en relación al mundo de las ideas y la teología, en el presente supuesto se muestra necesario profundizar directamente en la era moderna en la búsqueda de antecedentes reconocibles de los que hoy se podría identificar como libertad religiosa.

Como es conocido, la Edad Media abarca un largo y complejo período histórico que se caracterizó desde los comienzos hasta su fin¹⁷⁸ por fenómenos de gran intransigencia religiosa como son las cruzadas; los *progroms*; la reconquista y el borrado de muchos de los elementos de la rica cultura preexistente, principalmente de origen romano e

revolucionario de su sometimiento al poder secular". STARCK, Christian: "Raíces históricas de la libertad religiosa moderna". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1996, núm. 47, pp. 24-26. En el mismo sentido *vid.* TIERNEY, Brian: "Religious rights: An historical perspective", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Religious perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, p. 22.

¹⁷⁵ BLÁZQUEZ MARTÍN, Diego: *Herejía y traición: las doctrinas de la persecución religiosa en el siglo XVI*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 21-57.

¹⁷⁶ WOOD, James E. Jr: "An apologia for religious human rights", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Religious perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, pp. 471-472.

¹⁷⁷ KAPLAN, Benjamin J.: *Divided by faith. Religious conflict and the practice of toleration in early modern Europe*. 1ª edición. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 50.

¹⁷⁸ Por ejemplo, el siglo XIV se caracterizó por ser un siglo especialmente negativo para las minorías europeas (judíos, moriscos, musulmanes, etc.) que compartían espacios con las mayorías. Sobre dicho período *vid.* NIRENBERG, David: *Communities of violence: persecution of minorities in the Middle Ages*. 2ª edición. Princeton: Princeton University Press, 1998. Dicho autor no duda en afirmar que el siglo XIV fue uno de los más violentos para las minorías (p. 19).

islámico¹⁷⁹; la persecución y aniquilación de los albigenses o cátaros y los valdenses¹⁸⁰; o la creación de la Inquisición (una institución que evolucionará y estará en activo hasta hace relativamente poco tiempo)¹⁸¹, por citar sólo los elementos más característicos en cuanto a las problemáticas relaciones entre las distintas maneras de entender la fe¹⁸².

La reina Isabel de Castilla estaba en Sevilla en 1478 cuando el prior del convento dominico fray Alonso de Hojeda le informó que muchos judíos conversos estaban volviendo a su fe original y que con dicha conducta amenazaban la supervivencia del cristianismo. Cabe señalar que la citada orden de los dominicos organizó una eficaz campaña contra los judíos conversos. Así pues, en 1478 los Reyes Católicos solicitaron al Papa Sixto IV el permiso para poder crear en España un Santo Oficio o Inquisición para hacer frente a la "amenaza conversa". El Papa promulgó entonces la bula *Exigit sincere devotionis* y se instauró la Inquisición¹⁸³. Entre 1481 y 1522 sólo la Inquisición de Sevilla ordenó quemar en la hoguera a más de mil personas, que se corresponde aproximadamente con la mitad de personas ejecutadas del mismo modo en todo el país¹⁸⁴. Precisamente los conversos sobresalían del resto de la población por sus relevantes aptitudes profesionales, por lo que su persecución, aparte del drama humano que ello conllevó, supuso un importante empobrecimiento de la sociedad del momento¹⁸⁵. Ha de tenerse en cuenta que precisamente los focos principales de conocimiento

¹⁷⁹ En el siglo XIX se afirmó al respecto: "*El cristianisme ens ha privat de la collita de la cultura antiga, posteriorment encara ens ha privat de la collita de la cultura islàmica. El meravellós món cultural moro d'Espanya, que en el fons és més afí a nosaltres i que parla als nostres sentits i al nostre gust amb més força que no pas Roma i Grècia, va ser trepitjat - no diré per quina mena de peus -, ¿per què? ¡Perquè devia la seva gènesi a instints aristocràtics, a instints virils! ¡Perquè deia sí a la vida fins i tot amb els rars i refinats luxes de la vida mora!... Posteriorment els croats van combatre una cosa que més els hauria escaigut estirar-se en la pols davant d'ella, - una cultura al costat de la qual fins i tot el nostre segle XIX es trobaria molt pobre, molt «tardà»". NIETZSCHE, Friedrich: *L'Anticrist*. 2ª edición. Barcelona: Llibres de l'Índex, 2008, p. 162.*

¹⁸⁰ Sobre la figura de Pedro Valdo y el movimiento valdense puede examinarse GUIJARRO GONZÁLEZ, Susana: "Pedro Valdo y el despertar laico en el mundo medieval", en AAVV: *Herejes en la historia*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2009, pp. 121-141. A pesar de la represión, y como en el caso de otras creencias, el movimiento valdense perdura más allá de la Edad Media. El IV Concilio de Letrán (1216-1216) fue convocado por el Papa Inocencio III para defender la ortodoxia y el exterminio de los herejes, entre ellos los cátaros y los valdenses, o aplicar nuevas restricciones a los judíos, entre otros extremos.

¹⁸¹ Los orígenes de la Inquisición en la Edad Media pueden consultarse en AAVV: *Die Anfänge der Inquisition im Mittelalter*. 1ª edición. Köln: Böhlau, 1993. Para un examen profundo de la institución, sobre todo respecto a la Edad Moderna, vid. MORENO MARTÍNEZ, Doris: "La Inquisición Española: ¿descubrimiento o nueva creación?", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006, pp. 227-276.

¹⁸² "Over the course of Middle Ages, the superiority of the Christian faith and the denigration of the other religions was established by law, theology, and everyday practice". SCHWARTZ, Stuart B.: *All can be saved. Religious tolerance and salvation in the Iberian Atlantic world*. 1ª edición. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 48.

¹⁸³ THOMAS, Hugh: *El Imperio español. De Colón a Magallanes*. 1ª edición. Barcelona: Planeta, 2007, pp. 75-79.

¹⁸⁴ THOMAS: *El Imperio español. De Colón...*, op. cit., p. 709.

¹⁸⁵ "Desde el punto de vista profesional, la alta cualificación de los conversos los llevaba con frecuencia a ejercer oficios o profesiones de importante repercusión social. Los encontramos como boticarios y especieros y, sobre todo, como médicos. La historia de la Medicina durante el siglo XV está llena de nombres de conversos. También abundan entre ellos los escribanos, los cambistas, los contables, y todo ello les da una ocasión más de relacionarse con el poder o, por decirlo con más propiedad, de seguir relacionándose con el poder". CABRERA MUÑOZ, Emilio: "Judíos, musulmanes y cristianos en la Baja Edad Media hispánica". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2015, núm. 50, p. 20.

científico y técnico se concentraban en manos judías y musulmanes durante toda la Edad Media, por lo que la Reconquista y posterior expulsión de los no cristianos supuso un duro golpe al conocimiento.

Si en 1483 se procedió a la expulsión de todos los judíos de la zona de Andalucía; en 1492 se ordenó la expulsión de todos los judíos que residían en los otros reinos gobernados por los Reyes Católicos. El edicto de expulsión se ejecutó con gran celeridad: entre el 31 de marzo de 1492, fecha del edicto, y el 31 de julio de 1492, se procedió a ejecutar la expulsión masiva¹⁸⁶.

Se ha resaltado acertadamente que la política religiosa de los emperadores cristianos de los siglos IV y V “*no sólo explica la intolerancia medieval, sino que la provoca*”¹⁸⁷. No sería inteligible la posición de los príncipes cristianos en materia religiosa durante la Edad Media sin partir de la situación dejada en la Antigüedad, en la que se produjo una profunda cristianización de los resortes del poder. La religión impregnaba totalmente la sociedad medieval de la Europa occidental, por lo que cualquier cuestionamiento de la ortodoxia religiosa o de sus representantes suponía una amenaza directa al poder establecido y era interpretado como un elemento disgregador del mundo cristiano. Dicha característica de la sociedad medieval explica la gran diversidad de posibles herejías y sus autores. Así, lo fueron desde emperadores, pasando por simples frailes, hasta conversos de origen judío. Todo sujeto de cualquier estamento podía ser considerado hereje¹⁸⁸.

En el caso de la Península Ibérica, un estudio solvente sobre la tolerancia religiosa durante la Edad Media haría necesario tener en cuenta que tal tolerancia o la falta de ella en las relaciones entre cristianos, judíos y musulmanes dependió de momentos muy concretos; aunque prevaleció la intolerancia, tal y como demuestra la expulsión de musulmanes y judíos de la Península al terminar la Edad Media¹⁸⁹. Tampoco se puede afirmar, como se ha pretendido en alguna ocasión, que la convivencia religiosa prevaleciera sin incidentes en el al-Ándalus; a lo que cabe añadir la dificultad que presenta saber hasta qué punto las normas legales contrarias a la tolerancia religiosa eran aplicadas en cada momento, y qué distancia existía entre las leyes y la realidad diaria de los habitantes con convicciones minoritarias en cada parte de la geografía. Es decir, la tolerancia no se mostró en ningún caso lineal en el tiempo, y apareció de manera esporádica y según las ocasiones de manera alternada con períodos de convivencia pacífica entre las comunidades¹⁹⁰.

¹⁸⁶ CABRERA MUÑOZ: “Judíos...”, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸⁷ VERA URBANO: “La libertad...”, en AAVV: *Dimensiones...*, *op. cit.*, p. 604.

¹⁸⁸ ALVIRA CABRER, Martín: “Movimientos heréticos y conflictos populares en el pleno Medievo”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. II. El Mundo medieval*. 2ª edición. Madrid: Trotta, 2006, p. 385.

¹⁸⁹ Además, no se pierda de vista, que, tal y como puso de manifiesto Hume en pleno siglo XVIII, monoteísmo e intolerancia van de la mano: “*La intolerancia de casi todas las religiones que han mantenido la unicidad de Dios es tan notable como el principio contrario de los politeístas*”. HUME: *Historia...*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁹⁰ MARTÍN RODRÍGUEZ, José Luis: “¿Hubo tolerancia en la Edad Media?”, en AAVV: *La tolerancia en la historia*. 1ª edición. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2004, p. 17. Para dicho autor, la decisión de los Reyes Católicos de expulsar a los judíos en 1492 “*pone fin a siglos de convivencia pacífica alternada con momentos de asalto a los barrios judíos, de imposición del uso de señales que los distingua claramente de los cristianos, obligación de vivir encerrados en barrios especiales o, lo que es lo mismo, épocas de marginación aunque se tolere la presencia de este grupo extraño que quiere vivir encerrado en sí mismo en un mundo hostil*” (p. 21). Aunque los musulmanes y los

Dicha convivencia pacífica esporádica entre comunidades se asemeja en un grado mínimo al concepto de tolerancia religiosa, y se puede afirmar que dicha convivencia fue más bien provocada por razones de índole económica, que por motivaciones de naturaleza ética¹⁹¹. En todo caso, es indiscutible que a los mozárabes y a los judíos en el Al-Ándalus, y a los mudéjares y a los hebreos en las zonas de la Península dominada por los cristianos, se les reconoció en ciertos períodos algún grado de autonomía, ya sea en el ámbito político, como en la vertiente religiosa y cultural¹⁹². Cada miembro de cada grupo religioso disfrutaba de un estatus personal étnico-religioso que en su conjunto formaba una sociedad plural en un sentido muy diferente al existente en la Modernidad¹⁹³. Y todo ello a su vez fue conformando lo que ha llegado a denominarse "el problema de la historia de los españoles", ya que, sin duda, dichos fenómenos de convivencia y odio durante tantos siglos entre varias culturas y maneras de ver el mundo en la Península es un fenómeno muy peculiar, que desde luego ha configurado el devenir de los siglos posteriores hasta la actualidad.

Tampoco la irrupción española en el Nuevo Mundo a finales de la Baja Edad Media y principios de la Modernidad se caracterizó precisamente por la tolerancia respecto a las culturas indígenas y sus sistemas propios de valores sociales y religiosos, tal y como recogió FRAY BARTOLOMÉ DE LAS CASAS en su *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, que se erige como una crítica demoledora a la intolerancia española en América y cuya obra en 1552 fue mandada a imprimir en Sevilla por el autor¹⁹⁴. DE LAS CASAS dedicó gran parte de su vida a la defensa de los derechos de los indígenas¹⁹⁵. Fue el principal impulsor de la promulgación de las denominadas Leyes Nuevas el 20 de noviembre de 1542, que constaban de cuarenta capítulos o artículos. Dicha normativa consideraba libres los indios que fueran vasallos del rey. Asimismo, los indios que hasta entonces se habían esclavizado contra razón o Derecho debían ser puestos en libertad. Obviamente dicha normativa levantó gran oposición entre los colonos y encomenderos, que veían peligrar sus negocios y prosperidad si no podían contar con esclavos indios, ya

judíos son tolerados en ocasiones, en la sociedad medieval es claro que no se tolera a las personas consideradas heréticas, que muchas veces son personas que han sido tolerantes con miembros de otras comunidades religiosas (pp. 45 y siguientes).

¹⁹¹ TEDESCHI, Mario: "The three religions in the late Spanish middle ages", en AAVV: *Encuentro de las tres confesiones religiosas. Cristianismo, judaísmo, Islam*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 1999, pp. 163-164.

¹⁹² VALDEÓN BARUQUE, Julio: "El siglo XIV: la quiebra de la convivencia entre las tres religiones", en AAVV: *Cristianos, musulmanes y judíos en la España medieval. De la aceptación al rechazo*. 1ª edición. Valladolid: Ámbito Ediciones, 2004, p. 125. En sentido parecido vid. TEDESCHI: "The three...", en AAVV: *Encuentro...*, op. cit., p. 165.

¹⁹³ GONZÁLEZ DEL VALLE, José María: "Las confesiones religiosas en España: perspectiva jurídica", en AAVV: *Encuentro de las tres confesiones religiosas. Cristianismo, judaísmo, Islam*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 1999, p. 167.

¹⁹⁴ Para VARELA BUENO, si se utiliza la definición de "tolerancia" del DRAE "ésta no existió – ni por asomo - en la actuación llevada a cabo por los españoles en América". VARELA BUENO, Consuelo: "Tolerancia, denuncia y utilización política de la Brevísima", en AAVV: *La tolerancia en la historia*. 1ª edición. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2004, p. 97. Es indiscutible que la obra de FRAY BARTOLOMÉ DE LAS CASAS fue utilizada como arma política contra España y el catolicismo desde su misma publicación y hasta mucho tiempo después, pero especialmente durante las guerras confesionales.

¹⁹⁵ Algunas propuestas revolucionarias de mejora de las condiciones de vida de los indios pueden consultarse en THOMAS: *El Imperio español. De Colón...*, op. cit., pp. 506-510.

que los negros traídos de África eran insuficientes. Finalmente fueron suspendidas por Carlos V aquellas disposiciones relativas a las encomiendas¹⁹⁶.

De gran interés son las discusiones jurídicas llevadas a cabo en relación a un tema candente de la época y que puso de manifiesto la tensión siempre existente entre los derechos subjetivos y la economía: la justicia de hacer la guerra a los indios, una disputa en la que los principales intervinientes fueron DE LAS CASAS en el bando a favor de los derechos de los indios y el dominico JUAN GINÉS DE SEPÚLVEDA defendiendo la necesidad de conquistar y convertir a los indios esclavos por su falta de humanidad. A pesar de la intervención de teólogos, juristas y otros especialistas, dicha discusión terminó de forma bastante ambigua y se podría decir que si bien desde un punto de vista teórico venció DE LAS CASAS; desde el punto de vista práctico y en el terreno de las lejanas tierras americanas, ganó SEPÚLVEDA. Los colonos y encomenderos siguieron tratando a los indios de forma inhumana. Es interesante citar dos de los argumentos que enfrentaron, a favor y en contra¹⁹⁷:

Por parte de SEPÚLVEDA:

"Compara estas dotes [las de los españoles] de prudencia, ingenio, magnanimidad, templanza, humanidad y religión, con las que tienen esos hombrecillos en los cuales apenas encontrarás vestigios de humanidad; que no sólo no poseen ciencia alguna, sino que ni siquiera conocen las letras ni conservan ningún monumento de su historia sino cierta obscura y vaga reminiscencia de algunas cosas consignadas en ciertas pinturas, y tampoco tienen leyes escritas, sino instituciones y costumbres bárbaras. Ni siquiera tenían propiedad privada".

Por parte de DE LAS CASAS:

"Todo linaje de los hombres es uno (...), todas las naciones del mundo tienen entendimiento y voluntad, y lo que ambas a dos estas potencias en el hombre resultan es el libre albedrío, y por consiguiente todas tienen virtud y habilidad o capacidad y la buena inclinación natural para ser doctrinadas, persuadidas y atraídas a orden, y razón, y a leyes, y a la virtud, y a toda bondad (...). No hay nación alguna, ni la puede haber, por bárbara, fiera y depravada en costumbres que sea, que no pueda ser atraída y reducida a toda virtud política y a toda humanidad de domésticos, políticos y razonables hombres".

El 3 de mayo de 1493 el Papa Alejandro VI publicó un informe que al día siguiente se convirtió en la bula *Intercaetera divinae*, que autorizaba a Castilla a apropiarse de todo lo descubierto por Colón con la condición de que la Corona propagara la fe cristiana en los nuevos territorios¹⁹⁸. Conquista y cristianismo iban de la mano en la colonización española de América, tanto en la Baja Edad Media cuando se produjo el "descubrimiento" de América, como ya entrado el Renacimiento¹⁹⁹. El expolio de sus riquezas naturales (principalmente oro y plata, pero también materias primas de todo tipo y perlas), que ayudó decisivamente al mantenimiento del Imperio español en los sucesivos siglos, fue acompañado por una imposición sin paliativos de la fe cristiana y el aplastamiento de cualquier signo de resistencia cultural o religiosa, todo ello, naturalmente, en nombre de

¹⁹⁶ THOMAS, Hugh: *El imperio español de Carlos V*. 1ª edición. Barcelona: Planeta, 2010, pp. 517-544.

¹⁹⁷ THOMAS: *El imperio español de Carlos...*, op. cit. pp. 545-556.

¹⁹⁸ THOMAS: *El Imperio español. De Colón...*, op. cit., pp. 179.

¹⁹⁹ THOMAS: *El imperio español de Carlos...*, op. cit., p. 57.

una supuesta misión divina²⁰⁰. Tales acontecimientos, además, habían venido precedidos por la conquista de las Islas Canarias y el exterminio de su población nativa, los guanches²⁰¹.

En el mejor de los casos, en lugar de la total exterminación de la cultura y religión indígenas se produjo en alguna ocasión una mezcla y mestizajes cuyas muestras se pueden observar hoy en día en la realidad sociológica americana²⁰². El "Nuevo Mundo", nuevo para los europeos claro está, era enormemente rico en lenguas culturas y religiones desde muchos siglos antes de su colonización; si el continente americano es hoy un conjunto de territorios muy plurales y heterogéneos en cuanto a su población, lo era mucho más con anterioridad a que los españoles y portugueses pisaran tierra por primera vez²⁰³.

²⁰⁰ Tal era la justificación de la presencia española en América, como críticamente indica la historiografía inglesa: "*El Nuevo Mundo había sido encomendado por Dios al especial cuidado de los reyes de España para que sus habitantes paganos pudiesen ser llevados a la comprensión de la verdadera fe; y con la obligación vino también la recompensa en forma de oro y plata que estas tierras donadas por Dios producían en tal halagüeñas cantidades*". ELLIOTT, John Huxtable: *La Europa dividida. 1559-1598*. 7ª edición. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2005, p. 46. Sobre el interés del Papado por las misiones en Ultramar vid. LUTZ, Heinrich: *Reforma y contrarreforma. Europa entre 1520 y 1648*. 1ª edición. Madrid: Alianza, 2009, pp. 110 y ss. LOCKE fue crítico con la imposición por la fuerza de la fe cristiana en América y defendió la tolerancia más allá del ámbito cristiano: "*Si se cree que la idolatría ha de ser desarraigada de un lugar mediante leyes, castigos, fuego y espada, podemos cambiarle el nombre y aplicarnos el cuento a nosotros mismos. Pues no es más justo despojar de sus propiedades a los paganos de América que hacer lo mismo con los cristianos de un país europeo que disienten de alguna manera de su Iglesia nacional*". LOCKE,; *Ensayo...*, op. cit., pp. 96-97.

²⁰¹ THOMAS: *El Imperio español. De Colón...*, op. cit., p. 251.

²⁰² "*What is finally most notable is the mixing of religions and cultures that took place through colonial contact. The religion of the invaders became the occasion for layering old with new, for preserving native religious practices in hybridized Christian forms*". GAUSTAD, Edwin y SCHMIDT, Leigh: *The religious history of America. The heart of the American Story from colonial times to today*. Edición revisada. New York: Harper Collins, 2002, p. 13. En la actualidad, aunque lejos de tratarse a los pueblos indígenas según la normativa internacional básica en materia de derechos humanos, no hay que desdeñar varios países que están realizando encomiables esfuerzos para respetar, conservar e incluso difundir las costumbres indígenas, incluida su religión. Así, por ejemplo, todo el Capítulo VIII de la actual Constitución de la República Bolivariana de Venezuela está dedicada los derechos de los pueblos indígenas. El art. 121 es muy gráfico al respecto: "*Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones*". El citado texto constitucional fue publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela el 24 de marzo de 2000.

²⁰³ "*The religions of these indigenous peoples were as diverse as the places of their settlement, as varied as the tribal groups themselves. If one is inclined to think of pluralism as a phenomenon of the modern world, it is important to recognize that the American continents were never so pluralistic as in the centuries before Europeans discovery and exploration*". GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, op. cit., p. 5. Una pluralidad que se ha podido constatar a pesar de limitación de las fuentes de información: "*A pesar de las lagunas en la documentación dos hechos parecen bastante establecidos: por una parte que la diversidad religiosa debió de ser notable entre los grupos de plebeyos y los aristocráticos y que se había desarrollado un sincretismo y una interpretación religiosos que, aunque conllevaban un aumento del número de deidades, cohesionaban los panteones, que presentan una unidad que permite que tratemos de modo conjunto (sin hacer la división entre aztecas y mayas) por las necesidades de la síntesis la religión de ambos pueblos*". DIEZ DE VELASCO: *Introducción...*, op. cit., pp. 196-197.

Obviamente, no hay que desdeñar los notables esfuerzos en un sentido contrario y a favor de los derechos y dignidad de los indígenas, como los llevados a cabo por el citado fraile dominico FRAY BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, FRANCISCO DE VITORIA²⁰⁴, FRANCISCO SUÁREZ O JUAN DE ZUMÁRRAGA, religioso erasmista que llegó a ser el primer obispo de México²⁰⁵. Al respecto son reseñables las célebres homilías de 21 y 28 de diciembre de 1511 en La Española, cuyos sermones fueron predicados por el fraile dominico ANTONIO DE MONTESINOS, quien proclamó que los indios eran personas y que tenían alma racional y enfatizó el concepto de dignidad humana²⁰⁶. Fray Pedro de Córdoba animó a fray Antonio de Montesinos a pronunciar el sermón del cuarto domingo de Adviento (21 de diciembre). El sermón versaría sobre el Capítulo III del Evangelio de San Mateo: “*Soy una voz que clama en el desierto*”. Los colonos más acaudalados se escandalizaron por su contenido y solicitaron al gobernador, Diego Colón, que se castigara al predicador. Pedro de Córdoba aseguró entonces que Montesinos había hablado en nombre de todos los dominicos²⁰⁷. Por el contrario, FRANCISCO SUÁREZ todavía en 1621 defendía la potestad de la Iglesia Católica para castigar a herejes y apóstatas con penas físicas²⁰⁸.

3.2. Modernidad y crisis de los valores medievales

Por lo tanto, sin desdeñar las influencias tardomedievales²⁰⁹, desde un prisma jurídico se estima más fértil examinar la configuración de la libertad religiosa en el marco de los cambios políticos y sociales provocados por las guerras de religión en plena Modernidad europea²¹⁰. Con la Modernidad aparece propiamente el trabajo asalariado, un nacimiento

²⁰⁴ TIERNEY: “Natural...”, en AAVV: *Christianity...*, op. cit., pp. 97-98. Tanto la obra de Francisco de Vitoria como la de Bartolomé de las Casas son claves para el desarrollo jurídico de la relevancia de la dignidad de los seres humanos a través del Derecho natural, así como de las libertades individuales: “*En los siglos XVI y XVII se produce una decisiva trasposición al plano de la subjetividad de los postulados de la ley natural, configurándose una amplia teoría de los derechos naturales. En esta labor jugaron un importante papel los teólogos y juristas españoles. De entre los primeros destaca la tarea de Vitoria y Las Casas, quienes al defender los derechos personales de los habitantes de los nuevos territorios descubiertos y colonizados por la Corona de España, sentaron las bases doctrinales para el reconocimiento de las libertades y dignidad de todos los hombres*”. PÉREZ LUÑO, Antonio – Enrique: *Los derechos fundamentales*. 8ª edición. Madrid: Tecnos, 2004, pp. 30-31.

²⁰⁵ Sobre Juan de Zumárraga puede consultarse THOMAS, Hugh: *El imperio español de Carlos...*, op. cit., pp. 202 y siguientes.

²⁰⁶ ANDRÉS MARTÍN, Melquíades: *Cristianismo y cultura en España. Dos milenios de vida*. 1ª edición. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 2006, p. 135.

²⁰⁷ THOMAS: *El Imperio español. De Colón...*, op. cit., pp. 408-410.

²⁰⁸ FERRARI: *El espíritu...*, op. cit., p. 245.

²⁰⁹ “*Si bien la historia de la teología cristiana en la Edad Media – en especial la escolástica española tardía – pertenece ya a la genealogía de los derechos humanos, los principios de legitimación de un poder estatal neutral en términos de cosmovisión proceden en última instancia de las fuentes profanas de la filosofía de los siglos XVII y XVIII*”. HABERMAS, Jürgen: “¿Fundamentos prepolíticos del Estado democrático de Derecho?”, en HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph: *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*. 1ª edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 12.

²¹⁰ “*La convencionalmente llamada época moderna, por lo que a la historia de la tolerancia se refiere, puede sintetizarse, es cierto que un poco grotescamente, como el tiempo de las intolerancias, entendidas éstas como persecución, marginación, expatriación, acoso y coacción, condena y, con demasiada frecuencia, muerte de los disidentes. Ya al final, con la llegada de la Ilustración, no sólo de la tolerancia en América y Europa este tiempo largo se cierra con el anuncio de la libertad, de la que la tolerancia no es más que el paso previo inevitable*”. EGIDO LÓPEZ,

y configuración en el que el elemento religioso obviamente no quedó al margen, mas contribuyó a modelarlo. La Modernidad es la etapa histórica en la que nacen las libertades denominadas de “primera generación”, las más básicas. Y es a partir de la libertad religiosa, como una de las consecuencias del ya imparable proceso de secularización, desde la que es posible configurar el resto de libertades²¹¹.

Cuando irrumpe la Modernidad cae un buen número de los viejos esquemas que habían regido la sociedad occidental hasta entonces, se produce un cambio en la cosmovisión europea, y aparecen nuevos fenómenos e instituciones que marcarán la vida de los ciudadanos hasta el tiempo presente, que con el nacimiento de los Estados – nación dejan de ser meros súbditos. Por primera vez en la historia es posible preguntarse si es necesaria la religión, algo impensable anteriormente, o incluso en la actualidad en otras latitudes. En este largo y revolucionario período, que empieza en la mayoría de países entre finales del siglo XV e inicios del siglo XVI, es cuando aparece el concepto de libertad religiosa a partir de breves experimentos de mera tolerancia, motivados por las más variadas razones, conforme se asienta la secularización²¹². La religión no se erige a partir de ese momento como la única explicación omnicomprensiva del mundo²¹³, la moral de desliga poco a poco de cualquier fundamentación religiosa, todo es puesto en duda bajo el espíritu de la razón.

La época moderna, como los otros períodos de la historia tratados hasta aquí, está llena de avances y retrocesos en materia de tolerancia religiosa. También, después del auge

Teófanos: “Época moderna: de los confesionalismos a la tolerancia”, en AAVV: *La tolerancia en la historia*. 1ª edición. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2004, p. 65.

²¹¹ “Religious tolerance became a paradigmatic first tolerance in western history, the matrix out of which emerged the modern concept of tolerance as applied to all forms of difference – ethnic, cultural, and racial as well as religious”. KAPLAN: *Divided...*, op. cit., p. 4.

²¹² “La independencia del hombre, de la sociedad y, de modo especial, del Estado, de la influencia y control de toda organización religiosa forma parte de un proceso más amplio vivido por la sociedad occidental con la llegada de la Modernidad, que se conoce como «proceso de secularización». La teoría de la secularización intenta describir y explicar el desmoronamiento de la cristiandad y los cambios que éste trajo consigo en el papel ejercido históricamente por el cristianismo en la Europa cristiana tanto a nivel estructural, a nivel de las organizaciones religiosas y a nivel de las conciencias”. CARMONA FERNÁNDEZ, Francisco José: “Cristianismo, laicismo y laicidad”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. IV. El Mundo contemporáneo*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2010, p. 676.

²¹³ “Cada religión es en su origen una «imagen del mundo» o «comprehensive doctrine» también en el sentido de que reclama ser la autoridad que estructure totalmente una forma de vida. La religión tuvo que renunciar a esta pretensión de tener el monopolio interpretativo y de total estructuración de la vida a medida que la secularización del conocimiento, la neutralización del poder estatal y la libertad religiosa generalizada fueron imponiéndose”. HABERMAS: “¿Fundamentos...”, en HABERMAS y RATZINGER: *Entre razón...*, op. cit., p. 30. La secularización que aún pervive en la actualidad provoca la subjetivación de la religión: “The supernatural has been diminished and that it has been psychologized or subjectivized. Religion used to be about the divine and our relationship to it. God was held to be a real force external to us. The Bible was his revealed word. Miracles actually occurred. Christ was the son of God and died for our sins. Heaven and hell were real places. Gradually over the last hundred years a quite different interpretation of these things has affected much of mainstream Christianity. God is no longer seen as an actual person but as some sort of vague power or our own consciences. The Bible is no longer the word of God but a historical book with some useful ethical and moral guidelines for living. Miracles are explained away; either they did not really happen or they were natural phenomena misunderstood by ignorant peasants. Christ is no longer the Son of God but an exemplary prophet and teacher. Heaven and hell cease to be real places and become psychological states”. BRUCE, Steve: *Religion in the modern world. From cathedrals to cults*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 144.

de la burguesía como nueva clase social pujante, y con la posterior revolución industrial, la progresiva desaparición de los gremios y el incremento de la actividad fabril, es decir, con el paulatino derrumbamiento del sistema feudal de producción y el desarrollo del capitalismo, aparece el otro elemento cardinal del presente trabajo y que rápidamente se generaliza: el trabajo libre por cuenta ajena. Y es con la creación del Estado - nación que se diferencia asimismo entre el Derecho público y el Derecho privado; al igual que se diferencia entre Estado y "sociedad civil". Es en ese marco donde aparece el trabajo libre por cuenta ajena y en el que aparece la libertad religiosa. El Estado moderno es simultáneamente Estado administrativo y Estado fiscal; pero las tareas productivas donde se desarrolla el trabajo por cuenta ajena se realizan en el marco del "libre mercado". El Estado se limita a ofrecer el marco jurídico (leyes) y material (infraestructuras) para que se desarrolle el capitalismo: tráfico de productos y organización del trabajo social. Con la separación de la esfera pública de la privada los ciudadanos ganan un espacio de autonomía²¹⁴.

A modo de ejemplo, se calcula que el número de trabajadores asalariados en el ámbito territorial de la Corona francesa se incrementó de los 12.000 trabajadores contabilizados en 1505 a 80.000 en 1664, con exclusión en ambos casos de los soldados²¹⁵. En el mismo país, a finales del Antiguo Régimen, ya se apreciaban las características clásicas de la gran industria capitalista desarrollada a partir de la burguesía manufacturera y el floreciente comercio²¹⁶, lo que demuestra la importancia creciente del trabajo asalariado.

Todo ello trae consigo el derrumbe de la tradición y costumbres medievales, se fortalece el individualismo y el Derecho se adapta a dicha relevancia sobrevenida del sujeto²¹⁷, y se inicia el proceso de secularización, fenómeno intensamente analizado y discutido²¹⁸, y sobre el que no cabe afirmar que haya tocado fin²¹⁹; o, como se tendrá ocasión de ver, que haya afectado por igual a todos los países industrializados. Por fin, se diferencia entre el Derecho y la religión; entre la ley secular y la ley divina²²⁰. Con la Modernidad, el

²¹⁴ HABERMAS: *La inclusión...*, op. cit., pp. 84-85.

²¹⁵ PARKER, Geoffrey: *Europe in crisis. 1598-1648*. 1ª edición. Londres: Fontana-Collins, 1979, p. 54.

²¹⁶ Así, por ejemplo, la Compañía de minas Anzin, empleaba a mitades del siglo XVIII unos 4.000 obreros aproximadamente. SOBOUL, Albert: *La revolución francesa*. 1ª edición, 7ª reimpresión. Madrid: Tecnos 2003, p. 39-40.

²¹⁷ "The key to the renewal of law in the west from the sixteenth century on was the Protestant concept of the power of the individual, by God's grace, to change nature and to create new social relations through the exercise of his will. The Protestant concept of the individual will became central to the development of the modern law of property and contract. Nature became property. Economic relations became contract. Conscience became will and intent". BERMAN: *The interaction...*, op. cit., pp. 64-65.

²¹⁸ Sobre la tortuosa historia del término secularización y la posición metodológica que han de tomar los historiadores y los teólogos, pero se podría añadir sin problemas a los juristas, vid. BERGER: *The social...*, op. cit., pp. 112-113.

²¹⁹ "La llamada modernización de los países de Europa occidental es un complejo proceso de conversión de unas sociedades agrarias, regidas simbólicamente por diferentes ramas de la religión cristiana y sometidas a sistemas políticos propios del Ancien Régime, en sociedades industriales urbanas que han adoptado la forma política de Estado territorial, nacional y democrático y en las que la religión pierde fuerza tanto desde el punto de vista de los universos simbólicos individuales como desde el de la legitimación del poder político". PÉREZ-AGOTE POVEDA, Alfonso: *Cambio religioso en España: los avatares de la secularización*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2012, p. 32.

²²⁰ "La secularización aparece como el hilo que recorre toda la historia del derecho occidental desde el Medioevo hasta nuestros días: hasta los más críticos del resultado de este proceso (...)

trabajo se va desligando poco a poco de los postulados religiosos para gobernarse por normas propias²²¹; una evolución que, como se podrá examinar más adelante, no supone ni mucho menos una total secularización del ámbito laboral, pues la religión permanece en la actualidad a través del empresario (empresa ideológica o de tendencia), a través de las convicciones de los trabajadores, y a través de unas normas jurídicas que no son totalmente neutras desde un punto de vista religioso. Si el concepto de secularización es un concepto complejo que ha de ser interpretado de forma relativa y su aplicación no puede ser en ningún caso universal y sin matices²²²; el mundo del trabajo no constituye una excepción a dichos elementos característicos inherentes al proceso de secularización.

Existe acuerdo en afirmar que la Modernidad posee dos momentos de impulso principales, uno el Renacimiento y el otro posterior la Ilustración (*Aufklärung* en Alemania)²²³, período del que forma parte el denominado Siglo de las Luces (*le siècle des lumières*), que se sitúa en el siglo XVIII. En todo caso, la época moderna se inicia con la progresiva hegemonía de una nueva clase social, que emerge en detrimento de la aristocracia, cual es la burguesía. Una hegemonía que no sólo es política, sino económica, social y cultural. Se tiende progresivamente a la igualdad jurídica de los ciudadanos. Aparece el maquinismo y la industrialización, se produce un relevante cambio tecnológico, se materializa una revolución científica que alcanza muchas disciplinas (con Copérnico y Vesalius en el siglo XVI y autores como Galileo en el siglo XVII)²²⁴, se incrementa la productividad, se organizan racionalmente los abastecimientos, aumenta la movilidad física y social, se acelera la urbanización y crece la población de las ciudades con personas provenientes del campo (proceso demográfico y sociológico

reconocen que la distinción entre derecho y religión está en la base de todo el sistema jurídico de Occidente. Esto no equivale a afirmar la independencia del derecho respecto a toda ley superior o de todo valor prejurídico: pero en todo caso el fundamento último de éstos es inmanente (está en la razón, en la voluntad colectiva, en la historia) y no trascendente (la ley divina)". FERRARI: El espíritu..., op. cit., p. 59.

²²¹ Como ha apuntado uno de los autores más representativos de la teoría de la secularización: "Modernization saw the freeing of economic activity from religiously sanctioned controls and the development of the world of work as a domain of human life driven only by its own values". BRUCE: *Religion in...*, op. cit., p. 39.

²²² Al respecto ha afirmado uno de sus máximos especialistas a la luz de los datos empíricos disponibles: "Hoy en día no podemos admitir una noción simple y lineal de la secularización como inexorable desaparición cuantitativa de las creencias religiosas (...), sino que debemos contemplar la secularización como algo complejo y múltiple, y no necesariamente universal". PÉREZ-AGOTE POVEDA: "Los límites de...", en AAVV: *Sagrado/Profano*, op. cit., p. 298.

²²³ Aunque Francia es el lugar paradigmático de la eclosión y posterior desarrollo de la Ilustración, no hay que infravalorar la evolución de la Ilustración en otros países con características propias, como Gran Bretaña y Alemania: "En Alemania el pietismo abrió camino a la *Aufklärung*, y este hecho marca profundas diferencias con el movimiento filosófico francés; ni frivolidad ni burlas antirreligiosas sino un esfuerzo por sacar a la nación alemana de la postración en que se hallaba y empalmar con la tradición anterior". DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio y CORTÉS PEÑA, Antonio Luis: "Cristianismo e Ilustración. Los inicios de una nueva era", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006, p. 857.

²²⁴ La revolución científica realzó la dignidad de la persona como individuo y, por lo tanto, tuvo un efecto drástico en la manera de enfocar la religión en la Europa moderna: "En su acepción moderna, el hombre es una invención reciente, contemporánea de la revolución científica en el siglo XVII, cuando Galileo, tras las trazas de Copérnico, con la única ayuda del telescopio y el cálculo, confirma sus tesis heliocéntricas y afirma la infinitud del universo (...). En efecto, si la tierra ya no es el centro del universo, Dios ya no es Dios y Roma ya no es Roma". PORSET, Charles: "Ilustración, masonería y Voltaire: espejo de laicidad", en AAVV: *Europa, Siglo XXI: secularización y Estados laicos*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006, p. 133.

inverso al producido con la caída del Imperio Romano), aparecen y se expanden los medios de comunicación...

El mundo medieval pretendió la unidad ideológica a partir de la unidad de la fe, por lo que las personas eran vistas como cristianos, como miembros de la Cristiandad, que sería un concepto casi sinónimo a la actual Europa occidental. En el medievo el aspecto geográfico cedió paso a su contenido espiritual²²⁵. De forma gráfica, los europeos de los siglos XVI y XVII relegaban normalmente el término “Europa” al ámbito puramente geográfico. En general se hablaba de Cristiandad para especificar una comunidad de valores. Las monarquías absolutistas heredan esa sociedad “sacralizada”, que ensalzaba la ortodoxia y la fe verdadera, y penaba la disidencia. No obstante, la Modernidad trae consigo la desaparición de los valores medievales, por lo que se muestra necesaria la búsqueda de un nuevo sistema de legitimación del orden social y político²²⁶. De esta manera, la legitimación tradicional basada en la fe y las relaciones feudales es sustituida por la racionalidad legal, por criterios empíricos, se crea el Estado como pieza de institucionalización del poder²²⁷. Dicha transición es una transición lenta y progresiva y con una evolución diferente según el territorio del que se trate. En el siglo XVI hay una continuidad entre la religiosidad bajomedieval y la de la sociedad que empieza a adentrarse en la Edad Moderna, y poco a poco el centro de atención va dejando de ser Dios para ser el individuo; que paulatinamente se convertirá en ciudadano. Por aquel entonces, todos los actos fundamentales del ciudadano van ligados a la religión, cosa que va cambiando de conformidad que la sociedad europea se va secularizando y se van conformando los distintos Estados – nación²²⁸.

El Estado moderno se diferencia de anteriores formas de organización política por las siguientes características: 1) Tendencia a la centralización y la concentración del poder en una única instancia suprema, que monopoliza el uso de la fuerza. Se supera el policentrismo medieval; 2) Aparece de forma nítida el principio de territorialidad y se establecen fronteras más o menos estables; 3) Entra en juego la llamada “razón de Estado”, que se sitúa por encima del titular de la soberanía²²⁹. Y con la configuración del Estado moderno, aparece una gran maquinaria burocrática que coadyuva a mover sus resortes, como son las políticas fiscales, las funciones de policía o la creación de ejércitos profesionales (organización militar moderna, racional y estable dirigida por el Estado), que desechan paulatinamente los modelos nutridos por mercenarios. El creciente fortalecimiento de los poderes centrales es precedido por la cada vez mayor relevancia

²²⁵ SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis: *Crisis y restauración en Europa*. 1ª edición. Madrid: Homo Legens, 2009, p. 25.

²²⁶ “La pluralidad de los modos de entender a Dios y la extensión de formas vagarosas de religiosidad, así como la ausencia pura y simple de creencia religiosa en numerosas personas, impedía que la fe siguiera desempeñando la función político – social del período inmediatamente anterior”. CAPELLA HERNÁNDEZ: *Fruta...*, op. cit., p. 102.

²²⁷ “Junto a los desarrollos religiosos eclesiásticos, y por encima incluso de ellos, el proceso de formación del Estado protomoderno es el fenómeno más trascendental de los siglos XVI y XVII”. LUTZ: *Reforma y...*, op. cit., p. 41.

²²⁸ CORTÉS PEÑA, Antonio Luis: “La crisis de la cristiandad occidental en los albores de la Modernidad”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006, p. 17.

²²⁹ AGUILERA DE PRAT, Cesáreo R. y VILANOVA, Pere: *Temas de ciencia política*. 1ª edición. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1987, pp. 21 y ss.

de la vida urbana y el desarrollo de diversas formas de autonomía municipal, que jugaron un papel clave en los conflictos de naturaleza confesional²³⁰.

Los nuevos valores imperantes no tienen un origen directo en ningún sistema teológico, salvando las antedichas observaciones inferidas de la obra de WEBER sobre el espíritu del capitalismo, sino que derivan de los mecanismos del mercado: negociación, especialización funcional, utilitarismo y racionalidad instrumental²³¹. La sociedad medieval era una sociedad fuertemente regida por la religión, que era interpretada de forma unívoca por el poder político. Lo cual significa que toda disidencia o actividad calificada como herética era radicalmente perseguida y castigada. Por contra, la Modernidad se caracteriza por la desaparición de esa centralidad de la religión, el debilitamiento de su facultad de cohesionar la sociedad, y la aparición de la secularización, el laicismo, los nacionalismos y con ellos nuevas identidades²³², la separación entre los resortes del Estado y la Iglesia. Por otro lado, la unidad de la doctrina cristiana se ve fuertemente fragmentada con la aparición de la Reforma y de una pluralidad de formas de interpretar los designios de Dios, como son el luteranismo y el calvinismo.

Como ya se ha avanzado y se irá viendo a lo largo del presente trabajo, el proceso de secularización no conlleva que muchas de las instituciones jurídicas modernas y contemporáneas, especialmente las del Derecho del Trabajo, no estén configuradas por elementos de naturaleza religiosa. Eso sí, la secularización de la sociedad europea coadyuva decisivamente a que su presencia pueda pasar inadvertida al confundirse con rasgos totalmente ajenos a la religión. Dicho efecto provoca que el jurista deba prestar una mayor atención al estudio del origen y evolución de cada institución para identificar qué rasgos provienen de cada fuente con el fin de comprender su verdadera dimensión. Dicho examen adquiriría especial relevancia, como se verá más adelante, cuando deban identificarse qué hechos jurídicos guardan relación con las convicciones religiosas del trabajador o con el ideario de una empresa y cuáles no. De ello dependerá, por ejemplo, que cierta conducta o actividad quede dentro de la esfera de la protección del derecho a la libertad religiosa.

3.3. Fragmentación de la unidad religiosa europea

El 31 de octubre de 1517 la historia vive uno de sus acontecimientos más célebres y rompedores: el Dr. Martín Lutero cuelga sus noventa y cinco tesis en la entrada de la Iglesia de Wittenberg. No tenía ninguna intención de iniciar un cisma en la Iglesia²³³, pero

²³⁰ En opinión de LUTZ, si bien la importancia de las ciudades y el principio corporativo como referentes del movimiento de Reforma fueron evidentes en los comienzos, posteriormente acabaron los poderes locales relegados por la superioridad del Estado y sus principios institucionales conforme evolucionaban los conflictos político – militares entre los «partidos religiosos». LUTZ: *Reforma y...*, op. cit., p. 31.

²³¹ BOUZA - BREY, Luis: "El poder y los sistemas políticos", en AAVV: *Manual de ciencia política*. 2ª edición. Madrid: Tecnos, 1999, p. 50.

²³² "Los nuevos intelectuales nacionalistas de la Europa dividida del siglo XVI podían simpatizar con sus antepasados paganos y casi simultáneamente acusar a sus enemigos (en la mayoría de los casos católicos romanos) de mantener rituales paganos". MOMIGLIANO: "Historiografía...", en: *De paganos...*, op. cit., p. 43.

²³³ "Er dachte noch nicht an eine neue Kirche, sondern an die Erneuerung der Frömmigkeit im Rahmen der alten und and das Bloßlegen Mißbräuchen un die Beseitigung von Irrtümern, die sich im Zuge der Auslegung der Bibel durch die scholastische Pihilosophie ergeben hatten". LANGE,

la inesperada y rápida expansión de su doctrina, inmediatamente traducida del latín al alemán y propagada por la nueva técnica de la imprenta, supuso el final de la Iglesia medieval y de los esquemas vigentes hasta entonces desde hacía siglos²³⁴. Dicha doctrina puso en entredicho el monopolio en la interpretación de la Biblia y, por ende, el mismo aparato burocrático eclesiástico, la concepción de los ritos y el sacerdocio, que era entendido como un obstáculo entre Dios y el creyente. La Reforma rompió con un sistema mediado de salvación que había regido durante siglos²³⁵. Las controversias teológicas sobre la eucaristía, la transubstanciación, etc. se extenderían durante décadas y décadas y la Reforma se difundirá rápidamente desde las ciudades de Alemania²³⁶ a toda Europa y a las colonias de ultramar a través de las rutas comerciales, tanto terrestres como marítimas. Si bien LUTERO, y su sucesor PHILIPP MELANCHTHON, no negaron la necesidad de un ordenamiento jurídico en la Iglesia, sí que atacaron como una verdadera perversión el Derecho canónico de origen medieval²³⁷, la primacía del Papa o el sacerdocio como instituciones sacrílegas²³⁸.

CALVINO, cuya obra más célebre y sistemática en cuanto a la exposición de sus doctrinas es su *Instituto de la religión cristiana*, no fue menos agresivo con las concepciones medievales de la Iglesia, que entendía alejadas y ajenas de las profesadas por la Iglesia primitiva. Definitivamente consideraba que la supuesta ortodoxia defendida por la Iglesia medieval quedaba lejos del espíritu de la teología bíblica y la patrística de los primeros cinco siglos del cristianismo²³⁹. Sin duda, la Biblia era estudiada en muchos lugares;

Ulrich: "Deutschland im Zeitalter der Reichsreform, der kirchlichen Erneuerung und der Glaubenskämpfe", en AAVV: *Deutsche Geschichte. Von den Anfängen bis zur Gegenwart*. 1ª edición. Frankfurt am Main: S. Fischer, 2002, p. 163.

²³⁴ Como se ha señalado "es difícil imaginar la sacudida y alteración de esquemas que la irrupción del protestantismo supuso para la Europa cristiana. Frente a la «plenitud» del universo católico, el protestantismo aparece como un truncamiento radical, como una reducción a mínimos esenciales". FRAJÓ NIETO, Manuel: "Filosofía de la religión: una azarosa búsqueda de identidad", en AAVV: *Filosofía de la religión. Estudios y textos*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2005, p. 28.

²³⁵ "What the Reformation did was in principle, with the usual reservations and mortgages to the past, break through the whole mediated system of salvation and declare salvation potentially available to any man no matter what his station or calling might be". BELLAH: *Essays...*, op. cit., p. 36. Si el sistema de mediación quedó definitivamente tocado, no mejor suerte corrió el sistema simbólico heredado de la Edad Media: "Early modern religious symbolism concentrates on the direct relation between the individual and transcendent reality. A great deal of the cosmological baggage of medieval Christianity is dropped as superstition" (p. 37).

²³⁶ La difusión inicial de la reforma fue imparable en las ciudades, donde encontraron dos elementos vitales: anticlericalismo y un amplio número de ciudadanos con propensión para atender las nuevas ideas. LUTZ: *Reforma...*, op. cit., p. 60.

²³⁷ La Reforma quebró con la dualidad de sistemas legales (secular y religioso) existentes durante la Edad Media y desde que el Imperio romano se cristianizó: "The Lutheran Reformation broke the medieval dualism of two kinds of official hierarchy, two kinds of official legal systems - that of the church and that of the secular authorities - by delegating the church. Where Lutheranism succeeded, the church came to be conceived as invisible, apolitical, alegal; and the only sovereignty, the only law (in the political sense), was that of the secular kingdom or principality". BERMAN: *The interaction...*, op. cit., pp. 63-64.

²³⁸ DICKMANN, Fritz: "Das Problem der Gleichberechtigung der Konfessionen im Reich im 16. und 17. Jahrhundert", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, p. 208.

²³⁹ PARKER, T.H.L.: *John Calvin*. 1ª edición. Londres: Lion Publishing, 1982, p. 41. Por tal razón, dentro de la Reforma fueron los calvinistas los más propensos a reformular la simbología religiosa vigente hasta entonces: "The Reformation, especially in its Calvinist and sectarian forms, reformulated the deepest level of identity symbols, which as in all traditional societies were expressed as religious symbols, in order to open up entirely new possibilities of human action."

ahora bien, los reformadores consideraban que la soberanía de las Santas Escrituras había cedido o como mínimo había sido fuertemente relativizada frente a un poco claro concepto de "autoridad de la tradición". Frente a la cantidad, defendían la calidad del estudio de la Biblia, la verdadera fuente de autoridad²⁴⁰. Uno de los principios de la Reforma era "*sola gratia, sola fide, sola scriptura*", que resume bien las innovaciones que se originaron con el advenimiento de dicha Reforma, que a su vez trajeron consigo innumerables cambios sociales.

A principios del siglo XVI la fragmentación religiosa de Europa causada por la Reforma tuvo como consecuencia inmediata brotes de intolerancia, radicalismo religioso y largas y devastadoras "guerras de religión"²⁴¹. La religión, o más concretamente el *odium teologicum*²⁴², como suele ser habitual no era su única causa²⁴³. No resulta baladí indicar que la gran mayoría de los seguidores de dicho radicalismo religioso fueran en un principio las principales víctimas del aumento de precios y de la presión demográfica que caracterizó la sociedad europea de la época. La Reforma y la interpretación popular de la Biblia supusieron por un lado, una renovación y nuevos aires en una sociedad anquilosada; pero, por otro, desintegración y conflicto²⁴⁴. Naturalmente, no sólo aquella parte de la población económicamente más desfavorecida tomaba parte en alguno de los bandos religiosos existentes; las élites y aquellos segmentos más pudientes de la sociedad, incluidos los príncipes y la nobleza, laica o eclesiástica, también tomaban partido según sus intereses políticos. De esta manera, las posturas religiosas y políticas se retroalimentaban y creaban nuevos conflictos a la vez que los reforzaban²⁴⁵.

God's will was seen not as the basis and fulfillment of a vast and complex natural order that men must largely accept as it is - the conception of medieval Christianity as of most traditional religion - but as a mandate to question and revise every human institution in the process of building a holy community". BELLAH: *Essays...*, op. cit., p. 67.

²⁴⁰ PARKER: *John Calvin*, op. cit., p. 90.

²⁴¹ "Las guerras «de religión» volvieron urgente la búsqueda de cimientos unificadores ideales de las sociedades humanas al margen del ámbito religioso. Dios muere con la Modernidad y su obra, la modernización". CAPELLA HERNÁNDEZ: *Fruta*, op. cit., p. 101. "Todos, grandes y pequeños, tenían plena conciencia de una ruptura decisiva en sus vidas. Para algunos (...) fue una revelación; para los católicos, fue un ultraje sin precedentes o bien una causa de tormento interior. Pero la experiencia general fue que en la sociedad cristiana occidental se había producido un hecho importante y crucial. Las personas estaban dispuestas a matar o morir por unos problemas que súbitamente habían pasado a formar parte de su vida". CANTIMORI, Delio: "Desafíos al cristianismo tradicional", en AAVV: *La época del Renacimiento. El amanecer de la Edad Moderna*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1969, p. 156.

²⁴² SPINOZA criticaba el uso de la religión cristiana para sembrar el odio religioso incluso desde un punto de vista teológico: "*Tanto han podido la ambición y el crimen, que se ha puesto la religión, no tanto en seguir las enseñanzas del Espíritu Santo, cuando en defender las invenciones de los hombres; más aún, la religión no se reduce a la caridad, sino a difundir discordias entre los hombres y a propagar el odio más funesto, que disimulan con el falso nombre de celo divino y de fervor ardiente*". SPINOZA, Baruch: *Tratado teológico-político*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Madrid: Alianza, 2008, p. 194.

²⁴³ "*The Church's ultimate failure did not lie in its wealth, its frequent worldliness, it's somewhat exaggerated immorality, its obedience to a foreign pope who was no more than an Italian princeling: it lay in its total inability to bring peace and solace to troubled generations in an era of dissolving certainties*". ELTON: *Reformation...*, op. cit., pp. 28-29.

²⁴⁴ En este sentido ELTON: *Reformation...*, op. cit., p. 52.

²⁴⁵ "*Religious enemies, their hatreds fanned by confessional ideology, became political enemies and vice versa, as people at odds with one another for social or political reasons tended to choose opposing sides religiously as well. In this way, Europe's religious divisions not only created new conflicts, they threw ideological fuel on the fires of existing ones*". KAPLAN: *Divided...*, op. cit., p. 102.

El anabaptismo y, sobre todo, el movimiento revolucionario del pastor y teólogo de Turingia, THOMAS MÜNTZER (1489-1525), son un buen ejemplo de la relación entre insatisfacción espiritual, crisis económica y violencia religiosa. Es lo que algún autor ha denominado la “rebelión del hombre común”. Las ansias de reforma religiosa y las de cambio social iban de la mano en amplios sectores de la sociedad, especialmente en la Alemania del siglo XVI, donde se produjeron un buen número de levantamientos campesinos en los que los principios evangélicos se mezclaban con reivindicaciones de cambios en una sociedad con fuertes reminiscencias feudales. La figura de THOMAS MÜNTZER y la rebelión del citado “hombre común” son inescindibles, aunque naturalmente muchos otros líderes influyeron en los movimientos de rebelión y en la posterior difusión del anabaptismo, como HANS DENK, cuya doctrina era netamente pacífica; o HANS HUT, el antiguo colaborador de MÜNTZER, quien difundió el anabaptismo en Moravia²⁴⁶. Todo ello iba dejando cada vez menos espacio a la libertad de conciencia y a la tolerancia religiosa, las diferentes confesiones se polarizaban y se enfrentaban unas a las otras²⁴⁷.

Se ha señalado que LUTERO y sus seguidores creían actuar fieles al principio de la libertad de conciencia respecto de cualquier norma de procedencia humana, incluso cuando empezaban a recurrir a la fuerza regulativa y unificadora del poder secular. Así, LUTERO escribía en 1525: “*Los príncipes no fuerzan a la fe y al evangelio, sino que persiguen la maldad exterior*”²⁴⁸. Es ilustrativo el hecho de que el vocablo alemán para designar la tolerancia, *Tolerantz*, aparece por primera vez en una carta de LUTERO de fecha 12 de junio de 1541, en que rechaza tal tolerancia en el marco de las negociaciones entre católicos y protestantes en la Dieta de Ratisbona, bajo la presidencia de Carlos V, por considerar que concurría engaño por parte de los católicos²⁴⁹.

La libertad de conciencia (“*Gewissensfreiheit*”), en un sentido muy diferente a la actual concepción de libertad religiosa, fue tratada por primera vez en Europa occidental por LUTERO. Por ejemplo, en su Comentario a la carta a los romanos (“*Kommentar zum Römerbrief*”, 1515-1516) ya afirmó que “*das Evangelium macht das Gewissen frei und gibt ihm Frieden durch den Glauben an Christus*”²⁵⁰. Si en sus inicios el reformismo

²⁴⁶ La figura de Müntzer y las revueltas campesinas pueden ser examinadas en MANTECÓN MOVELLÁN, Tomás A.: “*Omnia sunt communia. Thomas Müntzer, la palabra y la rebelión del hombre común*”, en AAVV: *Herejes en la historia*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2009, pp. 143-182. Para dicho autor el concepto de “hombre común” encuadraba a todos aquellos cuyo destino dependía de otros como “*molineros, herreros, panaderos, sastres y tejedores, tenderos, guardeses, toneleros, aprendices y oficiales de diversos oficios, mineros... rufianes y desclasados*”. Todos ellos “*gentes no privilegiadas del campo y la ciudad que asumían, con cierto grado de consciencia, las nociones de libertad cristiana y la palabra de Dios interpretándola en términos de ruptura con el orden feudal y las jerarquías sociales tradicionales*” (p. 167). Lógicamente, al hablar de anabaptismo ha de citarse personalidades como la de Conrad Grebel, que puede ser considerado el fundador del movimiento; Felix Manz, su principal colaborador; o a Balthasar Hubmeier.

²⁴⁷ “*La polarización de las creencias en torno a Ginebra y Roma no dejó un lugar intermedio para los tolerantes, los indiferentes o los escépticos. La conformidad se había convertido ahora en el precio de la supervivencia. Las actividades persecutorias del Estado y de la Inquisición, el extenso y terrible resurgimiento de los cazadores de brujas, y finalmente las mismas guerras de religión, eran los síntomas de una sociedad dividida, tan atemorizada por la perspectiva de su propia disolución que no osaría por más tiempo tolerar aquellos elementos que no había podido absorber*”. ELLIOTT: *La Europa...*, op. cit., pp. 90-91.

²⁴⁸ LUTZ: *Reforma...*, op. cit., p. 58.

²⁴⁹ LUTZ: *Reforma...*, op. cit., p. 281.

²⁵⁰ LECLER, Joseph: “*Die Gewissensfreiheit*”, en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 335-339.

protestante proclamara la “libertad de los cristianos”, y LUTERO en sus comienzos defendió posiciones contrarias a la coerción por razones de conciencia, las posiciones posteriores de LUTERO y CALVINO evolucionaron a postulados contrarios a la libertad de conciencia. Como es conocido, el pensamiento de LUTERO conocerá más adelante una deriva contraria a la tolerancia religiosa; un posicionamiento intolerante que incluirá obviamente a los anabaptistas y a figuras como MÜNTZER²⁵¹. Una vez superada su etapa inicial, el protestantismo actuó de forma tan intolerante como el catolicismo al que combatía, y no dudaron en ejecutar miles de anabaptistas por ser considerados herejes²⁵². CALVINO defendió en sus inicios la libertad de poder sostener postulados diferentes a los de Roma, para posteriormente defender la pena de muerte para los herejes, por ejemplo en su obra *Defensio orthodoxae fides*, publicada como justificación a la condena a la pena capital de SERVET²⁵³. Tampoco ZWINGLIO fue una excepción²⁵⁴.

La religión juega en esos primeros pasos de la Modernidad, como en etapas anteriores, un rol unificador; ya que no sólo se convierte en el símbolo de la identidad de las personas, sino que también pasa a identificar a los nuevos sujetos políticos, al Estado²⁵⁵. Mas el problema consiste, como se ha dicho, en que no había una sola religión entendida de una única manera; cada soberano y Estado tenía su propia religión oficial, su confesionalismo, *cuius regio eius religio*²⁵⁶. Los príncipes territoriales se hicieron con el poder religioso, ya fuera en los territorios de preeminencia católica, ya fuera en los de ámbito luterano. O mejor dicho, los monarcas se hicieron con el poder religioso en las sociedades donde tuvo su auge la Reforma, pues en la mayoría de los Estados católicos, los gobernantes ya se habían hecho con el poder religioso antes de la fragmentación religiosa. Por eso, en países como Italia, España, Francia, los Países Bajos o Inglaterra, en un primer momento la Reforma no se ganó el soporte de los príncipes y magistrados,

²⁵¹ Se puede examinar la doctrina de la persecución en el pensamiento de Lutero y sus sucesores en BLÁZQUEZ MARTÍN: *Herejía...*, op. cit., pp. 59-88. Dicho autor resalta que pese a las declaraciones de Lutero en un primer momento a favor de la libertad de conciencia, la lucha frente a una institución tan poderosa como la Iglesia de Roma le impiden ser consecuente con dichos postulados. Así, “frente al modelo de represión medieval y católico, en buena parte externo e incluyente, Lutero construirá un sistema de «homogeneidad» religiosa en la Iglesia, como sede de lo espiritual, y que es interno y excluyente” (pp. 70-71).

²⁵² KAPLAN: *Divided...*, op. cit., pp. 22-28. “Early Protestantism was no more than its Catholic antagonist to make concessions to secularizing thought or to accept the limitations of a pluralistic situation. All three major branches of the Reformation - Lutheran, Anglican, and Calvinist - sought to set up facsimiles of Christendom in their respective territories”. BERGER: *The social...*, op. cit., pp. 159.

²⁵³ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José: “En el origen de la tolerancia y de la libertad de conciencia: Servet, Calvino y Castellio”. *REDUR*, 2014, núm. 12, pp. 81 y 83.

²⁵⁴ „Die drei Haupttheoretiker der offiziellen Reformation hatten den Gedanken der Glaubensfreiheit verworfen. Ihre Intoleranz richtete sich jedoch nicht nur einseitig gegen den Papst und die Sekten. Unter dem Gewicht der politischen Ereignisse in Europa ging sie in alle Richtungen“. KAMEN: *Intoleranz...*, op. cit., p. 54.

²⁵⁵ “La religión era universalmente considerada como la base de una sociedad bien ordenada, y la salvaguarda de la unidad religiosa se consideraba esencial para la supervivencia del mismo estado. El adagio francés, popularizado en la década de 1560, “un roi, une foi, une loi”, era un sentimiento bastante natural en una época en que la uniformidad significaba la única cosa que parecía garantizar el orden público en los estados que apenas que apenas habían sido llevados bajo el control de un solo poder centralizado”. ELLIOTT: *La Europa...*, op. cit., p. 89.

²⁵⁶ “When Luther put his trust in princes, when Bucer and Calvin exploited the favour of town magistrates, when Cromwell and Cranmer ascribed ecclesiastical supremacy on Earth to Henry VIII, they all necessarily enhanced the standing and power of secular rulers and advanced the consolidation of political units”. ELTON: *Reformation...*, op. cit., p. 297.

porque los monarcas ya controlaban la Iglesia y sus riquezas y la Reforma se relacionaba fuertemente con aspiraciones revolucionarias.

En cambio en Francia y Flandes la Reforma se expandió rápidamente entre los artesanos y los campesinos, o entre las clases más bajas en el caso de las ciudades italianas²⁵⁷. Así pues, el cisma religioso no sólo conllevó consecuencias religiosas; sino que, como consecuencia de la pluralidad de cosmovisiones que provocó, supuso una radical quiebra de la legitimidad del poder político que hasta entonces se había podido fundamentar, tal y como se había entendido durante la larga Edad Media, en una concepción teológica única para toda la cristiandad en la "gracia de Dios". El Estado secular tuvo que buscar otras fuentes de legitimación²⁵⁸, unas fuentes de legitimación que en la actualidad vuelven a ponerse en duda con la explosión de sociedades increíblemente plurales²⁵⁹.

La religión adquiere fuerza a causa de su identificación con una causa nacional. Así, en la Edad Moderna la identidad nacional va ligada a la identidad religiosa, lo que determina que se desprenda un doble haz jurídico: uno respecto a la comunidad nacional a la que se pertenece y otro respecto a la comunidad religiosa. Se trata de un elemento que concurrirá asimismo en la Edad Contemporánea cuando se analice la prohibición de discriminación en el puesto de trabajo, en cuyo contexto además se añadirá el elemento racial. De este modo, si se discrimina a un trabajador paquistaní, ¿se le discrimina en relación a su origen nacional?, ¿su raza?, ¿respecto su credo religioso?, ¿o respecto todos los anteriores elementos de diferenciación?

Volviendo a la Edad Moderna, muchos conflictos se desarrollaron sobre el antedicho esquema, que favorecía la cohesión nacional. Por ejemplo, en Irlanda predominaba el catolicismo y se enfrentaba a la dominación inglesa, de mayoría protestante; o en el caso del norte de los Países Bajos, de credo mayoritario protestante, luchaba contra la dominación española, de mayoría católica. No es extraño, pues, que la tolerancia religiosa fuera identificada frecuentemente como un elemento disgregador, antipatriótico o de traición a una fe común.

Asimismo, en muchas ocasiones la profesión de cierta confesión religiosa no se limitó a establecer fronteras psicológicas entre las diferentes comunidades, sino que también ciertas confesiones se mostraron preponderantes en ciertos sectores de actividad. Por ejemplo en la Augsburgo del siglo XVIII los católicos prestaban servicios habitualmente como sirvientes en hogares luteranos. En cambio los comerciantes colaboraban indistintamente de sus creencias, católicas o luteranas. Por el contrario, oficios como el

²⁵⁷ ELTON: *Reformation...*, op. cit., p. 123.

²⁵⁸ HABERMAS: *La inclusión...*, op. cit., p. 88. Para dicho autor la formación del Estado moderno responde a los problemas religiosos planteados, y al mismo tiempo surge de una necesidad económica: "*La formación de los primeros estados modernos puede entenderse como una respuesta al potencial explosivo que acompaña tanto al surgimiento del capitalismo como al cisma confesional. El Estado moderno responde, por una parte a los imperativos económicos de un sistema de intercambio económico regulado por el mercado - y que, por tanto, opera con independencia de las estructuras políticas - y, por otra, a la necesidad de apaciguar las cruentas guerras de religión*". HABERMAS, Jürgen: "Lo político: el sentido racional de una cuestionable herencia de la teología política", en AAVV: *El poder de la religión en la esfera pública*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2011, pp. 27-28.

²⁵⁹ Desde un punto de vista sociológico se puede definir la noción de "legitimación" del siguiente modo: "*By legitimation, is meant socially objectivated «knowledge» that serves to explain and justify the social order. Put differently, legitimations are answers to any questions about the «why» of institutional arrangements*". BERGER: *The social...*, op. cit., p. 38.

de carnicero, cervecero o herrero eran ejercidos de manera casi exclusiva por luteranos. En cambio los jardineros o los obreros de la construcción, por citar dos ejemplos, eran ocupados normalmente por trabajadores católicos. Al mismo tiempo, los artesanos sólo empleaban aprendices de su misma confesión²⁶⁰.

3.4. Reforma y contrarreforma

El movimiento humanista, cuyos máximos exponentes se situaron después de la fragmentación de la Iglesia tanto en el campo católico como en el protestante, se caracterizó antes de la fragmentación religiosa que vivió Europa por la revisión de los fundamentos intelectuales de la Iglesia mediante el estudio de la Biblia y de las obras de los denominados Padres de la Iglesia a través de nuevas y mejores ediciones²⁶¹. Los reformistas creían del todo necesario proceder a perfeccionar la práctica religiosa para procurar en lo posible que la relación con Dios fuera lo más directa y profunda, y depurar los aspectos más mundanos de la Iglesia, como la eliminación de la extendida corrupción o desterrar la falta de formación de los eclesiásticos²⁶². Se pretendía llevar a cabo reformas respecto a los fieles, el clero y la Curia Romana, es decir, una *reformatio in capita et in membris*. Con dicha finalidad se impulsó una gran actividad conciliar, cuyo máximo exponente fue el Concilio de Constanza (1414).

Autores como ERASMO DE ROTTERDAM (1469-1536), que fue influenciado en sus inicios por el movimiento de la *devotio moderna*, juegan un papel clave a la hora de tratar de reformar la Iglesia Católica sin romper con ella mediante la proposición de cambios e intentos de renovación “desde dentro”, promulgando la restitución de la pureza y sencillez del Evangelio como guía de la actividad eclesiástica. Según dichos postulados es tarea de cada cristiano entender la escritura en su pureza y en su sentido original, ya que el Evangelio es inteligible y al alcance de cualquiera. Las formas, las ceremonias y las especulaciones teológicas han de dejar lugar a la práctica de la piedad verdadera²⁶³. ERASMO era muy crítico con la teología escolástica, frontalmente contrario a la intolerancia y las indulgencias; y denunció de forma reiterada la ignorancia de buena parte del clero y fue muy crítico con la manera de proceder de los teólogos de su época. De esta forma, en su obra más célebre, *Elogio de la locura*, se puede leer la siguiente opinión puesta en boca de la Locura: “Mejor fuera correr un tupido velo sobre los teólogos, ya que este asunto es mejor no meneallo, y mejor aún no tocar una hierba tan pestífera; no vaya a suceder que tal gente, que es muy severa e irascible, caiga sobre mí con un copioso escuadrón de conclusiones para obligarme a aceptarlas y, caso de que no se las admita, poner el grito en el cielo, acusándome de hereje, que no de otra manera suelen confundir con sus rayos a quienes les son poco propicios”²⁶⁴.

²⁶⁰ KAPLAN: *Divided...*, cit., pp. 243-244.

²⁶¹ ELTON: *Reformation...*, op. cit., p. 31.

²⁶² CORTÉS PEÑA: “La crisis...”, en AAVV: *Historia...*, op. cit., pp. 22-23. Para un examen de las tesis de tres reformadores católicos, Nicolás de Cusa, Erasmo y Tomás Moro, vid. SUÁREZ FERNÁNDEZ: *Crisis...*, op. cit., pp. 61-93.

²⁶³ HUIZINGA, Johan: *Erasmus of Rotterdam*. 1ª edición. Londres: Phaidon, 1952, pp. 51 y 100, 131-132. Su ideario se puede consultar brevemente en PÉREZ GARCÍA, Rafael M.: “Pensamiento teológico y movimientos espirituales en el siglo XVI”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006, pp. 63-66.

²⁶⁴ La versión aquí utilizada es la de ERASMO DE ROTTERDAM: *Elogio de la locura*. 1ª edición. Barcelona: RBA Editores, 1995, p. 93.

Lógicamente ERASMO no sólo fue una personalidad muy popular en su época, sino que sus afirmaciones y teorías, como la aquí transcrita, le valieron un gran número de enemigos. Las tesis del autor eran muy avanzadas para su tiempo, así que, como suele ocurrir en estos casos, provocó una fuerte incompreensión en las filas católicas, como rechazo en las filas luteranas²⁶⁵. Si en los inicios ERASMO sintió simpatía por la Reforma como movimiento de renovación. Sin embargo, se desligó rápidamente de ella como consecuencia de la violencia que había generado. La ruptura con LUTERO se materializó en 1525, y en su batalla dialéctica cabe destacar la publicación de la obra erasmiana *De libero arbitrio diatribe*, que fue contestado por LUTERO con la publicación de *De servo arbitrio*²⁶⁶. Como movimiento, el erasmismo es fundamental y primordialmente un movimiento religioso cuyo fin es la renovación de una espiritualidad en decadencia. Pero la influencia de ERASMO va más allá del ámbito religioso, ya que posee una significación cultural, política y filosófica²⁶⁷.

Como precursora de la tolerancia religiosa, es de destacar la obra *Utopía* escrita en 1516 por TOMÁS MORO (1478-1535), amigo íntimo de ERASMO y cuya ejecución simboliza la era de la intolerancia religiosa que se impuso en la Europa de la Modernidad tras la ruptura de la unidad cristiana en diversas confesiones radicalmente enfrentadas²⁶⁸. En dicha obra, que por su fecha es anterior a la Reforma, el autor defiende una libertad de conciencia limitada, ya que excluye, por ejemplo, a los ateos de su ámbito de aplicación. Así, el autor describe como en Utopía conviven perfectamente ciudadanos que profesan diferentes creencias religiosas, entre ellas la cristiana. No obstante dicha pluralidad religiosa, la autoridad sólo interviene para evitar posibles tumultos por razón de la religión, lo que equivaldría aproximadamente al mantenimiento del orden público. Utopía y su fundador, Utopo, se caracterizan por la tolerancia religiosa: “Entre sus instituciones más antiguas cuenta la de que su religión no sea para nadie causa de perjuicio. Porque ya desde el principio Utopo, al enterarse de que los habitantes antes de su llegada habían luchado frecuentemente entre sí por motivo de las religiones y al darse cuenta de que el hecho de que las sectas, en desacuerdo general, luchaban por la patria cada una por su cuenta, le habían proporcionado a él la oportunidad de vencerlas a todas, decretó entre las primeras cosas, después que alcanzó la victoria, que a cada quien le fuera permitido seguir la religión que le pluguiera; que pudiera también procurar convertir a los demás a la suya siempre que procediera a construir la suya pacífica y modestamente con razones, no a destruir las otras violentamente, en caso de que sus persuasivas no llegarán a persuadir, y que no recurra a ninguna coacción y se abstenga de injurias”²⁶⁹.

Como se ha dicho anteriormente, la tolerancia religiosa expresada por el autor no comprendía a los ateos o a creencias religiosas que no cumplieran unos mínimos dogmáticos que para el autor resultaban ineludibles y cuya falta debía comportar el total

²⁶⁵ KAMEN, Henry: *Intoleranz und Toleranz*. 1ª edición. Munich: Kindler Verlag, 1967, p. 28.

²⁶⁶ Las causas de la ruptura entre Erasmo y Lutero pueden examinarse en HUIZINGA: *Erasmus...*, op. cit., pp. 161 y siguientes; EGIDO LÓPEZ, Teófanos: “Lutero y el luteranismo”, en AAVV: *Historia del cristianismo*. Vol. III. *El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006, pp. 121-125.

²⁶⁷ ABELLÁN, José Luis: *El erasmismo español*. 1ª edición. Madrid: Espasa-Calpe, 1982, p. 79.

²⁶⁸ “La desventura de Tomás Moro nos sitúa ante el auténtico problema de las intolerancias modernas, las de los cristianos dentro de la antigua Cristiandad que se quiebra para dar lugar a las diversas y hostiles confesiones, todas ellas, naturalmente, convencidas de su verdad excluyente y no menos convencidas de ser el otro el anticristo o, casi peor, el hereje”. EGIDO LÓPEZ: “Época moderna...”, en AAVV: *La tolerancia...*, op. cit., p. 70.

²⁶⁹ MORE, Thomas: *Utopía*. 2ª edición. Madrid: Akal, 2011, pp. 182-185.

rechazo²⁷⁰. En cambio, el autor describe una sociedad en la que las diferentes creencias religiosas conviven incluso en los mismos templos, que son compartidos por todas ellas y requieren de un estricto respeto mutuo²⁷¹. Tal vez las ideas de MORO vertidas en *Utopía* pudieron influir en las propuestas de fray BARTOLOMÉ DE LAS CASAS respecto a los indígenas americanos²⁷². Sí que se dejó sentir su influjo en las propuestas y actuaciones de VASCO DE QUIROGA en las Indias en relación a los indígenas en ámbitos como la educación, la oposición a que fueran esclavizados, etc.²⁷³.

Los cambios impulsados por los reformistas encontraron una fuerte oposición de múltiples sectores eclesiásticos y, como se vio rápidamente, no evitó el cisma. El humanismo, no obstante, contribuyó de manera decisiva al concepto de tolerancia religiosa, tanto en sus fases iniciales como en sus posteriores etapas. Fue ERASMO en 1526 el primero en defender una tolerancia limitada e individual²⁷⁴. Los diversos impulsos de reforma humanista se fueron apagando con la ruptura protestante iniciada con la Reforma²⁷⁵ y el clima de guerra existente, tanto confesional como el derivado de la política expansión universal de los Habsburgo.

Es interesante observar cómo el humanismo sobrevivió en el contexto ideológico de algunos “reformadores radicales”, que fueron defensores de la tolerancia religiosa, como son los cuáqueros de los primeros tiempos y algunas personalidades cercanas o directamente partidarias de los postulados anabaptistas, movimientos que ponían en duda las estructuras sociales. Por ejemplo, los anabaptistas eran partidarios de la desaparición del poder político junto al religioso y el establecimiento de una comunidad de personas libres e iguales²⁷⁶; y al mismo tiempo defendían la tolerancia religiosa por motivos netamente espirituales²⁷⁷. Unos reformadores para los cuales la espontaneidad del verdadero sentimiento religioso iba directamente ligada a la libertad religiosa, erigiéndose dicha libertad en condicionante de su fe. Así, nada justifica impedir a los demás la duda, la crítica y la discusión de cualquier doctrina, un principio humanista acogido sobre todo en los países protestantes y que fue brillantemente plasmado en la

²⁷⁰ Nuevamente en alusión a Utopo, el autor enfatiza que “*prohibió sagrada y severamente que nadie desmereciese tanto la dignidad de la naturaleza humana que pensara que las almas perecen juntamente con el cuerpo o que el mundo marcha a la ventura, negando la providencia*”. Asimismo, es rechazada aquella persona que niegue la existencia de castigos para los vicios y premios para las virtudes después de la vida. MORE: *Utopía...*, op. cit., pp. 185-186.

²⁷¹ Al respecto, es muy gráfico el siguiente fragmento: “*Si hay algún misterio propio de una secta, cada quien lo practica dentro de los muros domésticos; los públicos los celebran con un criterio tal que no derogue en absoluto ninguno de los privados. En consecuencia, no se ve en el templo ninguna imagen de los dioses, para que cada quien esté libre de concebir a Dios de la forma que quiera desde lo más profundo de su religión*”. MORE: *Utopía...*, op. cit., p. 191.

²⁷² THOMAS: *El Imperio español. De Colón...*, op. cit., p. 539.

²⁷³ THOMAS: *El imperio español de Carlos...*, op. cit., pp. 480-483 y 494.

²⁷⁴ LUTZ: *Reforma...*, op. cit., p. 283.

²⁷⁵ Para un estudio de las relaciones entre el humanismo y la Reforma vid. AAVV: *Humanismus und Reformation. Martin Luther und Erasmus von Rotterdam in den Konflikten ihrer Zeit*. 1ª edición. Friburgo: Katoische Akademie Freiburg, 1985.

²⁷⁶ NEGREDO DEL CERRO, Fernando: “Evolución de las relaciones Iglesia-Estado”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006, p. 387.

²⁷⁷ No cabe la menor duda que los anabaptistas jugaron un rol fundamental en la defensa y difusión de la tolerancia religiosa. Al respecto vid. BENDER, Harold S.: “Täufer und Religionsfreiheit im 16. Jahrhundert”, en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 111-134.

obra *De arte credendi et dubitandi* de SEBASTIÁN CASTELLION²⁷⁸. El mismo autor en *Da haereticis an sint persecuendi* realiza una denuncia contra CALVINO por la ejecución de MIGUEL SERVET por su postura antitrinitaria²⁷⁹. Así, se ha afirmado que con CASTELLION se empieza a tratar la tolerancia religiosa desde un punto de vista sistemático²⁸⁰. En 1554 escribió su obra *Contra libellum Calvini* en respuesta a la obra de CALVINO con el título *Defensio orthodoxae fidei de sacra Trinitate*, en la que defendía la muerte de SERVET. En dicha obra CASTELLION vierte su famosa cita: “Matar a un hombre no es defender la doctrina, sino que es matar a un hombre”.

Hay que advertir que no sólo los católicos tuvieron problemas con el mantenimiento de la ortodoxia doctrinal: los luteranos también tuvieron sus propias disidencias, que actuaron en territorios y lapsos temporales a veces coetáneos, a veces sucesivos: KARLSTADT, MÜNTZER, CALVINO, ZWINGLIO... Todos ellos guardaban raíces comunes, pero defendían doctrinas que en ciertos puntos divergían frecuentemente y perseguían a su vez frecuentemente a sus propios disidentes²⁸¹. Tanto ZWINGLIO como BUCERO, por ejemplo, a diferencia de LUTERO, desarrollaron un conjunto de doctrinas mucho más adaptables al mundo urbano y a la autonomía municipal. Concretamente ZWINGLIO era especialmente fuerte en los gremios²⁸² y no se distinguió precisamente por su tolerancia religiosa, sino por ser partidario de la más estricta teocracia²⁸³. Por lo tanto, en puridad Europa estaba lejos de una situación de biconfesionalismo como se podría pensar²⁸⁴.

La fragmentación religiosa, junto con la concurrencia de evidentes intereses políticos y económicos (verdaderas rivalidades nacionales), provocaron que a finales del siglo XVI e inicios del XVII se reprodujeran en Europa múltiples y constantes conflictos bélicos interestatales que iban más allá de los brotes violentos dentro de los Estados y que supusieron una exacerbación del odio religioso²⁸⁵. Así, se ha llegado a afirmar que en cada crisis política de relieve que ha tenido lugar en la Europa de ámbito cristiano durante

²⁷⁸ Para dichos creyentes la libertad religiosa consistía en el derecho “a profesar sólo aquellas doctrinas o dogmas de los que estuvieran plenamente convencido, y a rechazar aquellos que se capacitaron de pensamiento (razón) y su cultura (humanismo) le hicieran aparecer como dudosos, de los cuales no estuvieran totalmente seguro y, por tanto, no pudieran aceptar como la palabra de Dios; todo esto, siempre y cuando viviera según los principios de la moral cristiana”. CANTIMORI: “Desafíos...”, en AAVV: *La época...*, op. cit. p. 161.

²⁷⁹ El “caso Servet” y sus implicaciones para el derecho a la tolerancia religiosa se puede examinar en KAMEN: *Intoleranz...*, op. cit., pp. 75-81; KAPLAN: *Divided...*, op. cit., pp. 15-22; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: “En el origen de la tolerancia...”, op. cit., pp. 67-86; o PARKER: *John Calvin...*, op. cit., pp. 138-146. El autor explica con detalle el caso, así como la posición de Calvino respecto el rol que ha de ocupar el poder civil en cuanto a la defensa de la religión y la lucha contra las posiciones heréticas. Por último, se enfatiza la rivalidad existente en Ginebra entre Calvino y los libertinos, que apoyaron a Servet.

²⁸⁰ GUGGISBERG: “Wandel...”, en AAVV: *Zur Geschichte...*, op. cit., p. 469.

²⁸¹ Se puede examinar la doctrina de la persecución en el pensamiento de Calvino y sus sucesores, con especial mención al reformista escocés John Knox, en BLÁZQUEZ MARTÍN: *Herejía...*, op. cit., pp. 89-126.

²⁸² ELTON: *Reformation...*, op. cit., p. 71.

²⁸³ „Zwingli begrüßte es, wenn katholische Herrscher Toleranz übten, denn dies gab seinen Predigern die Freiheit, die sie benötigten; doch wo immer der Zwinglianismus triumphierte, verflüchtigte sich alsbald die Glaubensfreiheit“. KAMEN: *Intoleranz...*, op. cit., pp. 46-47.

²⁸⁴ Se pueden consultar los diferentes movimientos dentro del protestantismo en EGIDO LÓPEZ, Teófanos: “Las reformas protestantes”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006, pp. 147-186.

²⁸⁵ “Las rivalidades nacionales habían sido teñidas con un nuevo tinte de odio y sospecha, producto del principal legado de la vida europea del siglo XVI: las disputas confesionales”. ELLIOTT: *La Europa...*, op. cit., p. 24.

la era moderna ha concurrido siempre un desacuerdo de origen religioso²⁸⁶. Como suele ser habitual también en la actualidad, las víctimas principales de dichos conflictos confesionales, que en muchas ocasiones tuvieron una naturaleza fratricida, no fueron exclusivamente la población civil y, por ende, el crecimiento demográfico; sino que se vieron afectados campos tan diversos como el comercio, las universidades o, en definitiva, la comunidad internacional, que por aquel entonces tenía como fundamento, aunque débil, la Cristiandad²⁸⁷. A partir de 1544 se empiezan a publicar una serie de *Índices de libros prohibidos*, lo que repercutirá de forma muy nefasta y actuará como freno al normal desarrollo de la vida cultural. Concretamente entre 1559 y 1805 la Inquisición publicó once índices de libros prohibidos, que proscribían obras de contenido muy diverso: religión, astrología, liberalismo, etc²⁸⁸.

El siglo XVI también es el momento en que se crea el concepto de gueto, concretamente en la ciudad de Venecia. Aunque no se trata del primer gheto de la historia, sí que es el más paradigmático y el que acuñó el nombre que se utiliza hasta nuestros días. En dicho gheto los moradores judíos pagaban el salario de sus guardias para vigilar los muros y accesos que dividían dicha parte de la ciudad en relación al resto. La creación del gheto es la solución que se encontró ante la aplicación de la prohibición de que los judíos vivieran junto a los gentiles. De esta forma, los judíos de Venecia no tuvieron que abandonar la ciudad y además el ghetto sirvió de refugio para judíos de otras partes de la península itálica. Así, la creación del gheto se erigió como una solución entre su permanencia en Venecia y su total expulsión. Téngase en cuenta que, a diferencia de lo ocurrido en España o Portugal, los venecianos eran plenamente conscientes de la necesidad de las actividades económicas llevadas a cabo por la población judía para el óptimo desarrollo de la sociedad veneciana; ya fuera en su calidad de profesionales de varios oficios y comerciantes, ya fuera en su condición de prestamistas. Es decir, a pesar de las quejas y presiones de los líderes espirituales, los gobernantes venecianos optaron por conservar las ventajas que obtenían de la convivencia con la población judía²⁸⁹.

La Contrarreforma se erigió como la baza principal de la Iglesia para derrotar la Reforma protestante y al mismo tiempo para asegurar la subsistencia de la Iglesia Católica como tal²⁹⁰. Parece evidente que fue un éxito en relación a lo segundo, pero no pudo evitar el cisma²⁹¹. Como reacción a la Reforma se convocó el Concilio de Trento, que tuvo lugar a lo largo de numerosas sesiones entre 1545 y 1563 (las sesiones más relevantes acontecieron en el período comprendido entre 1545-1547, entre 1551-1552, y entre 1562-1563. Sus principales retos fueron la unificación de criterios doctrinales en la Cristiandad, el impulso de una cruzada contra el peligro otomano y acabar con los abusos eclesiásticos. Se trataron asuntos dogmáticos, pero también de organización: educación

²⁸⁶ PARKER: *Europe...*, *op. cit.*, p. 49.

²⁸⁷ ELLIOTT: *La Europa...*, *op. cit.*, pp. 35-36.

²⁸⁸ SCHWARTZ: *All can...*, *op. cit.*, p. 145.

²⁸⁹ KAPLAN: *Divided...*, *op. cit.*, pp. 294 y ss. Dicho autor pone de relieve que “*symbolically, the ghetto prevented Jews from tainting and corrupting the Corpus Christianum. This was an essential precondition for the toleration of these «infidels» in early modern Europe*” (p. 296). Para un análisis de la cuestión de los conversos judíos en el contexto europeo *vid.* pp. 312-330.

²⁹⁰ Al respecto puede consultarse GARCÍA CÁRCEL, Ricardo y PALAU I ORTA, Josep: “Reforma y Contrarreforma católicas”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006, pp. 187-226.

²⁹¹ Se pueden consultar algunos de los intentos llevados a cabo en Alemania, cuna de la Reforma, para acercar las posiciones entre las confesiones mayoritarias hasta el Concilio de Trento en KAMEN: *Intoleranz...*, *op. cit.*, pp. 90-97.

de los clérigos, obligaciones de los obispos, servicio pastoral, liturgia, sistema educativo, modernización de la estructura eclesiástica, impulso de la centralización, etc. Incluso se tuvo que intentar acordar un calendario común, pues existía asimismo un “cisma cronológico”, sobre el cual se trata al hablar de las festividades y descansos.

Frente a cualquier intento de reunificación de la Iglesia, en el Concilio de Trento el bando católico optó desde un principio por posiciones defensivas y el fortalecimiento interno, lo que provocó posiciones cada vez más intransigentes e intolerantes por parte del catolicismo. Si hasta ese momento dentro de la Iglesia había convergido cierta diversidad de posiciones, después de Trento la pluralidad doctrinal fue reducida en gran medida²⁹². Así pues, el Concilio de Trento no sirvió para recomponer la unidad de la Iglesia²⁹³ y supuso la confesionalización de Europa que, a su vez, incentivó aún más el reforzamiento de las posturas intolerantes²⁹⁴. En pocas palabras, después de Trento cristalizó la división permanente de la Cristiandad occidental²⁹⁵.

No obstante, no deben desdeñarse los efectos del Concilio. De hecho, el Concilio de Trento marcó un antes y un después en la historia de la Iglesia. Aunque no consiguió recuperar la unidad de la Iglesia, del Concilio salió una Iglesia mucho más preparada para hacer frente a los retos de la época, una Iglesia moderna frente a la desaparecida Iglesia medieval anterior a la etapa tridentina. Ahora la Iglesia poseía una doctrina clara y una definición de la ortodoxia que daba respuesta a las cuestiones discutidas con el resto de cristianos separados de ella²⁹⁶.

Una manifestación clásica del principio de *cuius regio eius religio* la conforma la paz surgida de la Dieta de Augsburgo, que fue producto de las largas negociaciones que tuvieron lugar de febrero a septiembre de 1555²⁹⁷. Dicho acuerdo, por el que se puso fin a las operaciones militares, comportó una paz religiosa que duró de forma dificultosa sesenta y tres años. Una paz que “sancionó el fracaso imperial de reducir el Imperio a la unidad de la fe”²⁹⁸. Las partes en liza acordaron respectivamente tolerar la Iglesia Católica y las iglesias luteranas en los territorios alemanes. Eso sí, cada territorio debía adoptar la

²⁹² KAPLAN: *Divided...*, *op. cit.*, p. 42.

²⁹³ LUTZ: *Reforma...*, *op. cit.*, pp. 120 y 158.

²⁹⁴ “*Early modern Europe inherited a tradition of Christian thought that legitimized intolerance. Confessionalism then promoted intolerance to the status of an essential attribute of piety*”. KAPLAN: *Divided...*, *op. cit.*, p. 47. Según la doctrina española el Concilio de Trento “*supuso el fin de los intentos de tolerancia por parte católica en el terreno filosófico. La llamada «tolerancia eclesiástica» preconizaba el principio de una cierta unidad religiosa del Estado, pero no reclamaba más que la adhesión a ciertos puntos o artículos fundamentales; con respecto a los demás extremos no declarados fundamentales las divergencias se consideraban permitidas, siempre y cuando no rompieran entre los cristianos la unidad sustancial de su fe. Pues bien, a partir del Concilio de Trento no era posible a los cristianos fieles a Roma preconizar esta especie de entente cristiano*”. ROCA FERNÁNDEZ, María José: “Sobre el concepto de tolerancia en las fuentes jurídicas seculares de los territorios centroeuropeos durante la época de la Reforma”. *Foro, Nueva Época*, 2006, núm. 4, p. 57.

²⁹⁵ KAPLAN: *Divided...*, *op. cit.*, p. 131.

²⁹⁶ ELTON: *Reformation...*, *op. cit.*, p. 195.

²⁹⁷ KAPLAN: *Divided...*, *op. cit.*, pp. 103-104. Se examinan con detalle las negociaciones que se materializaron en el Tratado en PAULUS, Nikolaus: “Religionsfreiheit und Augsbuerger Religionsfiredre”, en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 17-41; CONRAD, Hermann: “Religionsbann, Toleranz und Parität am Ende des Alten Reiches”, en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 157-164.

²⁹⁸ EGIDO LÓPEZ: “Lutero...”, en AAVV: *Historia...*, *op. cit.*, p. 135.

religión de su príncipe, lo que naturalmente provocó problemas en aquellas ciudades donde existían creyentes de ambas concepciones religiosas²⁹⁹. De este modo, quien no participara de las creencias de su príncipe podía cambiar libremente de territorio. El acuerdo prohibía el proselitismo y si un príncipe católico se convertía al luteranismo debía abandonar su territorio y se debían nombrar nuevos preladados canónicamente elegidos.

Hay que destacar que la tolerancia religiosa no se extendía a otras creencias que no fueron las anteriormente señaladas, lo que afectaba adrede a los anabaptistas y a otras sectas religiosas y es relevante en relación a la aparición y desarrollo posterior del calvinismo³⁰⁰. La Paz supuso no sólo una novedad en cuanto a las políticas religiosas ensayadas hasta entonces, sino que desde el punto de vista de la sociología de la religión impulsó de forma decidida el confesionalismo, es decir, la existencia de iglesias parciales y diferenciadas respecto doctrina, liturgia y organización que compiten entre sí por la representatividad exclusiva de la verdad cristiana³⁰¹.

También es de enorme interés la Confederación de Varsovia de 1573, que supuso un pacto sin parangón en materia de libertad religiosa, que fue más allá del antedicho Pacto de Augsburgo y que la Dieta de Transilvania de 1571, pues extendió la tolerancia religiosa a los nobles de cualquier fe³⁰². En aplicación de dicho pacto, y ante las consecuencias vistas en la Matanza de San Bartolomé, los nobles podrían elegir la fe que desearan y tal decisión debía ser respetada por el Rey. Es decir, se trataba de un pacto de no interferencia entre los miembros de las élites gobernantes³⁰³.

3.5. Francia y los hugonotes

Por su trascendencia y relación con la tolerancia religiosa no se puede omitir una breve referencia a las guerras de religión que asolaron Francia, tras la muerte de Enrique II. Dichas contiendas, que comportaron una prolongada crisis de Estado, fueron debidas a una multiplicidad de factores de diferente naturaleza: debilidad del poder central; polarización confesional³⁰⁴ en relación con una gran variedad de grupos e intereses políticos, sociales y regionales; graves enfrentamientos ideológico – teológicos; y, finalmente, la intervención de potencias exteriores: España, el Papado, Inglaterra y los Países Bajos sublevados contra España³⁰⁵. El episodio de la Matanza de la noche de San

²⁹⁹ No sin razón se ha tachado el acuerdo como “*incompleto y absolutamente falto de sinceridad*”. WARD, A.W.: “El Imperio en los reinados de Fernando I y Maximiliano II”, en AAVV: *Historia del mundo en la Edad Moderna. Vol. III. Las guerras de religión*. 2ª edición. Barcelona: Ramón Sopena, 1940, p. 164.

³⁰⁰ ELTON: *Reformation...*, op. cit., pp. 265-266.

³⁰¹ LUTZ: *Reforma...*, op. cit., p. 46; “*En los confesionalismos el inexistente derecho a la libertad de conciencia, de celebración pública del culto, a la libertad de manifestar la opinión divergente por palabra o por el libro, el también todavía existente derecho a la vida, se subordinó a la ortodoxia oficial expresada en las confesiones de fe respectivas sin posibilidad de pluralismo ante la decisión del príncipe*”. EGIDO LÓPEZ: “Época moderna...”, en AAVV: *La tolerancia...*, op. cit., p. 72.

³⁰² ELLIOTT: *La Europa...*, op. cit., p. 237.

³⁰³ KAPLAN: *Divided...*, op. cit., pp. 111 y 206.

³⁰⁴ “*Las guerras demostraron que la unidad religiosa, en la Francia de fines del siglo XVI, era una imposibilidad de hecho. La única solución posible si la nación debía sobrevivir, era la coexistencia, reglamentada, limitada, de las dos religiones*”. LIVET, Georges: *Las guerras de religión*. 1ª edición. Barcelona: Oikos-Tau, 1971, p. 123.

³⁰⁵ LUTZ: *Reforma...*, op. cit., p. 137; “*En Francia hemos conocido dos clases de guerras civiles: unas tenían por pretexto la religión, y duraron porque el motivo subsistía después de la victoria;*

Bartolomé, que tuvo lugar en la noche del 23 al 24 de agosto de 1572, es uno de los acontecimientos históricos más conocidos y más descriptivos de la mezcla de grandes dosis de odio religioso con evidentes intereses políticos. En dicho corto lapso temporal, la persecución de los hugonotes por parte de las autoridades causó unos 3.000 muertos en París y 10.000 en las provincias³⁰⁶. Al respecto, VOLTAIRE es muy gráfico en su *Tratado sobre la tolerancia*: “Después de la muerte de Francisco I (...) el suplicio de mil heréticos, sobre todo el del consejero del parlamento Duboury, y por último la matanza de Vassy, armaron a los perseguidos, cuya secta se había multiplicado al resplandor de las hogueras y bajo los grilletes de los verdugos; la rabia sucedió a la paciencia; imitaron las crueldades de sus enemigos; nueve guerras civiles llenaron Francia de carnicería; una paz más funesta que la guerra produjo la San Bartolomé, de la que no había ejemplo alguno en los anales de los crímenes”³⁰⁷. Tales dosis de violencia no han encontrado parangón en los diversos conflictos religiosos que tuvieron lugar durante los siglos XVI y XVII³⁰⁸.

El Edicto de Nantes, firmado el 13 de abril de 1598 por el rey Enrique IV de Francia, puso fin a las guerras de religión que asolaron Francia en las décadas precedentes y supuso una situación de biconfesionalidad y la consolidación de la sacralidad regia. Se trata de un acuerdo que autorizaba la libertad de culto de forma limitada a los protestantes calvinistas, los hugonotes, por lo que se reconocía una segunda iglesia estatal, aunque obviamente con mayores limitaciones que la católica. Así, se ha afirmado que el edicto, analizado desde un punto de vista actual, “concedía más por una parte y menos por otra de lo que hubiera sido desear”, ya que “la libertad religiosa era incompleta, en tanto que la libertad política local era excesiva y peligrosa”³⁰⁹. A partir de entonces el cristianismo ya no justifica el Estado, sino que se convierte en religión de Estado³¹⁰. El Edicto de Nantes ha sido calificado de mera tregua, un acuerdo alcanzado por la situación de igualdad de fuerzas entre las fuerzas en liza en las que ninguna estaba en condiciones de vencer a la otra. Si la monarquía hubiera sido más fuerte no habría propuesto la tregua; y si hubiera sido más débil, no hubiese durado. Ninguna de las partes estaba dispuesta a transigir en sus pretensiones de universalidad³¹¹. Después de un sinfín de cruentas batallas e

otras no tenían verdadera razón, sino que las excitaba la ligereza o ambición de algunos grandes, y en seguida eran sofocadas. MONTESQUIEU: *Grandeza...*, op. cit., p. 81. En el mismo sentido de afirmar que las guerras religiosas de los siglos XVI y XVII fueron causadas por múltiples factores: KAMEN: *Intoleranz...*, op. cit., pp. 130.

³⁰⁶ LUTZ: *Reforma...*, op. cit., p. 139. En extenso sobre los antecedentes, desarrollo y consecuencias de la Matanza de San Bartolomé vid. HOLT, Mack P.: *The French Wars of religion*. 2ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 76-98.

³⁰⁷ VOLTAIRE: *Tratado...*, op. cit., pp. 84-85.

³⁰⁸ KAPLAN: *Divided...*, op. cit., p. 75.

³⁰⁹ STANLEY LEATHES, M.A.: “Enrique IV de Francia”, en AAVV: *Historia del mundo en la Edad Moderna. Vol. III. Las guerras de religión*. 2ª edición. Barcelona: Ramón Sopena, 1940, p. 699.

³¹⁰ RUIZ IBAÑEZ, José Javier y PENZI, Marco: “La edad del absolutismo confesional: las guerras de religión”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006, pp. 319-365. El Edicto se erige como “la expresión del derecho nuevo sobre el cual descansa la sociedad moderna: distinción del derecho civil y del derecho religioso, delimitación de los derechos del Estado y de la conciencia”. LIVET: *Las guerras...*, op. cit., p. 123. Para dicho autor, aunque otros autores del matizan o simplemente rechazan de plano dicha hipótesis, se produce cierta secularización del Estado: “El príncipe reúne bajo su cetro cultos diferentes; jefe de la Iglesia galicana, retribuye, a base del presupuesto de la nación, a los ministros del otro culto, cuyos fieles pagan el diezmo al clero católico” (p. 124).

³¹¹ ELLIOTT: *La Europa...*, op. cit., p. 371. “It allowed for temporary religious co-existence, but its ultimate goal was religious concord –that is, unity- rather than toleration of differing confessions”.

intransigencias que provocaron reiterados derramamientos de sangre, los actores enfrentados optaron por una frágil convivencia ante la imposibilidad de imponer una sola fe por la fuerza. En orden conseguir la paz y la estabilidad política se consideró preferible “convivir con el error, a vivir bajo el terror”³¹².

El Edicto de Nantes no significó la desaparición definitiva de las guerras de religión en Francia. Enrique IV fue asesinado por un fanático ultracatólico y las hostilidades entre las autoridades y los hugonotes no tardaron en recrudecerse. El 28 de junio de 1629, como consecuencia de la rendición de La Rochelle, plaza fuerte de los hugonotes ante las fuerzas de Luis XIII (sucesor de Enrique IV), se firma el denominado Edicto de Gracia, que confirma la tolerancia religiosa en favor los hugonotes, pero deroga su derecho a una asamblea independiente y a crear ejércitos³¹³.

En este contexto cabe citar a THUANUS (Jacques-Auguste de Thou, 1553-1617), historiador humanista católico que defendió la tolerancia religiosa en Francia, y su obra *Historia sui Temporis*. Posicionado en contra de la división en la Iglesia, era partidario de evitar la guerra civil en Francia evitando el uso de la fuerza y utilizando la tolerancia y la persuasión en materia religiosa, a través de la enseñanza, la discusión y el buen ejemplo. Es gráfico que dicho autor en su obra hablaba de división (*scissura*) de la Iglesia y no de rebelión o herejía³¹⁴.

Luis XIV, conocido como el “Rey Sol”, revocó el Edicto de Nantes el 1685 y promulgó el denominado *Code Noir*, que reorganizó las colonias en perjuicio de la diversidad religiosa³¹⁵. A partir de entonces se produjeron muchas conversiones forzosas y muchos protestantes decidieron emigrar a Holanda, Alemania e Inglaterra. Ello supuso un gran impacto económico para el país, ya que, por ejemplo, emigró un buen número de artesanos³¹⁶. Desde la citada revocación, los episodios de represión contra los

HOLT: *The French...*, op. cit., p. 166. Dicho acuerdo “*focused on religious co-existence and attempted to deal with the very problem of trying to integrate a corporate body of Huguenots into a Catholic state*” (p. 167).

³¹² Expresión harto gráfica utilizada para describir la situación por SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto: “La pretensión constitucional de la libertad de expresión y el problema de la televisión en España”, en AAVV: *Las sombras del sistema constitucional español*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2003, pp. 204-205.

³¹³ Más detalles sobre ambos acuerdos en PARKER: *Europe...*, op. cit., pp. 117-118 y p. 202.

³¹⁴ CANTIMORI: “Desafíos...”, en AAVV: *La época...*, op. cit., p. 160.

³¹⁵ La revocación afectó a la Francia continental, como a los territorios de ultramar: “*In 1685, two majors laws were passed in France. In March, the Code Noir provided a comprehensive reorganization of the French colonies. Its first article banned non-Catholics from all the colonies subjected to the king of France, thus condemning both Jews and Protestants to expulsion within three months. In October, the Edict of Nantes was revoked, ending an era of relative toleration for the French Calvinist minority that had started in 1598 after 30 years of religious civil wars. All subjects of King Louis XIV had to be Catholics. While banning foreigners from its overseas trade in order to implement a mercantilist goal, the French Crown was thus also promoting confessional uniformity within the kingdom and its colonies. Both decisions should be understood in the context of the economic war opposing Louis XIV and the Dutch since the 1660s. Fighting the Dutch and promoting Catholicism were, from the point of view of the French king and his minister Colbert, two facets of the same struggle*”. MARZAGALLI, Silvia: “Trade across religious and confessional boundaries in modern France”, en AAVV: *Religion and trade. Cross-cultural exchanges in world history, 1000-1900*. 1ª edición. Nueva York: Oxford University Press, 2014, p. 184.

³¹⁶ “*Some states that oppressed minorities lost their best entrepreneurial elites to more liberal states. One may think of the French Huguenot refugees who were outlawed for the second time in 1685, proceeded to emigrate in large numbers, and soon contributed enormously to the economies*

protestantes volvieron a convertirse en un fenómeno frecuente. Sin embargo, lo cierto es que las autoridades tuvieron que ir cediendo en sus pretensiones de homogeneizar la población, tanto en la Francia continental como en las colonias, ante la evidencia de que muchos miembros de minorías religiosas (protestantes y judíos especialmente) eran imprescindibles para la correcta marcha del sistema económico.

Es más, desde un primer momento no sólo las autoridades locales tuvieron que ceder hacia posiciones de tolerancia religiosa aunque que ello viniera motivado exclusivamente por motivaciones económicas, sino que el mismo Rey de Francia optó ya desde 1686 por una política exterior pragmática de atracción del talento (utilizando la terminología tan en boga actualmente), independientemente de la religión de cada individuo. Todo ello evidenciaba sin duda una situación en apariencia harto paradójica, en la que se ponderaba, por un lado, la voluntad del Estado de contar con una población religiosamente homogénea, y al mismo tiempo la relevancia de permitir el normal devenir del tráfico económico y jurídico³¹⁷. Poco a poco se iba imponiendo la utilidad pública a una concepción ideológica partidaria de eliminar toda diversidad religiosa³¹⁸; lo contrario de lo que ocurría en España, lugar en el que prevalecía la noción de "cristiano viejo" frente a todo lo demás. De hecho, los estudios llevados a cabo hasta el momento demuestran que la tolerancia religiosa se impuso en todos aquellos puestos que participaban activamente en el comercio atlántico, como Burdeos, Cádiz o Ámsterdam, por citar tres ejemplos de ciudades situados en países con diferentes políticas religiosas³¹⁹.

No todo son sombras en materia religiosa en el país galo, y en el marco del siglo XVIII hay que constatar que las logias masónicas contribuyeron en Francia a la defensa de la igualdad civil y la tolerancia religiosa. La francmasonería se extendió de Inglaterra a Francia a partir de 1715³²⁰. De hecho, es conocido que de las cincuenta y seis

of Holland and Prussia, as well as America". BAUMANN, Gerd: *The multicultural riddle*. 1ª edición. Nueva York: Routledge, 1999, pp. 10-11.

³¹⁷ "As a matter of fact, in 1686 Louis XIV explicitly reiterated that foreigners were welcomed in France, irrespective of their religion, although they were not granted the right to worship in public. This policy was not as contradictory as it may appear at first sight: the king expected his subjects to be Catholics, but did not force foreigners to convert. In fact, he encouraged whatever immigration beneficial to the French economy. The Crown, moreover, tacitly tolerated an extensive participation on non-Catholics in colonial trade, as long as they were based in France and thus beneficial to the economic interests of the mother country". MARZAGALLI: "Trade across...", en AAVV: *Religion...*, op. cit., pp. 186-187.

³¹⁸ Un ejemplo de ello es la atribución de títulos nobiliarios: "The fact that the Crown occasionally conferred noble titles on Protestant merchants proves that in the eighteenth century confessional concerns were increasingly subordinated to the principle of public utility". MARZAGALLI: "Trade across...", en AAVV: *Religion...*, op. cit., pp. 189-190.

³¹⁹ "Restrictive colonial and religious policies (...) did not prevent the development of a largely multi-confessional and multi-religious merchant community in Old Regime Bourdeaux. This is hardly surprising, as it conforms to a trend visible in most Atlantic port-cities, including Cadiz, Nantes, London, Amsterdam, and Hamburg, but is also common to cities beyond the Atlantic World, such as Livorno or Saint Petersburg. The specificity of the French case lies in the commercial influence of French Protestants, although their existence was officially forbidden for over a century. In this sense, economic realities fostered a de facto toleration". MARZAGALLI: "Trade across...", en AAVV: *Religion...*, op. cit., p. 190.

³²⁰ SOBOL: *La revolución...*, op. cit., p. 57.

personalidades que firmaron la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, cincuenta y dos eran masones³²¹.

No es hasta 1787 cuando Luis XVI decretó el Edicto de tolerancia para los no católicos, que fue superado rápidamente por la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, ya en el contexto de la Revolución Francesa.

3.6. El fin de la era confesional: la Paz de Westfalia

La Guerra de los Treinta Años modificó profundamente Europa y significó el fin de la era confesional. En dicho conflicto bélico participaron un gran número de potencias en pos de su hegemonía sobre las demás y fue impulsada decisivamente por las diferentes creencias religiosas. Puede ser dividida en varias etapas: 1) Guerra bohemio - palatina (1618-1623); 2) Guerra danesa y bajo – sajona (1625-1629); 3) Guerra sueca (1630-1635); y, finalmente, 4) Guerra sueco – francesa (1635-1648)³²². La Paz de Westfalia, acordada en Münster y Osnabrück y firmada el 24 de octubre de 1648 en Münster, pone fin a la Guerra de los Treinta años e inicia la era de los Estados – nación en el marco de una paz que se intentó que fuera duradera. Desde el punto de vista religioso, la negociación llevada a cabo por Fernando III de Habsburgo supone un punto de encuentro que evitó el surgimiento de nuevos conflictos religiosos durante más de un siglo³²³, aunque no significó obviamente el final de toda intolerancia religiosa³²⁴. Dicha paz partió de la idea de Richelieu de forjar una paz universal a través de la fusión de cada uno de los tratados de paz cerrados particularmente entre las varias partes que intervinieron en el largo conflicto bélico; una idea que no fue estrictamente respetada a la hora de materializarla³²⁵. La Paz de Westfalia supuso la renovación, ampliación y reinterpretación de la Paz de Augsburgo. A partir de entonces, con la finalidad de evitar mayorías religiosas, se separaron los territorios del Imperio en dos *corpus* distintos: de un lado en un *corpus catholicorum* y de otro en un *corpus evangelicorum*. A partir de la Paz de Westfalia, uno de los hitos en la configuración de la actual libertad religiosa y que da paso a una etapa histórica³²⁶, desapareció la amenaza de que el príncipe impusiera por medios violentos su nueva posición confesional, aunque no extinguirían completamente sus facultades en ejercicio de su *ius reformationis*. Apareció un nuevo sistema de

³²¹ REICHLEY, A. James: *Religion in American public life*. 1ª edición. Washington DC: The Brookings Institution, 1985, p. 101.

³²² LUTZ: *Reforma...*, *op. cit.*, pp. 174-175.

³²³ PARKER: *Europe...*, *op. cit.*, p. 292. “Alemania sería un desierto cubierto por los esqueletos de los católicos, evangélicos, reformados y anabaptistas, degollados entre sí, si la paz de Westfalia no hubiese procurado por fin la libertad de conciencia”. VOLTAIRE: *Tratado...*, *op. cit.*, p. 92.

³²⁴ “Religious violence –popular, official, military- continued in many parts of Europe in the late seventeenth and early eighteenth century. The age of religious wars had not yet ended”. KAPLAN: *Divided...*, *op. cit.*, p. 343.

³²⁵ LANGE: “Deutschland...”, en AAVV: *Deutsche...*, *op. cit.*, p. 215.

³²⁶ “La libertad religiosa contemporánea arranca de la lucha por la tolerancia en un orbe político caracterizado por la quiebra de la christianitas imperial en virtud de la cristalización de la estanqueidad político – religiosa que subyace, en la senda de la antecedente paz religiosa de Augsburgo (1555), a la paz de Westfalia (1648)”. LÓPEZ CASTILLO, Antonio: “Acercas de la libertad religiosa en el tiempo”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 1998, núm. 102, p. 217.

Estados europeo regido por un Derecho internacional secularizado, un equilibrio del que fue excluido el Papado como instancia reguladora³²⁷.

4. CONSECUENCIAS DE LAS DISIDENCIAS

“El furor que inspira el espíritu dogmático y el abuso de la religión cristiana mal entendida ha derramado tanta sangre, ha producido tantos desastres, en Alemania, en Inglaterra, e incluso en Holanda, como en Francia: sin embargo, hoy la diferencia de religiones no causa ninguna perturbación en esos Estados; el judío, el católico, el griego, el luterano, el calvinista, el anabaptista, el sociniano, el menonita, el moravo y tantos otros viven como hermanos en esas regiones, y contribuyen por igual al bien de la sociedad”³²⁸.

4.1. Disidencias y tolerancia religiosa

De las múltiples disidencias o formas de entender el fenómeno religioso (anabaptistas, antitrinitarios, arrianos, etc.), rechazados por todas las ortodoxias de un bando y otro, surgieron las posiciones intelectuales, primero a favor de la tolerancia religiosa, y luego a favor de la libertad religiosa. Unas voces que fueron amplificadas por las nuevas tecnologías y la aparición de innovadores medios de comunicación, como la invención de la imprenta. Es en los siglos XVI y XVII cuando se lleva a cabo por primera vez una discusión sistemática sobre la libertad religiosa, ya que en la época del humanismo y la Reforma protestante es cuando se dan las circunstancias necesarias para ello. Es cuando se empiezan a extender interesantes fenómenos de coexistencia religiosa en los nacientes Estados modernos³²⁹ y se empieza a permitir a las personas decidir sobre aspectos esenciales de sus vidas, como es la de ajustar sus conductas según sus creencias religiosas minoritarias³³⁰.

Hay unanimidad entre los autores, lo que no obsta a que se hayan puesto de relieve grandes matices, en señalar que la aparición de la Reforma contribuyó de manera decisiva a la configuración de la libertad de conciencia y la aparición de la libertad religiosa³³¹. Ello no significa que los movimientos reformadores, especialmente al

³²⁷ LUTZ: *Reforma...*, op. cit., pp. 189-191; CONRAD: “Religionsbann...”, en AAVV: *Zur Geschichte...*, op. cit., pp. 164-171.

³²⁸ VOLTAIRE: *Tratado...*, op. cit., pp. 86-87.

³²⁹ GUGGISBERG: “Wandel...”, en AAVV: *Zur Geschichte...*, op. cit., p. 455.

³³⁰ Obviamente los creyentes de confesiones mayoritarias gozaban de plena libertad para ajustar sus conductas, siempre y cuando no se apartaran de la ortodoxia. Conforme se avanza en el tiempo, se van completando los contornos de la libertad religiosa y sus límites; como fruto de una larga evolución histórica. Al respecto se ha afirmado de forma premonitoria: “*It may be that the ideal of freedom to choose ends without claiming eternal validity for them, and the pluralism of values connected with this, is only the late fruit of our declining capitalist civilization: an ideal which remote ages and primitive societies have not recognized, and one which posterity will regard with curiosity, even sympathy, but little comprehension*”. BERLIN: *Four essays...*, op. cit., p. 172.

³³¹ Sobre las posiciones teológicas en materia de libertad religiosa desde un punto de vista protestante vid. WOLF, Ernst: “Toleranz nach evangelischem Verständnis”, en AAVV: *Zur*

principio, no persiguieran toda desviación respecto sus creencias, que consideraban las únicas verdaderas, y, por lo tanto, fueran frecuentemente sujetos activos de la más radical intolerancia religiosa (por ejemplo, en Ginebra o Massachusetts)³³². O que la aparición de la tolerancia religiosa no fuera defendida frecuentemente de forma interesada y poco creíble por minorías que la vulneraban cuando alcanzaban la mayoría o el poder, como efectivamente ocurrió en la Antigüedad tal y como se ha tenido ocasión de examinar³³³. Sin embargo, la existencia del cisma religioso, la destrucción del poder omnipresente de la Iglesia Católica y la incapacidad de ambas partes de destruirse mutuamente contribuyeron de manera decisiva a la aparición y posterior desarrollo de la libertad de pensamiento y la tolerancia de otras maneras de enfocar el hecho religioso³³⁴.

Es interesante puntualizar que durante la Reforma el término “tolerancia” era utilizado de forma predominante en referencia a los ordenamientos jurídicos seculares, como sinónimo de “tolerancia civil”, en contraposición con una “tolerancia eclesiástica”³³⁵.

El principio de decisión individual en materia de fe, cuya formulación fue llevada a cabo como consecuencia de la crisis de la Iglesia católica en el siglo XIV y por la teología humanista, fue hecho suyo inmediatamente por la Reforma. No obstante, a partir de las violentas luchas teológicas que se fueron sucediendo en el tiempo, de forma paulatina dicho principio fue dejando de perder relevancia frente al principio de autoridad, que garantizaba el orden y seguridad de las respectivas y heterogéneas filas reformistas. Así pues, poco espacio tenía desde este punto de vista cualquier rechazo de la coerción religiosa³³⁶.

Incluso se ha señalado que la amenaza turca que se cernió durante largo tiempo en Europa también contribuyó a su manera a la tolerancia religiosa. Desde principios del

Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 135-154.

³³² “La libertad religiosa prevaleció, no porque las sectas creyesen en ella, sino por su enérgica resolución de que ni las persecuciones políticas ni las religiosas acabasen con ella. La libertad política nació, no tanto de las ideas de los independientes como de su determinación de no ser absorbidos por otras sociedades”. NEVILLE FIGGS, M.A.: “Las ideas políticas en el siglo XVI”, en AAVV: *Historia del mundo en la Edad Moderna. Vol. III. Las guerras de religión*. 2ª edición. Barcelona: Ramón Sopena, 1940, pp. 783-784. Dicha idea hace concluir al autor que “a la vehemencia espiritual de los reformadores y al exclusivismo doctrinal de las diversas confesiones (la más elevada y la más baja expresión, a un mismo tiempo, de «la edad teológica») debemos la compenetración del orden con la libertad (...)”.

³³³ En su *Carta sobre la tolerancia* LOCKE denuncia que “los más apasionados de aquellos que defienden la verdad, que se oponen a los errores y que no pueden tolerar cismas, rara vez exhiben su celo por Dios, del cual dicen sentirse tan ardentemente inflamados, cuando el magistrado civil no está de su parte. Mas tan pronto como el favor del magistrado les hace más fuertes, entonces la paz y la caridad cristianas pueden ser violadas; en caso contrario, la tolerancia mutua ha de ser fomentada”. LOCKE: *Ensayo...*, op. cit., p. 79. Es el caso de las sectas calvinistas, que “por muy opresoras que pudieran resultar cuando dominaban, mitigaban la tiranía de la religión oficial donde estaban en minoría. No es por casualidad que estarían en relación tan estrecha el progreso de las libertades políticas y la presencia de minorías calvinistas en los estados del siglo XVII”. COBBAN, Alfred: “La forma de gobierno. Reyes, cortes y Parlamentos desde 1660 hasta la Revolución francesa”, en AAVV: *El siglo XVIII. Europa en la época de la Ilustración*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1972, p. 32.

³³⁴ ELTON: *Reformation...*, op. cit., pp. 280-281.

³³⁵ ROCA FERNÁNDEZ, María José: *La tolerancia en el derecho*. 1ª edición. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, p. 87. Sobre el concepto y función flexibilizadora de la tolerancia en el Derecho Canónico, situado en el ámbito del Derecho público, vid. pp. 33-52.

³³⁶ LUTZ: *Reforma...*, op. cit., p. 158.

siglo XVI las incursiones otomanas en la zona del Valle del Danubio eran aprovechadas frecuentemente por los protestantes para arrancar del Emperador concesiones en materia de tolerancia religiosa. De este modo, en el contexto de las ofensivas turcas, los protestantes ofrecían su apoyo militar al Imperio, tanto militar como financiero, a cambio de mayores cotas de tolerancia religiosa. Los príncipes luteranos y calvinistas utilizaron esta estratagema para consolidar sus posiciones en detrimento de la autoridad imperial, aunque los calvinistas no consiguieron que se reconociera su credo en la Paz de Augsburgo de 1555³³⁷.

El radicalismo religioso no siempre comportó necesariamente violencia religiosa. Por el contrario, la historia ha mostrado cómo personajes que han disentido de forma radical de los movimientos religiosos en los que se formaron fueron altavoces de sus doctrinas de forma pacífica y se convirtieron en precursores de la tolerancia religiosa. Los historiadores han señalado la figura de dos radicales salidos del movimiento luterano como muestra de pensadores que actuaron de forma pacífica para predicar su ideario: CASPAR VON SCHWENCKFELD (1489-1561) y SEBASTIAN FRANCK (1499-1542). CASPAR VON SCHWENCKFELD fue un místico atípico, de ascendencia aristocrática, y que se puede considerar uno de los precursores de la tolerancia religiosa. SEBASTIAN FRANCK afirmaba algo tan inusual para la época como que los verdaderos creyentes podían ser encontrados tanto entre los cristianos, como entre los no-cristianos. Es más, su concepto de tolerancia no sólo abarcaba a cada individuo, dentro o fuera de la Iglesia, sino que también lo hacía partícipe a los paganos de la antigüedad, los judíos o los turcos. Así pues, sus doctrinas tuvieron una fuerte repercusión en los posteriores movimientos sectarios, especialmente en Holanda³³⁸. Aún faltaba un largo recorrido para que la disidencia no fuera causa de persecución y castigo, persecución de la que fueron objeto los citados pensadores, pero a mediados del siglo XVI empezaron a detectarse doctrinas que fundamentaban de forma abierta y argumentada la tolerancia religiosa³³⁹.

Dentro del humanismo católico puede citarse al alemán GEORG WITZEL (1501-1573). En un primer momento apoyó a LUTERO, pero luego volvió al catolicismo. Dicho autor intentó en lo posible conciliar las divisiones religiosas, rehusando la violencia como instrumento político o religioso³⁴⁰.

4.2. La tolerancia religiosa en Inglaterra

Las persecuciones en Inglaterra contra los puritanos (en sus diversas variantes o grupos) durante el siglo XVII, que naturalmente fracasaron en su intento de unificar por la fuerza el modo de entender la fe, provocaron la aplicación práctica de la tolerancia religiosa³⁴¹.

³³⁷ PARKER: *Europe...*, *op. cit.*, p. 83.

³³⁸ BLASCHKE, Lotte: "Der Toleranzgedanke bei Sebastian Franck", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 42-63. Su concepción sobre la libertad de conciencia puede examinarse en LECLER, Joseph: "Die Gewissensfreiheit", en AAVV: *Zur Geschichte...*, *op. cit.*, pp. 342-345.

³³⁹ KAMEN: *Intoleranz...*, *op. cit.*, pp. 63-66; ELTON: *Reformation...*, *op. cit.*, pp. 90-91.

³⁴⁰ KAPLAN: *Divided...*, *op. cit.*, pp. 129-130. Sobre el concepto de tolerancia en la época tratada, así como en referencia a Cassander, Frank o Witzel, se puede consultar ROCA FERNÁNDEZ: "Sobre el concepto...", *op. cit.*, pp. 49-83.

³⁴¹ "Events had clearly shown the ineffectiveness of repression. For centuries it had been assumed that men could be coerced into accepting correct beliefs. Latterly reflection had begun to undermine the comforting assurance that convictions could be controlled, but many people were

Las sectas que proliferaron hacia la década de 1640, coadyuvaron al impulso de dicha tolerancia, con el consiguiente colapso de juzgados y de la censura. La victoria del denominado *New Model Army* aseguró en Inglaterra la victoria de las tesis a favor de la tolerancia. Dichas sectas tendieron a diferenciar de forma radical el ámbito que correspondería al Estado del reservado a la religión, siendo partidarios de la no intromisión del poder político en la esfera religiosa. El asalto del ejército al Parlamento producido en 1648 despejó el camino para imponer la tolerancia religiosa por el régimen de CROMWELL en la década de 1650.

Recuérdese que en 1649 fue ejecutado el rey Carlos. En 1653 OLIVER CROMWELL proclamó la primera Constitución (el 15 de diciembre de 1653 juró el cargo de *Lord Protector* de la *Commonwealth* de Inglaterra, Escocia e Irlanda, cargo que desempeñó ente dicho año y 1658), la denominada *Instrument of Government*, que instauró el Protectorado. Dicho instrumento jurídico no contenía el establecimiento de un culto oficial y simplemente proclamaba que la religión cristiana, tal y como estaba contenida en la Escrituras, constituía la “*public profession of these nations*”. Así, se ha afirmado que el nivel de tolerancia religiosa establecida por el régimen de CROMWELL era el más alto alcanzado hasta entonces, pero también era muy frágil, ya que dependía de un equilibrio entre el ejército, el Parlamento y los diferentes grupos religiosos, además de descansar en el prestigio personal del mismo CROMWELL. Una política religiosa que rechazaba todo extremismo religioso y detraía al Magistrado de toda competencia en materia religiosa. Asimismo, dicho régimen permitía un amplio margen de maniobra a las actividades religiosas y buscaba la consecución de una verdadera Iglesia de carácter popular, al margen de excesivo rigorismo doctrinal³⁴².

De este modo, mientras desempeñó la responsabilidad de *Lord Protector*, CROMWELL suspendió temporalmente cualquier persecución de puritanos, y suavizó la de cuáqueros y baptistas. Sorprendentemente permitió que los judíos volvieran a Inglaterra después de un largo período de destierro. Tal decisión fue tomada influenciado por los argumentos de pensador judío portugués-holandés MENASSAH BEN ISRAEL, quien visitó el país en 1655. Como puritano iconoclasta, CROMWELL sintió cierta afinidad por la intolerancia judía por las representaciones figurativas religiosas. La política de tolerancia, sin embargo, tenía límites, por lo que pronto se emprendieron persecuciones contra anglicanos y católicos³⁴³.

Entre mediados de 1630 y 1690, por razones filosóficas, pragmáticas, teológicas y políticas el debate sobre la tolerancia religiosa fue reiterativo y se invirtieron grandes esfuerzos como nunca antes se había visto en Inglaterra para encontrar soluciones viables y duraderas. Las élites inglesas se oponían al reconocimiento de la tolerancia religiosa por un buen número de razones: provocaría la fractura de la unidad e Inglaterra dejaría de ser parte de la Cristiandad; pondría en peligro la institución de una Iglesia unificada, parte relevante del naciente nacionalismo inglés, lo que finalmente contribuiría

still persuaded that uniformity of religious practice was a desirable minimum and could successfully be enforced. In England the Restoration experiment was the last serious attempt to produce religious uniformity by means of persecution”. CRAGG, Gerald R.: *Puritanism in the period of the Great persecution 1660-1688*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 1957, pp. 248-249.

³⁴² MURPHY, Andrew R.: *Conscience and community: revisiting toleration and religious dissent in early modern England and America*. 1ª edición. Pennsylvania: Pennsylvania University Press, 2001, pp. 77, 90-91, 93-94 y 119-121.

³⁴³ NUSSBAUM: *Liberty...*, *op. cit.*, p. 35.

a su vez a impedir la unidad de la sociedad inglesa; y debilitaría la ortodoxia religiosa. En dicho contexto hay que resaltar la Declaración de Indulgencia del rey Jaime de abril de 1687, que garantizaba la libertad de conciencia y religiosa de los católicos y los disidentes protestantes, y eximía a los funcionarios de cumplir con la denominada *Test Act*; el acuerdo constitucional de 1688; y el acceso de Guillermo y María³⁴⁴.

Más allá de dichas concreciones, los esfuerzos llevados a cabo en materia de tolerancia religiosa se materializaron el 24 de mayo de 1689, cuando el Parlamento proclamó "*An Act for Exempting their Majestyes Protestant Subjects dissenting from the Church of England from the Penalties of certaine Lawes*", norma más conocida como *Act of Toleration*. Aunque dicha ley dejaba al margen de su aplicación algunos grupos religiosos, como los católicos, y la palabra "tolerancia" no aparecía en el texto³⁴⁵; marcó un antes y un después en materia de libertad religiosa, también en las colonias americanas respecto a las minorías baptistas, metodistas y cuáqueras³⁴⁶. Si, por un lado, extendió la tolerancia religiosa a todos los protestantes que vivían en las colonias; por otro lado, se sustituyó el requisito de tener propiedades por el de ser miembro de la Iglesia para poder votar³⁴⁷. Además, se reconocía jurídicamente algo obvio, pero difícil de reconocer por los Estados-nación: que Inglaterra era una sociedad plural³⁴⁸.

La *Act of Toleration* eximía a las protestantes disidentes de ser penados por no atender a los servicios ofrecidos por la Iglesia Anglicana, garantizaba el derecho de las congregaciones disidentes a reunirse públicamente y permitió el acceso al Parlamento de la mayoría de disidentes protestantes; aunque es de resaltar que el preámbulo de la norma obvia cualquier tipo de justificación de la necesidad de implementar la tolerancia religiosa, ya sea de naturaleza filosófica, teológica o de cualquier otro tipo³⁴⁹. Una vez más resulta patente la relación entre la dura lucha política e intelectual de los grupos que defienden diversas visiones religiosas del mundo y la consecución de cierto grado de tolerancia religiosa³⁵⁰. A mitades del siglo XVII un buen número de pensadores defendieron la aplicación de una efectiva libertad religiosa como una exigencia

³⁴⁴ MURPHY: *Conscience...*, *op. cit.*, pp. 6, 80 y 135.

³⁴⁵ Tal y como enfáticamente pone de manifiesto KAPLAN: *Divided...*, *op. cit.*, p. 137. No solo califica de "irónico" tal hecho, sino que además realza la incomodidad que causaba la palabra "tolerancia".

³⁴⁶ GILL, Anthony: *The political origins of religious liberty*. 1ª edición. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 89. En referencia a la Toleration Act se ha afirmado que "*after the Dutch Republic, this was the closest thing in early modern Europe to a disestablishment of religion*". KAPLAN: *Divided...*, *op. cit.*, p. 348.

³⁴⁷ REICHLEY: *Religion...*, *op. cit.*, p. 60.

³⁴⁸ "*The Act of Toleration recognized that, from a religious point of view, England was, and has remained, a pluralist society*". TRIGG, Roger: *Equality, freedom & religion*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 70.

³⁴⁹ MURPHY: *Conscience...*, *op. cit.*, pp. 124 y 160. Para dicho autor, a pesar de la mejora que significó la *Toleration Act* (se la califica incluso de "*major step in the history of religious freedom*" o de ocupar "*a crucial place in the history of religious liberty*"), su extensión era mucho menor que la normativa al respecto promulgada por Cromwell y la Declaración de Indulgencia del rey Jaime y se pone de manifiesto la retención del monopolio anglicano en materia funcional establecida por la *Test Act* (pp. 127 y 162).

³⁵⁰ En dicho sentido *vid.* MURPHY: *Conscience...*, *op. cit.*, p. 23. Dicho autor refiere como la historia de Inglaterra y Estados Unidos demuestra que las persecuciones más permanentes y exitosas en materia de tolerancia religiosa tienen lugar más bien a finales que a principios del siglo XVII, y que fueron producto de duras luchas políticas.

indispensable para el óptimo desarrollo de la vida comercial. En este sentido se pueden citar nombre como HENRY PARKER o HENRY ROBINSON³⁵¹.

Como defensor de la libertad religiosa en la Gran Bretaña es menester citar a THOMAS PAINE, que fue el primer autor inglés del siglo XVIII que defendió la libertad de conciencia con todas sus consecuencias: incluyó creyentes y no creyentes. Asimismo, era partidario del pluralismo religioso y de la separación entre la religión y el Estado. Concretamente se trataba de un deísta con creencias cuáqueras³⁵². En el Reino Unido la tolerancia religiosa se irá imponiendo conforme se avanza hasta finales del siglo XVIII y la soberanía popular se va reforzando en detrimento de la influencia de los Lores y la nobleza. Es decir, conforme avanza el imparable proceso de industrialización y la economía agraria entra en decadencia, la tolerancia religiosa se impone cada vez en un mayor grado.

Hasta principios del siglo XIX los políticos en la Gran Bretaña no tuvieron claro que para alcanzar la estabilidad social necesaria que les permitiera un óptimo desarrollo económico era un requisito insoslayable la implantación de la tolerancia religiosa en unos términos amplios. Además, a ello cabe añadir que los anglicanos temían el revanchismo de los disidentes y de los católicos, por lo que no es hasta finales del siglo XIX que la tolerancia religiosa se impone por razones pragmáticas y como un instrumento necesario para impulsar adecuadamente el desarrollo industrial del país³⁵³.

En relación a la defensa de la libertad religiosa hay que citar a JOHN STUART MILL (1806-1873), uno de los padres del liberalismo clásico y gran defensor de las libertades individuales, incluida la libertad religiosa³⁵⁴.

Se tuvo que esperar a la "*Catholic Relief Act*" de 1829 para que la vida pública se abriera legalmente a los católicos. Por ejemplo, a partir de entonces podían ser elegidos como parlamentarios. Respecto los judíos hay que recordar que fueron expulsados de Inglaterra en 1290. A diferencia de lo ocurrido en España, fueron readmitidos por CROMWELL en 1656, como se ha dicho ya, por razones meramente prácticas: para que las autoridades inglesas pudieran hacer uso de sus servicios políticos y financieros. Fueron simplemente tolerados, pues estaban sometidos a severas limitaciones y restricciones jurídicas. Dichas restricciones legales no desaparecieron hasta 1890³⁵⁵.

³⁵¹ KAMEN: *Intoleranz...*, op. cit., pp. 182-183.

³⁵² CELADOR ANGÓN, Óscar: *Religión y política en el Reino Unido en el Reino Unido en el siglo XVIII*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 85-89.

³⁵³ CELADOR ANGÓN: *Religión...*, op. cit., pp. 24-25. Se examina la evolución de la tolerancia religiosa en el Reino Unido, especialmente en pp. 43 a 79 y pp. 98 a 102.

³⁵⁴ De dicho autor es la siguiente reflexión: "*The great writers to whom the world owes what religious liberty it possesses have mostly asserted freedom of conscience as an indefeasible right, and denied absolutely that a human being is accountable to others for his religious belief. Yet so natural to mankind is intolerance in whatever they really care about, that religious freedom has hardly anywhere been practically realised, except where religious indifference, which dislikes to have its peace disturbed by theological quarrels, has added its weight to the scale. In the minds of almost all religious persons, even in the most tolerant countries, the duty of toleration is admitted with reserves. One person will bear with dissent matters of church government, but not of dogma; another can tolerate everybody, short of a Papist or a Unitarian; another everyone who believes in revealed religion; a few extend their charity a little further, but stop at the belief in a God and in a future state. Wherever the sentiment of the majority is still genuine and intense, it is found to have abated little of its claim to be obeyed*". STUART MILL: "On liberty", en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., p. 93. Sobre la obra de John Stuart Mill y su concepción de libertad puede examinarse BERLIN: *Four essays...*, op. cit., pp. 173-206.

³⁵⁵ FREDMAN: *Discrimination...*, op. cit., pp. 76-77.

Poco a poco pues se fue reconociendo la diversidad del país, una característica que se ha mantenido hasta la actualidad. Una diversidad que ha resultado mucho más enriquecedora que la homogeneidad que se había pretendido hasta entonces. Un buen ejemplo de diversidad enriquecedora se puede constatar por ejemplo en Londres y en muchas otras gran ciudades inglesas. De este modo, se han materializado finalmente los postulados de JOHN STUART MILL: *"It is not by wearing down into uniformity all that is individual in themselves, but by cultivating it, and calling it forth, within the limits imposed by the rights and interests of others, that human beings become a noble and beautiful object of contemplation; and as the works partake the character of those who do them, by the same process human life also becomes rich, diversified, and animating, furnishing more abundant aliment to high thoughts and elevating feelings, and strengthening the tie which binds every individual to the race, by making the race infinitely better worth belonging to. In proportion to the development of his individuality, each person becomes more valuable to himself, and is therefore capable of being more valuable to others"*³⁵⁶.

4.3. Tolerancia religiosa en el Brandemburgo del Gran Elector Federico Guillermo I y en la Polonia de Esteban Báthory

El Gran Elector de Brandeburgo ("*Große Kurfürst*"), Federico Guillermo I (1620-1688), fue un convencido partidario de la implantación de la tolerancia religiosa en Prusia. La citada tolerancia era el instrumento ideal para mantener el orden y evitar revueltas internas; promover el comercio y potenciar un ambicioso plan de colonización interna, es decir, dentro del territorio cuyo gobierno ya estaba en manos del Gran Elector. El calvinismo en Brandemburgo permitió el crecimiento territorial del Estado, ya que facilitó anexiones territoriales por medio de la asimilación; y favoreció de manera decidida el crecimiento económico. Téngase en cuenta que la mayoría de colonos e inmigrantes no eran luteranos, sino calvinistas. En Brandemburgo desde el poder se instó a la unión entre luteranos y calvinistas. Se puso de manifiesto que las tesis teológicas más importantes eran compartidas por las dos confesiones. Y aquellos puntos no compartidos en su gran mayoría no eran relevantes. Además, de este modo el Estado estaba más preparado para enfrentarse al catolicismo si se daba el caso. Por el contrario, la persecución de disidentes por razones religiosas era considerada no conforme a las enseñanzas del Evangelio.

La política de tolerancia religiosa llevada a cabo por Federico Guillermo I, y destinada a ser continuada por sus sucesores³⁵⁷, fue ejecutada mediante edicto por causa del pleno convencimiento propio del mismo gobernante, que era consecuente con sus postulados individuales como creyente; así como por evidentes razones políticas y económicas de carácter pragmático. De este modo, los católicos y los miembros de otras sectas protestantes también estaban protegidos por la política de tolerancia religiosa, siempre y

³⁵⁶ STUART MILL: "On liberty", en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., p. 137.

³⁵⁷ Al respecto, especialmente para el período comprendido entre 1788 a 1794, se puede consultar CONRAD: "Religionsbann...", en AAVV: *Zur Geschichte...*, op. cit., pp. 180-187. En dicho contexto se han de citar juristas de la talla de Samuel Freiherr von Pufendorf (1632-1694) o Christian Freiherr von Wolff (1679-1754), ambos de la *Naturrechstschule*. En español puede consultarse ROCA FERNÁNDEZ, María José: "Aplicación de las medidas de tolerancia religiosa en Prusia y Austria". *Revista de Derecho Canónico*, 2007, núm. 64, pp. 801-817.

cuando no llevaran a cabo actos de propaganda. Asimismo, también se impusieron otros límites a los católicos. Por ejemplo, no se permitió el establecimiento de los jesuitas.

En el contexto de los odios religiosos que primaban por toda Europa, Brandemburgo se convirtió en el destino y refugio de inmigrantes de los más variados orígenes: Suiza, Holanda, Polonia, Austria, Francia, etc. Un gran número de dichos nuevos pobladores aportaban a la tierra de acogida un buen nivel cultural y profesional, con lo que se inició una nueva era espiritual y económica, que abarcó tanto el comercio como a la agricultura³⁵⁸.

En Polonia también se puede encontrar un modelo de coexistencia religiosa que produjo grandes frutos para la población. En 1574 fue proclamado rey de Polonia el príncipe de Transilvania, Esteban Báthory (1533-1586), que reinó hasta su muerte en 1586. Aunque era católico romano, siempre aceptó las normas constitucionales vigentes en Polonia que garantizaban la coexistencia religiosa entre las diferentes confesiones, resolviendo de forma inteligente confrontaciones como, por ejemplo, el levantamiento de Danzig (cuya población era predominantemente alemana y protestante) a inicios de su reinado. No es casual en relación a dicha forma de gobernar que Báthory hubiera estudiado en Padua y poseía una amplia formación humanista. Así pues, durante su gobierno y gracias al fortalecimiento de la coexistencia religiosa, en el cual contribuyó sobremanera su gran canciller Juan Zamoyski, Polonia fue objeto de un gran desarrollo y consiguió muchos éxitos militares³⁵⁹.

4.4. Los Países Bajos como paradigma de la tolerancia religiosa en una sociedad plural

Uno de los focos geográficos de mayor difusión y aplicación de la tolerancia religiosa se puede hallar en el contexto de las provincias del norte de Holanda. Las denominadas Provincias Unidas conformaban una república de tipo federal donde predominaban los movimientos protestantes (sobre todo los calvinistas) y que estaban en pugna continua con el sur, dominado por España y con predominio católico. Por la Unión de Utrecht (1579) las siete provincias del norte de los Países bajos se habían proclamado independientes de España. En este contexto hay que destacar al líder de los holandeses, Guillermo de Nassau, príncipe de Orange (1533-1584), siempre en contra de las persecuciones religiosas que, entre otros motivos, se erigían como un claro obstáculo al comercio³⁶⁰. Fue colaborador del Gobierno de Margarita de Parma, pero después se convirtió al calvinismo y fue uno de los líderes de la independencia, como consecuencia del desastroso gobierno español del territorio³⁶¹.

³⁵⁸ RICHARDSON, Oliver H.: "Religiöse Toleranz unter dem grossen Kurfürsten und ihre pracktischen Ergebnisse", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 1-16; KAMEN, Henry: *Intoleranz...*, *op. cit.*, pp. 192-194; KAPLAN: *Divided...*, *op. cit.*, pp. 160-161.

³⁵⁹ VÖLKER, Karl: "Stefan Bathorys Kirchenpolitik in Polen", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 64-92; ELLIOTT: *La Europa...*, *op. cit.*, pp. 242-244.

³⁶⁰ KAMEN: *Intoleranz...*, *op. cit.*, p. 148.

³⁶¹ ELLIOTT: *La Europa...*, *op. cit.*, pp. 126-143 y 261-268; KAPLAN: *Divided...*, *op. cit.*, pp. 107-110; LUTZ: *Reforma...*, *op. cit.*, pp. 140-143.

En el norte convivía una gran pluralidad de gentes, una minoría católica incluida, lo que determinaba que la tolerancia religiosa se impusiera como una necesidad y, como consecuencia de la guerra civil, se discutieran de forma intensiva avanzados planteamientos al respecto³⁶²; lo que provocó a su vez, junto con la recepción continua de inmigrantes perseguidos en otros lugares, un gran desarrollo económico³⁶³. Por ejemplo, en el Rotterdam del siglo XVII se podían encontrar hasta diez religiones diferentes, cosa imposible de concebir o ni siquiera imaginar en países como España. Dicha pluralidad religiosa se daba también en otras zonas de las Provincias Unidas y que se extendía asimismo a una pluralidad lingüística. Los habitantes del norte de los Países Bajos no compartían tampoco una historia común. Esta falta de elementos comunes se erigió en fundamento de la unidad en el tiempo de las provincias norteñas que aportaban una evidente ventaja económica y política a sus copartícipes³⁶⁴.

Un gran desarrollo cultural y económico tuvo lugar en la Ámsterdam de SPINOZA por las mismas razones, y que siempre ha sido un símbolo de la diversidad y la tolerancia³⁶⁵. Si sobre el año 1600 el país era el centro del capitalismo mundial, se ha dicho que Ámsterdam llegó a controlar un tercio del comercio mundial y su población contaba con un tercio de inmigrantes³⁶⁶.

La motivación económica asimismo estuvo muy presente en la garantía de tolerancia religiosa en la creación y posterior desarrollo de la colonia americana de Nueva Ámsterdam, que luego se convertiría en Nueva York cuando los ingleses tomaron su control³⁶⁷. De este modo, muchos alcaldes calvinistas condenaban las falsas religiones, pero al mismo tiempo garantizaban la tolerancia religiosa a los creyentes de las otras confesiones cristianas con el fin de conseguir un mayor auge económico y garantizar la estabilidad social³⁶⁸. Como símbolo del renacimiento cultural de las Provincias Unidas hay que citar a DIRCK VOLCKERTSZOON COORNHERT (1522-1590), escritor, filósofo, traductor político y teólogo, y cuya obra más conocida es "*El Sínodo de la libertad de conciencia*" (1582).

No es casual que en las Provincias Unidas primara la tolerancia y, por ejemplo, las ejecuciones por brujería cesaran allí siglos antes que en otros lugares de Europa: era el

³⁶² LUTZ: *Reforma...*, op. cit., p. 284. En el mismo sentido: KAPLAN: *Divided...*, op. cit., pp. 109-110, y 174.

³⁶³ "Religious freedom came of political necessity, but it opened the door for an economic boom. French Huguenots began fleeing north beginning in the early seventeenth century and continued to arrive as King Louis XIV tightened the vice on them". GILL: *The political...*, op. cit., p. 81.

³⁶⁴ PARKER: *Europe...*, op. cit., pp. 139-140.

³⁶⁵ "Sirva de ejemplo la ciudad de Ámsterdam, la cual experimenta los frutos de esta libertad en su gran progreso y en la admiración de todas las naciones. Pues en este Estado tan floreciente y en esta ciudad tan distinguida, viven en la máxima comodidad todos los hombres de cualquier nación y secta (...). Y no existe en absoluto una secta tan odiosa que sus miembros (con tal que no hagan daño a nadie y den a cada uno lo suyo y vivan honradamente) no estén protegidos con la autoridad y el apoyo público de los magistrados". SPINOZA: *Tratado...*, op. cit., p. 422.

³⁶⁶ "The largely self-governing cities, such as Amsterdam, Utrecht, and Haarlem, faced citizenries of equal civic standing, but administered welfare rights and economic perks according to their citizens' religious communities. Some were treated better than others, but none was left entirely without a stake in the system. Even the so-called sects of Armenians and Anabaptists, as well as the Jewish community, were awarded welfare rights, and sometimes civic perks, on the basis of their religious affiliation". BAUMANN: *The multicultural...*, op. cit., pp. 11-12.

³⁶⁷ GILL: *The political...*, op. cit., pp. 94-95.

³⁶⁸ KAMEN: *Intoleranz...*, op. cit., p. 222.

lugar de origen de ERASMO de Rotterdam, donde sus doctrinas sobre la tolerancia y la moderación en todas las facetas de la vida tuvieron siempre un lugar preeminente³⁶⁹.

El posterior desarrollo de las libertades de conciencia y religión en Holanda se acentúa en el marco de la Europa postrenacentista, donde destaca asimismo la importancia de la libertad de expresión. De este modo, con la aparición de los primeros periódicos y la multiplicación de publicaciones de toda índole, en Holanda salen a la luz tratados y libros que posteriormente eran distribuidos a otros países europeos donde la censura era más estricta. Aunque en Holanda existía también censura y se intentaba fiscalizar lo publicado, la estructura federal de la república imposibilitaba una censura más estrecha de las obras salidas de imprenta³⁷⁰. En la Holanda del siglo XVII se podían encontrar ni más ni menos que unos cuatrocientos impresores y libreros, extremo que arroja una idea del movimiento cultural y la libertad existente en dicha república³⁷¹. El disfrute de las libertades individuales (de conciencia, de expresión, etc.) en la Holanda continental como en las colonias de ultramar provocaron un gran desarrollo económico, jurídico y cultural³⁷².

4.5. Razón y tolerancia religiosa en el siglo XVII

Como defensores de la tolerancia religiosa del siglo XVII, la denominada era de la razón, se pueden citar pensadores como SPINOZA, LOCKE, MILTON, BAYLE O PENN.

³⁶⁹ HUIZINGA: *Erasmus...*, op. cit., pp. 193-194.

³⁷⁰ PARKER: *Europe...*, op. cit., p. 304.

³⁷¹ KAMEN: *Intoleranz...*, op. cit., p. 232. La tolerancia en las Provincias Unidas del Norte se palpaba en el día a día, desde el ámbito privado hasta la libertad de expresión e imprenta: "La tolerancia práctica, en efecto, fue una de las características de Holanda. Se refleja hasta en la decoración doméstica, neutral y secularizada en los ámbitos de recepción y conversación, sacra y confesional en los espacios más íntimos y privados. En los intercambios y en la expansión comercial envidiada por otras potencias. En el cosmopolitismo religioso de Ámsterdam, refugio de todos, incluidos los judíos con su brillantísima sinagoga, la más poblada y activa de Europa. Y en los libros. Porque la lucha por la tolerancia, como puede dilucidarse sin dificultad, fue una empresa ardua, de minorías, en la que el libro y la lectura fueron sus mejores instrumentos. Y en Holanda se imprimieron los libros decisivos por la tolerancia". EGIDO LÓPEZ: "Época moderna...", en AAVV: *La tolerancia...*, op. cit., p. 81.

³⁷² Un ejemplo de ello es el desarrollo del derecho de seguros con participación de cristianos y judíos: "Toward the end of the seventeenth century, we witness a growing number of insurance policies that conform to the cross-cultural typology. That is to say, a mixture of both Christian and Jewish merchants began to compose the group of insurers as well as the group insured. The result was a transformation of the insurance activity from a hierarchical to a horizontal cross-cultural association. Rather than agreement between Christians and Jews, insurance contracts brought together religiously diverse groups of merchants on both sides of the contracting agreement. By spreading the risk evenly among and throughout both business communities, one could gather more capital and insurance a higher number of ventures than if the capital of the insurers was entrenched in the financial capacity of one religious group alone. The reason for this transformation was the growing stabilization of the Dutch process of expansion in Asia and the Atlantic. Sephardic businessmen who until then had to operate within the grey areas of the territorial and maritime routes that the United Provinces and the Iberian empires disputed during most of the seventeenth century could now trade in the open across all of the Dutch overseas dominions". ANTUNES, Cátia: "Cross-cultural business cooperation in the Dutch trading world, 1580-1776", en AAVV: *Religion and trade. Cross-cultural exchanges in world history, 1000-1900*. 1ª edición. Nueva York: Oxford University Press, 2014, p. 156. Se trata de un interesante trabajo que refleja bien cómo diferentes confesiones religiosas han cooperado de manera sostenida en el tiempo en materia económica. A resaltar la utilización como fuentes primarias de las escrituras notariales de la época.

La obra de SPINOZA es producto de la libertad de creencias que se respiraba en el norte de los Países Bajos. En dicho territorio encontró refugio asimismo DESCARTES (1629-1649) o JOHN LOCKE (1683-1688), por citar dos ejemplos. En 1670 SPINOZA, descendiente de judíos portugueses y residente en Ámsterdam como consecuencia de la actividad represiva de la Inquisición, publicó una obra muy polémica y prohibida en muchos lugares y épocas: el *Tratado teológico-político*. En dicha obra el autor defendía ideas como la siguiente: “*Los hombres son de un natural sumamente variado, y uno simpatiza más con estas opiniones y otros con aquéllas; y lo que a uno impulsa hacia la religión, a otro le suscita la risa, llevo a la conclusión (...): que hay que dejar a todo el mundo la libertad de opinión y la potestad de interpretar los fundamentos de la fe según su juicio, y que sólo por las obras se debe juzgar si la fe de cada uno es sincera o impía*”³⁷³.

Como otros autores de la época, SPINOZA diferencia netamente las funciones que ha de llevar a cabo el Magistrado, como autoridad pública, y las de la autoridad eclesiástica. Asimismo, cada individuo ha de tener total libertad para pensar, incluido en el ámbito religioso. Ahora bien, la autoridad suprema para interpretar las leyes que conforman el Derecho público ha de recaer en el Magistrado, a quien no le incumbe el pensamiento que cada uno pueda tener en materia religiosa³⁷⁴. El derecho a pensar, juzgar, enseñar y hablar libremente, aunque se tengan opiniones distintas o contrarias, debería ser limitado sólo cuando se fuera más allá del uso de la razón y se utilizaran engaños o se provocara la ira o el odio contra el Estado o contra otros ciudadanos³⁷⁵. Por las citadas características, el *Tratado teológico-político* se erige como una obra de gran trascendencia histórica y política, que representa un gran avance en la construcción dogmática de la libertad religiosa, especialmente en su vertiente de libertad de conciencia individual³⁷⁶. El autor, gran lector de la obra de DESCARTES, fue excomulgado por la comunidad judía de Ámsterdam, e incluso fue calificado de ateo³⁷⁷. Por razón de tales tribulaciones teológicas y existenciales UNAMUNO llegó a afirmar lo siguiente en su estilo característico: “*Este pobre judío portugués, desterrado en las nieblas holandesas, no pudo llegar a creer nunca en su propia inmortalidad personal, y toda su filosofía no fue sino una consolación que fraguó para su falta de fe. Como a otros les duele una mano, o un pie, o el corazón, o la cabeza, a Spinoza le dolía Dios*”³⁷⁸.

El concepto moderno de libertad encuentra sus raíces en la libertad religiosa, como elemento clave de la más amplia libertad de conciencia. Y en la configuración moderna

³⁷³ SPINOZA: *Tratado...*, *op. cit.*, p. 70.

³⁷⁴ SPINOZA: *Tratado...*, *op. cit.*, p. 221. El autor es partidario de una total separación entre Estado y el ámbito eclesiástico y contrario a que se legisle sobre las opiniones: “*Es muy peligroso, tanto para la religión como para el Estado, otorgar a los sagrados ministros algún derecho de legislar o de administrar los asuntos del Estado*” (pp. 390-391).

³⁷⁵ SPINOZA: *Tratado...*, *op. cit.* pp. 414-416.

³⁷⁶ Respecto a dicha obra se ha llegado a afirmar que representa “*a major step in the history of toleration since it emphasized not toleration of religious expression or worship based on religious principles, but rather freedom of individual thought*”. SCHWARTZ: *All can...*, *op. cit.*, p. 58.

³⁷⁷ Un calificativo el de ateo que como es bien sabido no acaba de resultar cierto en el caso de Spinoza. Entre la abundante bibliografía que ha tratado el tema, se ha apuntado, por ejemplo, lo siguiente: “*He was excommunicated by the Amsterdam rabbinate because, they said, he was an atheist. But he actually gave something he called «God» the central, dominant place in his intricate rationalist metaphysics, and the Romantics of a later century therefore called him «god-intoxicated*». DWORKIN, Ronald: *Religion without god*. 1ª edición. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 38.

³⁷⁸ DE UNAMUNO Y JUGO, Miguel: *Del sentimiento trágico de la vida*. 1ª edición. Barcelona: Altaya, 1993, p. 25.

de la libertad a finales del siglo XVII hay que citar la obra de LOCKE, quien en su juventud experimentó de cerca la intolerancia religiosa. En su visión liberal del mundo, jugaba un importante papel la tolerancia religiosa. El *Ensayo sobre la tolerancia* (1666) y la *Carta sobre la tolerancia* escritos por LOCKE son hitos del pensamiento liberal y, por ende, del rol que debe jugar el Estado en materia religiosa. Mas la obra del pensador inglés aún dista de describir el concepto de libertad religiosa tal y como se reconoce en la actualidad, aunque se apuntan ya algunas de sus características más esenciales. Así, es conocido que la tolerancia religiosa de LOCKE dejaba fuera de su ámbito de aplicación a los creyentes católicos, siempre considerados como una amenaza³⁷⁹, y los ateos³⁸⁰. A diferencia de LOCKE, KANT sí defendía la libertad de conciencia de los ateos³⁸¹. Se ha afirmado que la obra de LOCKE en materia de tolerancia es significativa, no por aportar nuevos argumentos en relación a dicha tolerancia religiosa, sino porque sintetiza casi un siglo de debate sobre dicha cuestión de naturaleza política³⁸². Así, la obra de LOCKE está claramente influenciada, a modo de ejemplo, por las doctrinas de ROGER WILLIAMS³⁸³.

En su *Ensayo sobre la Tolerancia* el pensador liberal enfatiza que “*las opciones especulativas y el culto divino, son las únicas cosas que tienen derecho absoluto y universal a la tolerancia*”³⁸⁴. Dichos elementos quedan fuera de la competencia de la autoridad civil al no afectar la relación entre los ciudadanos, ni al orden público. De esta forma se defiende que la tolerancia deba regir en las relaciones entre el Estado y el ciudadano, pero también entre los ciudadanos en sus relaciones. En la *Carta sobre la tolerancia*, LOCKE afirma que “*la tolerancia de aquellos que disienten de otros en materia de religión se aviene tanto al Evangelio y a la razón que parece monstruoso que haya hombres tan ciegos en medio de una luz tan clara*”³⁸⁵. El autor es partidario de garantizar una tolerancia ilimitada al modo de rendir culto a la divinidad, al tratarse de una relación estrictamente privada entre Dios y el ciudadano. Así, tanto en el *Ensayo*, como en la *Carta sobre la Tolerancia*, el autor define netamente cual debe ser el ámbito del poder político y cual el de la Iglesia, caracterizándose su obra por ser una apología de la estricta separación entre el Estado y la Iglesia. La discriminación y la intolerancia religiosa deben suprimirse, ya no por razones éticas, sino para contribuir a la paz y seguridad del Estado³⁸⁶.

BAYLE puede ser considerado como uno de los padres del ideario más radical de la Ilustración, al contrario del perfil más conservador de LOCKE. Fue uno de los primeros autores ilustrados que defendió una tolerancia religiosa completa; separó la moralidad de

³⁷⁹ “*Los papistas no deben disfrutar del beneficio de la tolerancia porque, si tuvieran poder, pensarían que deben negarles dichos beneficios a los demás*”. LOCKE: *Ensayo...*, *op. cit.*, p. 46.

³⁸⁰ “*No deben ser tolerados en ninguna forma quienes niegan la existencia de Dios. Las promesas, convenios y juramentos, que son los lazos de la sociedad humana, no pueden tener poder sobre un ateo*”. LOCKE: *Ensayo...*, *op. cit.*, p. 110.

³⁸¹ NUSSBAUM: *Liberty...*, *op. cit.*, p. 73.

³⁸² MURPHY: *Conscience...*, *op. cit.*, p. 126. Dicho autor desarrolla la citada idea en pp. 149-151 y el pensamiento de Locke sobre la tolerancia en pp. 219-226.

³⁸³ LEE MILLER: *The first...*, *op. cit.*, p. 176. Para una comparación entre el pensamiento de Williams con el de Locke y Rawls puede consultarse NUSSBAUM: *Liberty...*, *op. cit.*, pp. 34-71

³⁸⁴ LOCKE: *Ensayo...*, *op. cit.*, p. 26.

³⁸⁵ LOCKE: *Ensayo...*, *op. cit.*, p. 65.

³⁸⁶ LOCKE: *Ensayo...*, *op. cit.*, p. 114.

la teología; basó la moral exclusivamente en la razón humana; y recuperó para su época las ideas de SPINOZA, del cual fue un acérrimo defensor³⁸⁷.

4.6. Desarrollo de la tolerancia religiosa en las colonias británicas y las figuras de William Penn y Roger Williams

La aparición de la tolerancia religiosa también puede situarse en el desarrollo de las colonias británicas en el continente americano, que gozaban de una acentuada pluralidad de pobladores³⁸⁸. ALEXIS DE TOCQUEVILLE (1805-1859) observó cómo los pobladores de las colonias habían llevado consigo desde el Viejo Continente una forma de cristianismo que mezclaba los ideales democráticos con una visión republicana y original de la religión, lo que condicionó desde un principio la relación entre religión y poder secular en los Estados Unidos de América³⁸⁹. Dicha originalidad es precisamente una de las características que se ha de enfatizar del desarrollo de la libertad religiosa en las colonias americanas de corte anglosajón. Si bien es cierto que la intransigencia religiosa, heredada y trasplantada desde Europa, fue un elemento muy extendido en varias de las colonias (especialmente contra los católicos); no es menos cierto que una vez la libertad religiosa se fue imponiendo paulatinamente hasta materializarse la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, dicha concepción de libertad religiosa ha brillado por su originalidad. Es evidente que su configuración fue influenciada por las tesis de pensadores europeos como LOCKE, pero su génesis y su formulación final guardan características que la diferencian de su configuración en Europa; se trata de una cristalización de la experiencia de los colonos norteamericanos a la hora de resolver sus disputas de modo diferente a la Europa de la época³⁹⁰.

³⁸⁷ ISRAEL, Jonathan: *A revolution of the mind. Radical Enlightenment and the intellectual origins of modern democracy*. 1ª edición. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 239.

³⁸⁸ "By today's standards, the colonies would look homogenous. Yet by the standards of the day, Colonial America was diverse, and the American colonists had to find a way to negotiate their differences. The solution at which they arrived in the eighteenth century paved the way for what would become the most diverse nation on earth, religiously and otherwise". MURRAY, Bruce T.: *Religious liberty in America. The First Amendment in historical and contemporary perspective*. 1ª edición. Amherst: University of Massachusetts, 2008, p. 9.

³⁸⁹ "The greatest part of British America was peopled by men who, after having shaken off the authority of the Pope, acknowledged no other religions supremacy: they brought with them into de New World a form of Christianity which I cannot better describe than by styling it a democratic and republican religion. This contributed powerfully to the establishment of a republic and a democracy in public affairs; and from the beginning, politics and religion contracted an alliance; which has never dissolved". DE TOCQUEVILLE, Alexis: *Democracy in America*. 1ª edición. Londres: Wordsworth, 1998, p. 118. Un somero examen de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de los Estados Unidos demuestra que el autor no se equivocaba en su aserto: tal alianza continúa en la actualidad en la súper-potencia.

³⁹⁰ La originalidad estrictamente americana en la evolución y final configuración de la libertad religiosa es apuntada por MILLER, Robert T. y FLOWERS, Ronald B.: *Toward benevolent neutrality: Church, State, and the Supreme Court*. 4ª edición. Waco: Markham Press Fund of Baylor University Press, 1992, p. 1. Asimismo, sobre las particularidades del hecho religioso en los Estados Unidos puede consultarse BLOOM, Harold: *La religión americana*. 1ª edición. Madrid: Santillana, 2009. Dicho autor señala que "el cristianismo tradicional encaja en Estados Unidos casi tan mal como la cultura europea. Nuestra profunda necesidad de originalidad nos dio a Joseph Smith, al igual que nos dio Emerson y Emily Dickinson, Whitman y Melville, Henry y William James, igual que nos dio a Lincoln, que fundó nuestra casi todopoderosa presidencia" (p. 131). Se ha dicho también que "American writings about religious liberty were in conversation with similar work in England, and there are striking similarities between the arguments used in Williams's two

Algunas de las citadas colonias constituyen lo que es conocido como Nueva Inglaterra (*New England*). Resultan especialmente interesantes las interacciones de las gentes de una colonia netamente protestante, como era la de Nueva Inglaterra, con predominio de las tesis calvinistas, con personas de creencias católicas y de habla francesa. Así, es de resaltar que dicha población sufrió una fuerte evolución de sus creencias desde un punto de partida radicalmente anticatólico hacia postulados mucho más flexibles como consecuencia de su entrada en contacto con los católicos de la vecina colonia de Quebec, que fue invadida, y con la alianza que se fraguó con Francia. Es decir, los soldados revolucionarios americanos entraron en contacto con personas francófonas y con creencias católicas. Asimismo, la población de Nueva Inglaterra conoció de primera mano a los soldados franceses.

Dicha alianza, concluida en febrero de 1778, tenía por objeto la cooperación militar para hacer frente a un enemigo común, cuya religión oficial también era paradójicamente protestante: la anglicana Gran Bretaña. Dicha mutación ideológica y religiosa se produjo en el contexto de lucha que llevaría a la independencia de los Estados Unidos de América. Téngase en cuenta que los colonos protestantes en su gran mayoría nunca habían entrado en contacto con personas que no fueran de ninguna de las denominaciones protestantes, por lo que su visión de los católicos fue construida sobre tópicos y prejuicios. El paulatino conocimiento de lo desconocido por parte de los protestantes de Nueva Inglaterra tuvo como consecuencia un paulatino apartamiento de las actitudes anticatólicas promovidas por los líderes espirituales calvinistas, por lo que se empezó a tolerar poco a poco a los católicos, a veces por razones más prácticas (por ejemplo, la citada alianza con Francia), que puramente religiosas³⁹¹.

El paradigma de la aparición de la tolerancia religiosa lo constituyen los casos de Massachusetts y Pennsylvania, donde la tradición liberal angloamericana jugó un papel crucial. Precisamente la tolerancia religiosa apareció como reacción a la imposición desde el poder político de cualquier ortodoxia religiosa, como valoración de la libertad de conciencia por encima del interés comunitario. Ello supuso el quebrantamiento del principio aplicado rígidamente en Europa de *cuius regio eius religio*³⁹². En el contexto del estudio de la aparición de la tolerancia religiosa en la Gran Bretaña y las colonias americanas de corte anglosajón se ha ofrecido la siguiente definición de tolerancia religiosa en un sentido amplio: "*Governmental response to religious dissent or diversity in society, a response that eschews coercion and extends legal protection to adherents of*

most influential books (published in England in 1644 and 1652) and those used later and more famously by John Locke. Nonetheless, the American tradition has some distinctive features that ultimately proved valuable in forging our constitutional heritage". NUSSBAUM: Liberty..., op. cit., p. 36.

³⁹¹ Esta tesis es la postulada en la obra HANSON, Charles P.: *Necessary Virtue. The pragmatic origins of religious liberty in New England*. 1ª edición. Charlottesville: University Press of Virginia, 1998. Dicho autor pone de manifiesto de forma gráfica cómo afrontan los revolucionarios americanos y sus antagonistas británicos su posición en relación a los católicos como consecuencia de la alianza entre franceses y americanos: "*This placed the Patriots and their British enemies in the oddly symmetrical position of having to disavow their respective positions on Catholic toleration in general and the Quebec Act in particular. The Americans claimed that they had emerged from the era of tribal hatreds into a new aged of tolerant humanism. The partisans of the king, meanwhile, were moving in the opposite direction, forgetting their recent enthusiasm for liberality as they hurled invective at the Catholic-loving rebels*" (p. 85). Así pues, una vez más razones eminentemente prácticas decantan la balanza a favor de la tolerancia religiosa.

³⁹² MURPHY: *Conscience...*, op. cit., pp. 3-4.

non-mainstream religious groups". En un sentido más restrictivo, la tolerancia religiosa sería "a strictly «negative» liberty, fitting in well with classical liberalism and other traditions that stress liberty as the absence of constraint (...). Toleration may involve permitting unpopular forms of religious expression and protecting individual rights to engage in such activities". Desde este punto de vista el poder político debe garantizar que los grupos religiosos tolerados puedan reunirse sin que se ejerza ningún tipo de represión sobre ellos. Es decir, desde el prisma del liberalismo clásico, la tolerancia religiosa establece una precondition de libertad negativa a partir de la cual la verdadera libertad religiosa podrá construirse. En sus inicios, los partidarios de la tolerancia religiosa estaban lejos de exigir una igualdad real, sino que sus argumentos eran de tipo negativo. Dichos toleracionistas no buscaban una verdadera igualdad social, sino el derecho a que el poder no se entrometiera en sus creencias o cultos. Se trataba de conseguir un *modus vivendi*, un sistema de convivencia que evitara todo derramamiento de sangre, que era la manera tradicional en que se solucionaban los conflictos religiosos. Así, no se postulaba una actitud positiva del poder, sino la abstención de dicho poder en materia religiosa. A partir del siglo XVII, la consecución de la tolerancia religiosa emergió como un elemento capital de los valores liberales³⁹³.

El ascenso de Jaime I al trono de Inglaterra en 1603 y su sucesor Carlos I (1625-1649) supusieron una gran persecución sobre los puritanos, especialmente los denominados "separatistas", es decir, partidarios de abandonar el seno de la Iglesia de Inglaterra. Dicha política intolerante con las disensiones religiosas provocó que un gran número de puritanos separatistas buscaran asilo en los Países bajos, donde encontraron un alto nivel de tolerancia. Un buen número de dichos puritanos ingleses asilados en los Países bajos emprendieron posteriormente su marcha hacia el Nuevo Mundo por diversos motivos. Uno nada desdeñable lo constituye el hecho de que al no ostentar la ciudadanía en los Países Bajos no disfrutaban en su plenitud de todos los derechos. Dichos colonos serían conocidos posteriormente con el calificativo de *pilgrims*. Asimismo, muchos otros puritanos no separatistas, llamados presbiterianos o congregacionistas por razones organizativas, decidieron posteriormente abandonar Inglaterra y asentarse también en América del norte, pues las persecuciones del gobierno empezaron pronto a ser dirigidas contra ellos³⁹⁴.

WILLIAM PENN, nacido en Londres y educado en Oxford (1644-1718), jugó un importante rol en los debates sobre la tolerancia religiosa en ambos lados del Atlántico, como asimismo ocurrió con muchos otros migrantes³⁹⁵; e, igual que sucedió con otros muchos puritanos, contribuyó al establecimiento de un ordenamiento jurídico respetuoso con los derechos individuales³⁹⁶. PENN contribuyó a la tolerancia religiosa, tanto en Inglaterra

³⁹³ MURPHY: *Conscience...*, *op. cit.*, pp X, 4 y 16. Aunque el autor afirma la intrínseca relación entre tolerancia religiosa y liberalismo, reconoce que el liberalismo no es la única vía para alcanzar dicha tolerancia (pie de página 12, p. 16).

³⁹⁴ GILL: *The political...*, *op. cit.*, pp. 62 y siguientes.

³⁹⁵ KAMEN: *Intoleranz...*, *op. cit.*, pp. 207-212.

³⁹⁶ La desobediencia de los puritanos del siglo XVIII se ha comparado con la de los cristianos de los primeros siglos, ya que ambos contribuyeron a que poco a poco se conformase un ordenamiento jurídico sensible a las creencias de los individuos: "As the early Christian martyrs founded the church by their disobedience to Roman law, so the seventeenth-century puritans, including men like Hampden, Lilburne, Udall, William Penn, and others, by their open disobedience to English law laid the foundations for the English and American law of civil rights and civil liberties as expressed in our respective Constitutions: freedom of speech and press, free exercise of religion, the privilege against self-incrimination, the independence of the jury from judicial dictation,

como en Pennsylvania (colonia que fue fundada por él y que toma el nombre de su padre) en relación al movimiento cuáquero. Su lucha consistió en proteger la plena ciudadanía y los derechos de pleno acceso al funcionariado para todos los miembros del gran abanico de grupos religiosos residentes en su colonia y que caracterizaron su tradicional pluralidad religiosa. En 1681 Carlos II otorgó una carta de derechos a Penn como modo de pago de deudas por parte de la Corona inglesa y cuyo acreedor era su padre, el almirante Penn. En 1682 Penn cruzó el Atlántico y fundó la colonia para poner en práctica su “*holy experiment*”, que Inglaterra no estaba dispuesta a materializar. Ante la falta de espacio para la libertad religiosa en Inglaterra, PENN fundó la colonia como un intento de crear una nueva sociedad de acuerdo con sus creencias, tanto políticas, como religiosas; ya que en América, a diferencia de Europa, no existían tantos condicionantes para un proyecto como el ideado por PENN. En su opinión los dos elementos básicos que debería respetar un gobierno para considerarse legítimo, ya fuera en Inglaterra, ya fuera en Europa, eran que dicho gobierno se basara en el consentimiento de los gobernados, y que existiera libertad de conciencia.

El plan original de PENN era extender el derecho a la libertad de conciencia a todas las creencias religiosas; que el ejercicio de los derechos civiles básicos no dependiera de las creencias religiosas de la persona; y la inexistencia de una religión oficial y de un sistema fiscal para su mantenimiento. De esta forma, la versión final de la norma que debía regir el destino de la colonia, que llevaba el título de “*Frame of Government and Laws Agreed upon in England*”, rezaba de la siguiente manera: “*All persons living in this province who confess, and acknowledge the one almighty and eternal God, to be the creator, upholder and ruler of the world, and that hold themselves obliged in conscience to live peaceably and justly in civil society, shall in no ways be molested or prejudiced for their religious persuasion or practice in matters of faith or worship, non shall they be compelled to frequent or maintain any religious worship, place, or ministry whatever*”³⁹⁷. Los gobernantes de la colonia no sólo regían sobre un grupo humano caracterizado por la antedicha pluralidad religiosa, sino que también existía una auténtica pluralidad nacional como consecuencia del muy diverso origen de sus moradores:

- Pluralidad nacional: alemanes, holandeses, franceses, suecos, escoceses, irlandeses...
- Pluralidad religiosa: anglicanos, presbiterianos, baptistas, luteranos... y, por supuesto, cuáqueros.

La fundación de Pennsylvania ya en el siglo XVII tuvo como ventaja que pudo tenerse en cuenta todo lo aprendido en materia de tolerancia religiosa en otros enclaves, se partió de un mayor conocimiento de los conflictos religiosos que pudieran materializarse, por lo que su momento de fundación adquiere un valor especial más allá del puramente cronológico o nominal³⁹⁸. Gracias a la libertad religiosa Pennsylvania demostró que dicha libertad contribuye de forma decisiva al crecimiento económico. Así, a pesar de su diversidad cultural y religiosa, la colonia se desarrolló económicamente de forma mucho más rápida que otras colonias más antiguas, como Massachusetts o Virginia. Asimismo, la libertad

the right no to be imprisoned without cause, and many other such rights and freedoms”. BERMAN: *The interaction...*, op. cit., pp. 66-67.

³⁹⁷ “*William Penn occupies a key role in the history of religious freedom as much for his efforts to gain toleration for Quakers in Restoration England as for his role in founding and governing the «holy experiment» of Pennsylvania*”. MURPHY: *Conscience...*, op. cit., pp. 10 y 165-166, 170 y 182-184.

³⁹⁸ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, op. cit., p. 84.

religiosa permitió que la colonia se convirtiera en un centro cultural y del conocimiento. Tales extremos no pasaron inadvertidos para Adam Smith y su *Wealth of Nations* (1776)³⁹⁹. Era tal la pluralidad nacional y religiosa existente en la colonia que la actual Universidad de Pennsylvania encuentra su origen en la academia fundada en 1740, y que fue el primer “*nonsectarian college*” de los Estados Unidos. Sin dicho pluralismo no hubiera sido posible la fundación de tal academia del modo en que se hizo⁴⁰⁰.

El nombre de la ciudad más importante de la colonia, Filadelfia, fue elegido por WILLIAM PENN por razón de su etimología. Así, el nombre de la ciudad significa "la ciudad del amor fraternal", ya que la palabra está compuesta por dos elementos del griego clásico. En primer lugar, “*philos*” significa "amor", y “*adelphos*” significa "hermano". Paradójicamente la ciudad cuyo nombre fue elegido para significar que sería un lugar de tolerancia y libertad, se convirtió en un lugar de persecuciones por razón de las creencias religiosas. Durante los años 1692 y 1693 se produjo un cisma (el denominado “*keithian schism*”) que dividió la comunidad cuáquera de la colonia y de la cual resultaron persecuciones de los disidentes religiosos. Dicho cisma puso sobre la mesa la forma de organización política de la colonia y sus relaciones con las autoridades inglesas. El misionero escocés GEORGE KEITH llegó a Filadelfia en 1689, e igual que en el caso de ROGER WILLIAMS y ANNE HUTCHINSON, la disputa llevada a cabo por él no sólo se centraba en cuestiones teológicas, sino que también abarcaba cuestiones políticas como la relación entre Iglesia y Estado. A pesar de dicha controversia y la consecuente persecución, puede afirmarse que Pennsylvania fue no obstante la colonia donde el ideal de tolerancia religiosa fue llevado a cabo de la forma más amplia⁴⁰¹.

La colonia establecida por los ingleses en la Bahía de Massachussets se erige como un ejemplo de colonia que desde un principio se caracterizó por la fuerte represión ejercida sobre la tolerancia religiosa, especialmente contra cuáqueros y anabaptistas. Los colonos puritanos pasaron de perseguidos a perseguidores, y con dicho propósito utilizaron todas las herramientas jurídicas a su alcance. De este modo, como la historia ha enseñado en frecuentes ocasiones, la minoría que reclamaba libertad religiosa en Inglaterra, se volvía en mayoría intransigente en el continente americano⁴⁰². Los casos más claros de persecución y expulsión son los de ROGER WILLIAMS⁴⁰³ y ANNE HUTCHINSON en el primer tercio del siglo XVII, aunque se podrían citar muchas otras personalidades disidentes, como la de JOHN WHEELWRIGHT (1592-1679), que asimismo fue expulsado de la colonia de Massachussets. En este punto hay que citar la obra más famosa de WILLIAMS, *The Bloody Tenent of Persecution, for Cause of Conscience, Discussed in a Conference between Truth and Peace* (1644). Dicha obra señera de la defensa de la tolerancia religiosa es la respuesta de Williams a su célebre oponente en la colonia, JOHN COTTON, pastor de la iglesia de Boston. COTTON llegó a afirmar que la tolerancia religiosa hacía el mundo anticristiano⁴⁰⁴.

La historia de la colonia de Massachussets demuestra cómo el debate sobre la tolerancia religiosa trasciende en muchas ocasiones el ámbito teológico y posee una relación

³⁹⁹ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, *op. cit.*, p. 94.

⁴⁰⁰ REICHLEY: *Religion...*, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁰¹ MURPHY: *Conscience...*, *op. cit.*, pp. 166, 195 y 205.

⁴⁰² GILL: *The political...*, *op. cit.*, pp. 62 y siguientes.

⁴⁰³ Sobre Roger Williams, o autores pensadores como John Milton o Isaac Backus, puede consultarse LEE MILLER: *The first...*, *op. cit.*, pp. 130-186.

⁴⁰⁴ Citado en REICHLEY: *Religion...*, *op. cit.*, p. 56.

directa con la política y la economía. Así pues, no es de extrañar que se utilizaran los argumentos tan frecuentemente esgrimidos por las autoridades contra el reconocimiento de la tolerancia religiosa: su aceptación conduciría la colonia al caos, la falta de creencias religiosas y la anarquía (debilidad política)⁴⁰⁵. En las décadas de 1650 y 1660 aparecieron nuevos movimientos que disentían de la religión de los gobernantes, el de los cuáqueros y el de los anabaptistas. Mientras los primeros, al igual que WILLIAMS, incidían en la consecución de una Iglesia pura (su denominación proviene del verbo “*to quake*”, temblar); los segundos enfatizaban el principio de espiritualidad interior o revelación. En ambos casos se ponía en jaque la ortodoxia del poder que regía el destino de la colonia.

La visión de WILLIAMS y de los anabaptistas conducía inexorablemente a la separación entre el poder civil o temporal y el espiritual, a la dicotomía entre Estado e Iglesia, lo que constituye uno de los rasgos esenciales del puritanismo en Inglaterra y en América⁴⁰⁶. Así, ROGER WILLIAMS no fue ni un producto del Renacimiento, ni un ilustrado; sino que sus ideas sólo pueden entenderse de forma correcta si se tiene en cuenta su condición de puritano. Era un “no-conformista” en una tierra de “no-conformistas”⁴⁰⁷. Ha de recordarse que los puritanos en Nueva Inglaterra que escribieron sobre la libertad religiosa se preocuparon especialmente de examinar cuál había de ser el papel de la Iglesia y cuál correspondía al Estado, y la relación entre ambas instituciones. Para ellos, ambas constituían dos asociaciones pactadas separadas, cada una con funciones diferentes, que representaban la autoridad de Dios en la comunidad. La Iglesia tenía que estar gobernada por autoridades llamadas a predicar la palabra, administrar los sacramentos, instruir a los jóvenes, y atender a los pobres y necesitados. En cambio el Estado debía ser gobernado por autoridades ejecutivas, legislativas y judiciales cuyo papel debía ser el de aplicar la ley, castigar el crimen, cultivar la virtud y proteger la paz y el orden⁴⁰⁸.

Es importante recordar que tras su expulsión, ROGER WILLIAMS impulsó decididamente la fundación de Rhode Island, que fue motivada en muy buena parte por la falta de libertad de conciencia existente en Massachusetts. Especialmente los primeros treinta años de la historia de la Colonia de Massachusetts Bay se significan por la existencia de numerosos obstáculos que impedían el ejercicio y la expresión de creencias diferentes a las de la concepción puritana de sus dirigentes. Ello explica el contenido de las afirmaciones de las *town's arbitrators* de 1640 como contraste a la falta de libertad de conciencia existente en Massachusetts: “*We agree as, formerly hath been the liberties of this town, so still, to hold forth liberty of conscience*”. La *colony's first charter* de 1647 es del siguiente tenor: “[*Laws shall be promulgated*] to the end that we may each to other (not withstanding our different consciences, touching the truth as it in Jesus, whereof, upon the point we all make

⁴⁰⁵ MURPHY: *Conscience...*, *op. cit.*, pp. 29-30, y 54. De hecho, algunas de las críticas vertidas en su momento contra el reconocimiento de la tolerancia religiosa son muy similares a las realizadas contra cualquier atisbo de reconocer mayores espacios para el derecho a la objeción de conciencia.

⁴⁰⁶ MURPHY: *Conscience...*, *op. cit.*, pp. 56-59.

⁴⁰⁷ MOORE, Leroy: “Religionsfreiheit: Roger Williams und die Revolutionäre Ära”, en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 278-280. La doctrina de Williams en relación a la de Madison y Backus puede consultarse en pp. 292 y siguientes.

⁴⁰⁸ WITTE JR., John y GREEN, M. Christian: “The American constitutional experiment in religious human rights: the perennial search for principles”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, p. 505.

mention), as good and hopeful assurance as we are able, touching each man's peaceable and quiet enjoyment of his law right and liberty"⁴⁰⁹. De hecho, es muy sintomático del ambiente que se vivía en la época que JOHN WINTHROP, que fue el primer gobernador de la Bahía de Massachusetts, afirmara que la gente posee una tendencia natural a comportarse como "a wild beast, which all the ordinances of God are bent against to restrain and subdue it"⁴¹⁰. Si en un período de tiempo determinado se llevaron a cabo cincuenta juicios por brujería en Massachusetts y cuarenta y tres en Connecticut, no existieron tales juicios en Rhode Island⁴¹¹.

En cambio, era tal la diversidad religiosa existente en Rhode Island, que la sinagoga más antigua de los Estados Unidos fue construida allí, en New Port, en 1763. Dicha sinagoga fue llamada sinagoga de Touro, que era el nombre del rabino que dirigía la comunidad en el momento de su construcción⁴¹².

WILLIAMS viajó a Inglaterra para tratar de la fundación de la colonia de Rhode Island con Carlos II en un momento histórico proclive para que reaccionara positivamente en cuanto a la garantía de la libertad religiosa en la colonia. Así, de tal encuentro con el rey se proclamó una *charter* muy ambiciosa en materia de libertad religiosa para la colonia, que hasta incluía en su ámbito subjetivo a los indios de la zona, una previsión inédita⁴¹³. En dicho documento, en su última parte, se podría encontrar un precedente de la figura de la "accommodation", pues la carta garantiza el disfrute de la libertad de conciencia en materia religiosa, y de su redactado se desprende que dicho ámbito no puede ser vulnerado por ningún tipo de ley, cláusula, estatuto o incluso costumbre. Se ha afirmado que, en tal aspecto WILLIAMS se diferencia de LOCKE, ya que este último sería contrario a establecer dispensas a las leyes de aplicación general⁴¹⁴. Como se puede examinar en el apartado sobre objeción de conciencia, sin bien LOCKE es contrario a las dispensas, sí que es partidario de la desobediencia pacífica.

El ideario de WILLIAMS le llevó a proclamar la libertad religiosa en la colonia de Providence, que se convirtió en un foco de atracción para otros disidentes: anabaptistas, cuáqueros, católicos, judíos y hugonotes franceses. A su vez, sus doctrinas influenciaron

⁴⁰⁹ MURPHY: *Conscience...*, op. cit., pp. 67 y 71.

⁴¹⁰ REICHLEY: *Religion...*, op. cit., p. 57.

⁴¹¹ NUSSBAUM: *Liberty...*, op. cit., p. 40.

⁴¹² GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, op. cit., pp. 71-72.

⁴¹³ "El derecho innato de libertad religiosa, por el cual luchara tan enérgicamente Roger Williams, encuentra en el curso del siglo XVII su confirmación jurídica oficial, primeramente en el Código de Rhode Island de 1647, y luego en la Carta que Carlos II otorgaba en 1663 a las colonias de Rhode Island y las Plantaciones de Providence. A requerimiento de los Colonos se les concedió, en un acto memorable, que en adelante nadie sería molestado, condenado ni procesado a causa de sus opiniones religiosas, y que toda persona debía gozar, en todo momento, la libertad de conciencia más absoluta, a condición, por lo demás, de observar una conducta pacífica y quieta, de no convertir esa libertad en licencia o en profanación, ni causar daños o perturbaciones exteriores a otros". JELLINEK: *La Declaración...*, op. cit., pp. 120-121.

⁴¹⁴ "The charter guarantees liberty of religious belief and practice even when a law or custom forbids it. In other words, if law says that you have to swear an oath before God to hold public office, this law is nullified by the charter. Moreover, it appears that the charter nullifies the applicability of laws to individuals when such laws threaten their religious liberty. If a law says that people have to testify on Saturday, and your religion forbids this, then the law is not applicable in your case". De todo ello se desprendería que "Williams has forged the concept of accommodation, which soon became widely accepted in the colonies. Laws of general applicability have force only up to the point where they threaten religious liberty (and public order and safety are not at stake)". NUSSBAUM: *Liberty...*, op. cit., pp. 49-50, y 61.

de forma decisiva en el pensamiento de JAMES MADISON e ISAAC BACKUS⁴¹⁵. En opinión de WILLIAMS, si la historia enseña alguna lección, es que si se aplica la fuerza a la religión no se crea una fe pura, sino que se derraman ríos de sangre⁴¹⁶.

Además, WILLIAMS estableció desde un principio una relación con los indios norteamericanos, basado en el respeto de su dignidad como personas, la mutua confianza y un trato como legítimos propietarios de las tierras, que puede considerarse todo un hito en las relaciones entre europeos y nativos americanos, y que por desgracia no tuvo una efectiva continuación, tal y como pudo observar ALEXIS DE TOCQUEVILLE posteriormente⁴¹⁷. Para WILLIAMS todas las personas comparten una común humanidad a pesar de sus diferencias; todas las tipologías de puritanos, los anglicanos, los católicos, los judíos, los turcos, los musulmanes, los paganos, así como los indios Narragansett, con los que mantuvo siempre una especial amistad⁴¹⁸. Aunque no se compartiesen sus creencias, bajo ningún concepto nadie está legitimado para perseguir a otra persona por razones de conciencia⁴¹⁹. Ello no significa que la tolerancia religiosa defendida por Williams no tuviera límites. De hecho, en unas de sus cartas más citadas (enero de 1655) afirma que ha de castigarse aquellas personas que hacen prevaler su conciencia en detrimento del orden público y la seguridad. Se trata de una doctrina que incluso ha sido citada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en sus sentencias: aunque las creencias han de ser libres, los actos basados en dichas creencias pueden ser limitados. WILLIAMS reconoce, pues, la legitimidad del Estado para limitar la libertad de conciencia si es necesario⁴²⁰.

En Massachusetts los puritanos gobernantes obstaculizaron toda creencia divergente hasta la década de 1660. En dicho sentido, las élites gobernantes ligaron fuertemente la teología puritana a la regulación de la comunidad y a la organización política de la colonia. Así pues, toda disidencia era vista como una afrenta a la comunidad política, al núcleo duro de la organización social de la colonia. Las dificultades para la implantación de una verdadera tolerancia religiosa se veían obstaculizadas asimismo por la lejanía existente con la metrópolis, con Gran Bretaña. Así pues, la aparición de la tolerancia religiosa a partir de la década de 1660 fue consecuencia de un cúmulo de elementos. Por un lado, obviamente las luchas de WILLIAMS y HUTCHINSON, y el progresivo avance de las teorías sobre la tolerancia religiosa. Pero también jugaron un papel decisivo los cambios

⁴¹⁵ GILL: *The political...*, op. cit., p. 102.

⁴¹⁶ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, op. cit., p. 66.

⁴¹⁷ "When the North American Indians had lost the sentiment of attachment to their country; when their families were dispersed, their traditions obscured, and the chain of their recollections broken; when all their habits were changed, and their wants increased beyond measure, European tyranny rendered them more disorderly and less civilised than they were before". DE TOCQUEVILLE: *Democracy...*, op. cit., pp. 134-135. Tal aserto muestra que aun las posturas más avanzadas del liberalismo, capaces de describir y conscientes del progresivo sufrimiento y aniquilación de las tribus norteamericanas, el eurocentrismo y el convencimiento de la superioridad de los blancos seguían presentes. El autor describe cuál fue el fatal destino de la mayoría de las tribus, incluida la de los Narragansett, con la cual Williams mantuvo una atípica y duradera amistad: "None of the Indian tribes which formerly inhabited the territory of new England, the Narragansetts, the Mohicans, the Pequots, have any existence but in the recollection of man (...). Not only have these wild tribes receded, but they are destroyed" (p. 136).

⁴¹⁸ Sobre la buena relación entre Williams y los indios puede consultarse NUSSBAUM: *Liberty...*, op. cit., pp. 46-47.

⁴¹⁹ LEE MILLER: *The first...*, op. cit., pp. 151-51, y 162-175.

⁴²⁰ LEE MILLER: *The first...*, op. cit., pp. 158-161.

políticos producidos en Inglaterra y la impopularidad de las penas infligidas a los cuáqueros.

Es claro que las luchas y presiones de los partidarios de la tolerancia y disidentes religiosos se materializan a ambos lados del Atlántico y, por lo tanto, se deben encuadrar en un conflicto político - religioso que afectaba a Gran Bretaña y a sus colonias al mismo tiempo. Ello no obsta a diferenciar el distinto desarrollo de la lucha en ambos lados del Atlántico. Así, por el estado de cosas existentes en Gran Bretaña, y a diferencia de lo ocurrido en Massachusetts, los puritanos de mitades del siglo XVII en Inglaterra se vieron obligados a establecer una dialéctica diferente entre puritanismo y tolerancia religiosa. En Massachusetts la estrecha relación entre el buen orden social y la peligrosidad para dicho orden del reconocimiento de la tolerancia religiosa subsistió hasta la tercera década del establecimiento del asentamiento colonial. Los puritanos de Massachusetts entendían la lucha contra las disidencias que ponían en peligro la óptima organización de la colonia como una misión divina. En cambio, en Inglaterra las divisiones entre congregacionalistas y presbiterianos, así como las disputas entre puritanos y sectas más radicales, provocaron una postura muy diferente en relación a la tolerancia religiosa⁴²¹.

Finalmente, la Constitución de Massachusetts de 1780, que fue redactada en su mayor parte por JOHN ADAMS (1735-1826), reconoció en su art. 2 el derecho a la libertad religiosa en los siguientes términos: "*It is the right as well as the duty of all men in society, publicly and at stated seasons, to worship the Supreme Being, the great Creator and Preserver of the universe*". Pero al mismo tiempo reconoció que "*no subject shall be hurt, molested, or restrained (...) for worshipping God in the manner and season most agreeable to the dictates of his own conscience, or for his religious profession or sentiments, provided he doth not disturb the public peace or obstruct others in their religious worship*"⁴²².

En Maryland las autoridades inglesas autorizaron fundar una colonia católica, con la condición de garantizar la tolerancia religiosa respecto a los protestantes, especialmente los anglicanos. Dicha tolerancia religiosa debía servir para atraer colonos, como así fue⁴²³. A partir de entonces, los pobladores anglicanos fueron creciendo de forma gradual, hasta que a finales de 1600 la ya mayoría anglicana empezó a restringir la libertad religiosa de los católicos, lo que ha sido considerado una de las mayores ironías de la historia de los Estados Unidos⁴²⁴.

Los holandeses se asentaron en el primer tercio del siglo XVII en la zona de la actual ciudad de Nueva York y Albany para competir con Francia, España e Inglaterra en el Nuevo Mundo bajo los auspicios de la Compañía de las Indias Orientales. En 1629 la Iglesia Reformada Holandesa fue reconocida como religión oficial en Nueva Holanda, con exclusión de las otras religiones. Sin embargo, la citada compañía siguió el modelo de las Provincias Unidas en relación a la tolerancia religiosa, para así evitar que las creencias

⁴²¹ MURPHY: *Conscience...*, op. cit., pp. 71-73, y 75-76.

⁴²² Fragmento citado en AAVV: *Religion and the Constitution*. 1ª edición. Nueva York: Aspen Law & Business, 2002, p. 24; y también en REICHLAY: *Religion...*, op. cit., pp. 104-105.

⁴²³ TRIGG: *Equality...*, op. cit., p. 72.

⁴²⁴ GILL: *The political...*, op. cit., pp. 73-74.

religiosas se erigieran en obstáculo al crecimiento económico y a los intercambios comerciales⁴²⁵.

Varios factores influyeron en que las colonias norteamericanas fueran muy permisivas con las creencias religiosas de sus habitantes: la fuerte inmigración desde Europa; que era muy necesaria para hacer crecer las colonias; la presión en demanda de mayor tolerancia derivada de la cada vez mayor pluralidad social existente; la potenciación del comercio; la inmigración interna entre dichas colonias; o, por ejemplo, la necesidad de unidad para conseguir la independencia frente a los ingleses⁴²⁶. SAMUEL JOHNSON fue un firme partidario de la tolerancia religiosa en relación a los católicos, y más cuando dichos católicos, los franceses, estaban aliados con los revolucionarios americanos en la lucha contra los británicos y cuando los canadienses también compartían las creencias católicas⁴²⁷. También puede citarse a JOSEPH WILLARD, quien fue Presidente de Harvard desde 1781 hasta su muerte, ocurrida en 1804. Dicha personalidad era un decidido partidario de la tolerancia religiosa. Su famosa *Lecture* de 1785 fue dedicada precisamente a dicha temática. Para él la tolerancia entre cristianos era un deber religioso. Y dicha tolerancia debía hacerse extensiva a los católicos. Así, en la citada *Lecture* afirmó que "*nothing can appear more irrational and absurd than persecution on the account of religion*"⁴²⁸.

4.7. James Madison y Thomas Jefferson. De la independencia de los Estados Unidos de América hasta la contemporaneidad

Con el inicio de la *American Revolution* en 1763 Francia pasó de ser una nación enemiga a ser un país aliado, lo cual provocó que las antipatías contra los católicos se debilitaran. Es más, con la revolución la tolerancia religiosa se erigió como una norma general, de común aceptación⁴²⁹. Poco antes de la Revolución, entre los años 1730 y 1740, había tenido lugar el denominado "*Great Awakening*", un lapso de tiempo caracterizado por un despertar religioso (*revival*) que provocó intensas experiencias religiosas y conversiones. Dicho período de gran interés sociológico, y dirigido por predicadores como JONATHAN

⁴²⁵ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, *op. cit.*, pp. 74-77. De ahí el florecimiento económico y cultural de las Provincias Unidas del Norte, junto con sus colonias ultramarinas, en contraste con el devenir del Imperio español: "*El imperio español fue concebido, construido y deshecho a causa de la cooperación y de los odios entre sus tres castas. En España y en su imperio triunfó la energía y el arte de imperar de la casta hidalga, militar y religiosa, y fueron ahogados los intentos de formar una ciencia y una cultura a tono con las de Europa (...). En prieto enlace con el conflicto entre la honra castiza de los cristianos viejos, y el no menos castizo interés de los cristianos nuevos en hacerse valer, comprendemos ahora la diferencia entre las precarias relaciones entre España y sus Indias, y las florecientes entre Inglaterra y Holanda con sus colonias ultramarinas. Las actividades comerciales, industriales y bancarias convertían, sin más, en «judío» a quienes se ocupaban en ellas*". CASTRO, Américo: *Sobre el nombre y el quién de los españoles*. 1ª edición. Madrid: Sarpe, 1985, p. 121.

⁴²⁶ GILL: *The political...*, *op. cit.*, p. 91.

⁴²⁷ Su postura al respecto ha sido resumida de la siguiente manera: "*Catholics had as good a right to liberty of conscience as anyone else: because they were men, if it was a natural right, and because other sects enjoyed it, if was an indulgence from the government. It was certainly unreasonable of the New Englanders to raise such a cry against toleration for the Canadians when their own dissent from the Church of England was so well protected*". HANSON: *Necessary Virtue...*, *op. cit.*, p. 87.

⁴²⁸ HANSON: *Necessary Virtue...*, *op. cit.*, pp. 178-180.

⁴²⁹ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, *op. cit.*, p. 91.

EDWARDS o *GEORGE WHITFIELD*, por citar sólo a dos las personalidades más relevantes, tuvo como consecuencia que muchos de los dirigentes religiosos salidos de dicho movimiento fueran partidarios de que ninguna Iglesia fuera oficial y fueron firmes defensores de la libertad religiosa⁴³⁰.

El movimiento de lucha por la libertad religiosa está directamente relacionada con la necesidad de atraer trabajadores⁴³¹, lo que evidencia la conexión que se ha dado frecuentemente en la historia entre la libertad religiosa y el desarrollo del mundo del trabajo. El que sería presidente de los Estados Unidos y una de las personalidades que impulsó la Primera Enmienda, JAMES MADISON (1751-1836), consagró su carrera a la lucha por la libertad religiosa cuando en 1774 media docena de personas fueron arrestadas cerca de su casa en el condado de Orange⁴³². JOHN LELAND (1754-1841), un baptista de Nueva Inglaterra que predicó en Massachusetts y Virginia, coadyuvó con MADISON a la consecución de la libertad religiosa. MADISON defendió durante toda su vida el gran valor que conllevaba la existencia de una multiplicidad de religiones en los Estados Unidos para preservar la libertad religiosa. Según sus postulados, igual que una pluralidad de partidos o facciones políticas resulta deseable para un desarrollo óptimo de la esfera política de una nación, hay que afirmar que la pluralidad religiosa constituye el fundamento de una duradera y profunda libertad religiosa. MADISON no limitaba su tesis a la esfera religiosa y a la defensa de su diversidad, mas sus postulados eran proclives a realzar el valor de la diversidad política, económica y cultural, y su capacidad de retroalimentarse de forma mutua⁴³³. En pocas palabras, se trataba de una visión de la sociedad, la política y la religión fuertemente asentadas en el ideario liberal en la versión original desarrollada e implantada en el nuevo país, que con el paso del tiempo (de hecho, no mucho tiempo si se toman en cuenta parámetros históricos) llegaría a ser la súper-potencia que hoy conocemos. MADISON se mostró partidario de aplicar su noción de *accommodation* para solventar cualquier conflicto, reputado como inevitable, que se pudiera originar en una sociedad republicana y democrática como la que diseñó de forma constante durante toda su vida respecto a los nacientes Estados Unidos de América. Si lo deseable era una nación con diversidad política, económica y social, en una zona geográfica tan extensa sin parangón en la época para una democracia, los conflictos se materializarían irremisiblemente y su resolución debía pasar por alcanzar consensos y compromisos⁴³⁴.

THOMAS JEFFERSON (1743-1826) luchó por una libertad religiosa plena en Virginia, donde quería que se gobernara a través del Derecho, la razón y un gobierno republicano. JEFFERSON no sólo luchó por la consecución de la libertad religiosa o la separación de las diferentes iglesias del Estado, sino que asimismo intentó que los ciudadanos, los gobernantes y los ministros de las diferentes denominaciones se guiaran por la virtud cívica (*civic virtue*)⁴³⁵. En 1779 propuso su *Bill for Establishing Religious Freedom*, que recoge pasajes de la primera versión de la *Carta sobre la tolerancia* de LOCKE y por lo

⁴³⁰ MILLER y FLOWERS: *Toward...*, *op. cit.*, p. 2. MURRAY: *Religious...*, *op. cit.*, pp. 8-9.

⁴³¹ GILL: *The political...*, *op. cit.*, p. 96.

⁴³² GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, *op. cit.*, p. 46.

⁴³³ RIEMER, Neal: "Madison: A founder's vision of religious liberty and public life", en AAVV: *Religion, public life, and the American polity*. 1ª edición. Knoxville: The University of Tennessee Press, 1994, pp. 43-44. En el mismo sentido *vid.* RIEMER, Neal: *James Madison: Creating the American Constitution*. 1ª edición. Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1986, p. 160.

⁴³⁴ RIEMER: *James Madison: Creating...*, *op. cit.*, pp. 160-162.

⁴³⁵ LEE MILLER: *The first...*, *op. cit.*, pp. 44-45.

que tuvo que esperar siete años a que su propuesta se materializara en una ley⁴³⁶ y se convirtiera en uno de los textos jurídicos más relevantes de la historia de los Estados Unidos de América⁴³⁷. Entre otras cosas, se preveía que “*no man shall be compelled to frequent or support any religious worship, place, or ministry whatsoever*” o la inexistencia de una iglesia oficial, y una regulación del siguiente tenor: “*none shall be enforced, restrained, molested, or burthened in his body or goods, nor shall otherwise suffer, on account of his religious opinions or belief; but that all men shall be free to profess, and by argument to maintain, they opinions in matters of religion, and that the same shall I no wise diminish, enlarge, or affect their civil capacities*”⁴³⁸.

En el que era el Estado más grande y económicamente más próspero, Virginia, las minorías religiosas cooperaron para abolir toda oficialidad de la Iglesia Anglicana y su sustitución por la libertad religiosa. Por tal razón JEFFERSON, como gobernador, redactó en 1779 su propuesta legislativa. En 1781 THOMAS JEFFERSON dejó dicho en sus *Notes on the State of Virginia*: “*The error seems not sufficiently eradicated, that the operations of the mind, as well as the acts of the body, are subjects to the coercion of the laws. But our rulers can have authority over such natural rights only as we have submitted to them. The rights of conscience we never submitted, we could not submit. We are answerable for them to our God. The legitimate powers of government extend to such acts only as are injurious to others. but it does me no injury for my neighbour to say there are twenty gods, or no god. It neither picks my pocket nor breaks my leg*”⁴³⁹.

Entre 1776 y 1780 todos los Estados, excepto Rhode Island y Connecticut, adoptaron sus respectivas Constituciones. Siete de ellas contenían una “*bill of rights*”, mientras que el resto garantizaban las libertades individuales en varias de sus secciones, lo que influenciaría de forma decisiva la posterior Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁴⁴⁰. Entre dichas libertades se garantizaban las libertades individuales y se introducían límites a su ejercicio en un mayor o menor grado. De sus textos se desprende que todas las declaraciones de derechos, cuya titularidad individual se enfatiza, estaban fuertemente influenciadas por las corrientes iusnaturalistas⁴⁴¹.

⁴³⁶ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, op. cit., p. 48.

⁴³⁷ “*Bill No. 82 of the revisal, the Virginia «Statute for Establishing Religious Freedom», is clearly one of the most profound and influential documents in American political history*”. DREISBACH, Daniel L.: “In pursuit of religious freedom: Thomas Jefferson's Church-State Views Revisited”, en AAVV: *Religion, public life, and the American polity*. 1ª edición. Knoxville: The University of Tennessee Press, 1994, p. 81.

⁴³⁸ LEE MILLER: *The first...*, op. cit., p. 17.

⁴³⁹ Citado en AAVV: *Religion and the Constitution...*, op. cit., op. cit., p. 55. Asimismo en KAPLAN: *Divided...*, op. cit., p. 70.

⁴⁴⁰ Ésta es precisamente la tesis central de una obra controvertida en su época: JELLINEK: *La Declaración...*, op. cit. Al respecto, resulta de enorme interés el cuadro comparativo inserto en la obra y en la que se comparan los artículos de la Declaración de Derechos del Hombre con las constituciones de las diferentes colonias norteamericanas (pp. 96-104).

⁴⁴¹ “*Los textos norteamericanos (especialmente la Declaración de Independencia y el Bill of Rights del Buen Pueblo de Virginia, ambos de 1776) revelan los presupuestos iusnaturalistas e individualistas que los inspiran. Los derechos recogidos en tales documentos a la libertad, a la propiedad y a la búsqueda de la felicidad corresponden a todo individuo por el mero hecho de su nacimiento; se trata de derechos, que, por tanto, no se hallan restringidos a los miembros de un estamento, ni siquiera a los de un país, sino de facultades universales, absolutas, inviolables e imprescriptibles. Son derechos emanados de las propias leyes de la naturaleza que el Derecho positivo no puede contradecir ni tampoco crear o conceder, sino que debe reconocer o declarar (de ahí que los propios textos que los positivizan se denominen Declaraciones) y garantizar*”. PÉREZ LUÑO: *Los derechos...*, op. cit., pp. 35-36.

Por ejemplo, el art. 16 de la *Virginia Declaration of Rights* de 1776 tenía el contenido siguiente: "*That religion, or the duty which we owe to our Creator, and the manner of discharging it, can be directed only by reason and conviction, not by force or violence; and, therefore, all men are equally entitled to the free exercise of religion, according to the dictates of conscience; and that it is mutual duty of all to practise Christian forbearance, love, and charity, towards each other*"⁴⁴².

Por otro lado, el art. XXXVIII de la Constitución de Nueva York de 1777 era del siguiente tenor: "*The free exercise and enjoyment of religious profession and worship, without discrimination or preference, shall forever hereafter be allowed, within this State, to all mankind: Provided, That the liberty of conscience, hereby granted, shall not be so construed as to excuse acts of licentiousness, or justify practices inconsistent with the peace or safety of this State*"⁴⁴³.

PATRICK HENRY (1736-1799) defendió la necesidad de que el Estado tuviera una religión oficial. Así, en 1780 propuso una iniciativa legislativa por la cual el cristianismo debería ser religión de Estado. JAMES MADISON fue el gran defensor de la posición opuesta⁴⁴⁴. En 1785 presentó su célebre *Memorial and Remonstrance* alegando, al igual que JOHN LELAND, que desde la época de Constantino el establecimiento oficial de una religión era nocivo para dicha religión, y que el favor del Estado hacia una religión oficial creaba "*pride and indolence in the Clergy; ignorance and servility in the laity; in both, superstition, bigotry, and persecution*"⁴⁴⁵. La Iglesia de Inglaterra sería una denominación más entre otras⁴⁴⁶. Además, ha de destacarse que en su obra MADISON incluyó a los ateos, a diferencia de la postura de LOCKE, que no los incluyó en su concepto de libertad de conciencia. Se ha criticado, no sin razón, que la citada obra que ha sido citada mucho sin ser leída⁴⁴⁷. Como se podrá advertir, precisamente el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha citado e interpretado en un buen número de ocasiones la obra en sus sentencias, lo que ha conllevado fuertes discusiones doctrinales entre las diferentes corrientes jurídicas estadounidenses.

En 1786 se aprobó la "*Statute for Religious Freedom*" en Virginia, hecho que fue crucial para la expansión del derecho a la libertad religiosa al resto del nuevo país⁴⁴⁸. En 1787 se reunieron los representantes de las colonias en Philadelphia para redactar la Constitución. Su prioridad no era la religión, sino la unidad de los diversos Estados. Aun así se introdujeron referencias a la religión, como el art. 6 dedicado al acceso a los cargos públicos. Se habla de "*affirm*" en lugar de "*swear*" como concesión a los cuáqueros y otras denominaciones religiosas cuya interpretación de la Biblia les impedía jurar. Pero no se introdujo ninguna referencia a Dios o a una religión concreta, se diseña el Estado como un Estado no confesional. Se ha llegado a señalar que en la Constitución de los Estados Unidos se cortó todo el soporte colectivo al cristianismo de una forma que

⁴⁴² Citado en AAVV: *Religion and the Constitution...*, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁴³ Fragmento citado en AAVV: *Religion and the Constitution...*, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁴⁴ Las controversias entre Madison y Henry pueden consultarse, por ejemplo, en LEE MILLER: *The first...*, *op. cit.*, pp. 31-33.

⁴⁴⁵ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, *op. cit.*, p. 48. Sobre el contenido de la obra puede consultarse LEE MILLER: *The first...*, *op. cit.*, pp. 79-88.

⁴⁴⁶ Hay que tener en cuenta que el término "denominación" sólo es utilizado para referirse a las diferentes iglesias protestantes, y normalmente en el contexto del mundo anglosajón.

⁴⁴⁷ REICHLEY: *Religion...*, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁴⁸ Para un análisis de su contenido puede consultarse LEE MILLER: *The first...*, *op. cit.*, pp. 48-65. Sobre el trabajo realizado por Madison en Virginia *vid.* NUSSBAUM: *Liberty...*, *op. cit.*, pp. 87-97.

no se había visto en Europa desde los tiempos del emperador Constantino y la institución del cristianismo como religión de Estado⁴⁴⁹.

THOMAS JEFFERSON se erigió como firme partidario de introducir las libertades básicas del ser humano en el texto constitucional y, entre ellas, la libertad religiosa. Así, JEFFERSON prometió que si la Constitución era ratificada, su principal tarea en el Congreso sería aprobar una *Bill of Rights*. JAMES MADISON ayudó a la tramitación de dicha iniciativa en el Congreso de 1789. Las primeras diez enmiendas fueron ratificadas en 1791⁴⁵⁰.

Así pues, con tales antecedentes históricos en el momento de la fundación, no es de extrañar que los Estados Unidos de América fuera el primer Estado moderno que introdujera la libertad de conciencia en su norma fundamental, la denominada US Constitution's First Amendment, que fue ratificada en 1791 por la mayoría de colonias (una *Bill of Rights* que hasta el día de hoy es considerada como uno de los puntales de los Estados Unidos)⁴⁵¹ y que recogía la doctrina jeffersoniana: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof*"⁴⁵². Al obligar sólo al Congreso (la Federación) la libertad religiosa se basaba y se basa en la actualidad en la separación entre la Iglesia y el Estado. Se rompió así con la tradición europea exportada a las colonias de confundir Iglesia y Estado⁴⁵³. El "experimento" constitucional norteamericano en materia de libertad religiosa fue el producto de una mezcla de puntos de vista políticos y religiosos que plasmaban la pluralidad existente desde sus inicios de la sociedad estadounidense, de pensadores y políticos con ideas muy diferentes entre sí⁴⁵⁴. De hecho, la versión original de la enmienda redactada por

⁴⁴⁹ LEE MILLER: *The first...*, op. cit., p. 97.

⁴⁵⁰ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, op. cit., pp. 121-127

⁴⁵¹ En palabras de un voto particular de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Goldman v. Weinberger*, 475 US 503 (1986): "*Through our Bill of Rights, we pledged ourselves to attain a level of human freedom and dignity that had no parallel in history. Our constitutional commitment to religious freedom and to acceptance of religious pluralism is one of our greatest achievements in that noble endeavor. Almost 200 years after the First Amendment was drafted, tolerance and respect for all religions still set us apart from most other countries and draws to our shores refugees from religious persecution from around the world. Guardianship of this precious liberty is not the exclusive domain of federal courts. It is the responsibility as well of the States and of the other branches of the Federal Government*".

⁴⁵² "*For the first time in western civilization, citizens of a nation could claim as their fundamental right their religious beliefs to be nobody's business but their very own*". GAUSTAD, Edwin y SCHMIDT, Leigh: *The religious history of America. The heart of the American Story from colonial times to today*. Edición revisada. New York: Harper Collins, 2002, p. 127. Para un estudio sobre la eclosión y vicisitudes de la Primera Enmienda puede consultarse LEE MILLER: *The first...*, op. cit., pp. 107-124. Respeto a la Primera Enmienda se ha afirmado lo siguiente: "*In this brief but empathic statement the long and bitter struggle toward the goal of constitutionally protected freedom of religion was brought to fruition*". MILLER y FLOWERS: *Toward benevolent...*, op. cit., p. 3.

⁴⁵³ STARCK: "Raíces históricas...", op. cit., p. 17.

⁴⁵⁴ "*The religion clauses of the state constitutions and of the First Amendment, forged between 1776 and 1791, express both theological and political sentiments. They reflect both the convictions of the religious believers of the young American republic and the calculations of their political leaders. They manifest both the certitude of theologians such as Isaac Backus and John Witherspoon, and the skepticism of philosophers such as Thomas Jefferson and Thomas Paine. A plurality of theological and political views helped to inform the early American constitutional experiment in religious rights and liberties, and form de so-called original intent of the constitutional framers*". WITTE JR y GREEN: "The American...", en AAVV: *Religious...*, op. cit., p. 501.

Madison, que fue modificada en varias ocasiones hasta su redactado final, iba dirigida a los Estados: "No state shall violate the equal rights of conscience (...)"⁴⁵⁵.

Como se puede apreciar, la Primera Enmienda consta de dos cláusulas diferenciadas, pero íntimamente relacionadas⁴⁵⁶, la denominada "Establishment clause" (en cuyo seno hay que situar la tesis controvertida y tradicional sobre la "wall of separation" jeffersioniana que debe mediar entre Iglesia y Estado), también conocida como cláusula de separación estricta; y la "Free exercise clause", que se corresponde con el derecho al libre ejercicio de la libertad religiosa y el pluralismo religioso. La tensa relación entre las dos cláusulas ha sido siempre una cuestión discutida en la doctrina jurisprudencial y en la literatura jurídica de los Estados Unidos⁴⁵⁷. Por ejemplo, en un voto disidente de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Thomas v. Review Board of Indiana Employment Sec. Division*, 450 US 707 (1981) se refleja explícitamente dicha tensión y sus posibles causas: "The Court correctly acknowledges that there is a «tension» between the Free Exercise and Establishment Clauses of the First Amendment of the United States Constitution. Although the relationship of the two Clauses has been the subject of much commentary, the "tension" is of fairly recent (...) vintage, unknown at the time of the framing and adoption of the First Amendment. The causes of the tension, it seems to me, are threefold. First, the growth of social welfare legislation during the latter part of the 20th century has greatly magnified the potential for conflict between the two Clauses, since such legislation touches the individual at so many points in his life. Second, the decision by this Court that the First Amendment was «incorporated» into the Fourteenth Amendment and thereby made applicable against the States, (...), similarly multiplied the number of instances in which the «tension» might arise. The third, and perhaps most important, cause of the tension is our overly expansive interpretation of both Clauses. By broadly construing both Clauses, the Court has constantly narrowed the channel between the Scylla and Charybdis through which any state or federal action must pass in order to survive constitutional scrutiny".

En la sentencia dictada en el caso *McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky*, 545 US 844 (2005) se refleja nuevamente dicha tensión entre ambas cláusulas

⁴⁵⁵ REICHLAY: *Religion...*, op. cit., p. 108. En la citada obra se examinan las discusiones que tuvieron lugar hasta que se aprobó el redactado actualmente vigente (pp. 108-113). Para un examen de la influencia de Madison en su redacción, así como las teorías sobre su interpretación vid. NUSSBAUM: *Liberty...*, op. cit. pp. 97-114.

⁴⁵⁶ Precisamente su interpretación de forma aislada ha sido criticada por la doctrina estadounidense: "One of the chief reasons why the Supreme Court's case law on religion has been so inconsistent and shifting is that for years the Court treated these two First Amendment concepts in isolation from each other, labeling cases as «Free Exercise Clause cases» or «Establishment Clause cases»". AAVV: *Religion and the Constitution...*, op. cit. p. xviii.

⁴⁵⁷ LEE MILLER: *The first...*, op. cit., pp. 195-196; "What is the relationship between these clauses? Surprisingly, more than 200 years after these 16 words were added to the Constitution, that basic question remains contested". AAVV: *Religion and the Constitution...*, op. cit., p. 3; en el mismo sentido: "In the more than two centuries since the passage of the Bill of Rights, libraries of legal opinion and commentaries have been committed to the meaning and application of its first two clauses. Indeed, understanding how these words operate in the real world is no easy task. MURRAY: *Religious liberty...*, op. cit., p. 3. Digna de mención es la denominada Williamsburg Charter, documento firmado en 1986 por diferentes personalidades de la sociedad civil estadounidense en el bicentenario de la *Bill of Rights* y que supone una reafirmación de la vigencia de la Primera Enmienda. La doctrina española ha analizado también las dos cláusulas que forman la Primera Enmienda y el concepto de religión en los Estados Unidos en relación a su legislación, jurisprudencia y práctica administrativa: PALOMINO LOZANO, Rafael: *Religión y derecho comparado*. 1ª edición. Madrid: Iustel, 2007, pp. 193-255.

y se asemeja la prohibición de *Establishment* al principio de neutralidad estatal que garantiza la Constitución española: "*The prohibition on establishment covers a variety of issues from prayer in widely varying government settings, to financial aid for religious individuals and institutions, to comment on religious questions. In these varied settings, issues of about interpreting inexact Establishment Clause language, like difficult interpretative issues generally, arise from the tension of competing values, each constitutionally respectable, but none open to realization to the logical limit. The First Amendment has not one but two clauses tied to «religion» the second forbidding any prohibition on the «the free exercise thereof» and sometimes, the two clauses compete: spending government money on the clergy looks like establishing religion, but if the government cannot pay for military chaplains a good many soldiers and sailors would be kept from the opportunity to exercise their chosen religions*"⁴⁵⁸.

Salvando las distancias, se podría comparar ambas cláusulas a las existentes en el art. 14 de la Constitución española, que contienen respectivamente el principio general de igualdad y el derecho a la no discriminación. Aunque en España es mayoritaria la doctrina que sostiene su autonomía, más difícil es discernir qué relaciones se materializan entre ellas, sus mutuas interrelaciones, como se verá en el oportuno apartado.

La metáfora sobre el "muro de separación" ("*Wall of separation*") que debe separar la Iglesia del Estado, y que ha sido citada frecuentemente en la jurisprudencia norteamericana, se puede localizar en una carta que escribió JEFFERSON siendo presidente de los Estados Unidos. Como tal era contrario a declarar un día nacional "*of fasting and thanksgiving*". En la citada carta, remitida a la Danbury Baptist Association of Connecticut que había solicitado tal declaración y fechada el 1 de enero de 1802, JEFFERSON escribió: "*Believing with you that religion is a matter which lies solely between man and his God, that he owes account to none other for his faith or his worship, that legislative powers of government reach actions only, and not opinions, I contemplate with sovereign reverence that act of the whole American people which declared that their legislature should «make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof», thus building a wall of separation between Church and State*"⁴⁵⁹. Hay que indicar que el concepto de "*wall of separation*" de JEFFERSON difiere notablemente del de ROGER WILLIAMS, que también utilizó la metáfora pero en otro sentido⁴⁶⁰. WILLIAMS utilizó la expresión en una sola ocasión y en una carta, no en una de sus obras mayores⁴⁶¹.

En el presente trabajo, por su objeto de estudio, interesa especialmente la "*Free exercise clause*". Aunque ambas cláusulas tienen incidencia respecto el rol de la religión en el puesto de trabajo⁴⁶², es la cláusula de que reconoce el *free exercise* la que tiene mayor

⁴⁵⁸ Sobre la tensión entre ambas cláusulas se ha afirmado lo siguiente por la doctrina estadounidense: "*It is often said that there is a «tension» between the Free Exercise and Establishment Clauses. This manifests itself most clearly in two doctrinal areas: accommodation of religion and funding of religion activities. In the accommodation context, the Free Exercise Clause is said to require, or at least permit, exceptions from generally applicable laws that conflict with religious exercise. But some say that such exceptions are an unconstitutional benefit to religion, forbidden under the Establishment Clause*". AAVV: *Religion and the Constitution...*, op. cit., p. 276.

⁴⁵⁹ DREIBACH: "In pursuit...", en AAVV: *Religion, public...*, op. cit., pp. 86-87.

⁴⁶⁰ REICHLAY: *Religion...*, op. cit., p. 67.

⁴⁶¹ NUSSBAUM: *Liberty...*, op. cit., p. 65.

⁴⁶² "*In the US context, questions of the free exercise of religion and the nonestablishment of religion are conceptually and practically related to questions of religious diversity in the workplace.*

incidencia en el ejercicio individual del derecho a la libertad religiosa por parte del trabajador. Realizada dicha advertencia, simplemente cabe indicar respecto de la "Establishment clause" y el concepto de separación entre Iglesia y Estado que su interpretación siempre ha sido polémica⁴⁶³. De este modo, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso *Everson v. Board of Education of Ewing Township*, 330 US 1 (1947) inició una doctrina muy contestada (incluso dentro del mismo Tribunal a través de la formulación de sendos votos particulares), que interpretó de forma extremadamente rígida la citada separación entre Iglesia y Estado. Tal doctrina fue reiterada en los años siguientes en los casos *McCullum v. Board of Education*, 333 US 203 (1948); *Zorach v. Clauson*, 343 US 306 (1952); *Engel v. Vitale*, 370 US 421 (1962); y *School District v. Schempp*, 374 US 203 (1963). la citada doctrina no fue abandonada, pero sí suavizada en los casos siguientes: *Board of Education v. Allen*, 392 US 236 (1968); *Walz v. Tax Commission of the City of New York*, 397 US 644 (1970); y finalmente el célebre caso *Lemon v. Kurtzman*, 403 US 602 (1971), que fijó los parámetros del denominado "Lemon Test"⁴⁶⁴.

En todo caso, y volviendo a la historia norteamericana, cuando GEORGE WASHINGTON (1732-1799) devino presidente en 1789 tranquilizó a católicos, judíos, baptistas, cuáqueros, etc. y afirmó que la época de la intolerancia había pasado y que era la época de los derechos naturales inherentes, que el gobierno de los Estados Unidos de América "gives to bigotry no sanction, to persecution, no assistance". Así, puede destacarse una

The legal protection afforded to the religion of individual employees, affirmed in the Title VII of the 1964 Civil Rights Act, as amended, derived from the First Amendment". HICKS: Religion..., op. cit., p. 91. Al tratar de la figura de la accommodation se hará nuevamente referencia al Título VII de la Civil Rights Act de 1964.

⁴⁶³ En el voto particular formulado por el juez Rehnquist en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Wallace v. Jaffree*, 472 US 38 (1985) se analiza de forma muy extensa la significación histórica de la *Establishment Clause*.

⁴⁶⁴ GULIUZZA, Frank: "The Supreme Court, the Establishment Clause, and incoherence", en AAVV: *Religion, public life, and the American polity*. 1ª edición. Knoxville: The University of Tennessee Press, 1994, pp. 117-127. Sobre la *establishment clause* puede consultarse NUSSBAUM: *Liberty..., op. cit.*, pp. 224-305. De forma curiosa, la jurisprudencia social ha interpretado el *wall of separation* quizás de forma más radical que la propia doctrina jurisprudencial estadounidense. Así, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) núm. 553/2007 de 16 mayo (AS 2007, 2468), en un ejercicio de comparación de la Primera enmienda norteamericana con la neutralidad española, ha afirmado lo siguiente: "La libertad ideológica, religiosa y de culto es un derecho fundamental reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución a título individual y colectivo ("a los individuos y a las comunidades"), cuyo ejercicio no puede supeditarse a la integración en una comunidad religiosa. Esta libertad religiosa tiene como primer contenido básico un deber de abstención del Estado, de neutralidad ante el hecho religioso y de evitación de impedimentos en su práctica (salvo supuestos de lesión de derechos de terceros de orden público), conforme al modelo consagrado en la "establishment clause" de la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual "el Congreso no hará Ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente...", norma que el Tribunal Supremo de aquel Estado ha entendido que impone al Gobierno un deber de abstención en materia religiosa (*Flast vs. Cohen*, 1968). El modelo constitucional español es, sin embargo, radicalmente diferente, porque lejos de imponer la abstención del Estado en materia religiosa, obliga a éste, según la interpretación dada al artículo 16.2 de la Constitución por el Tribunal Constitucional (sentencias de 15 de febrero de 2001 y de 15 de febrero de 2007) a cooperar con las comunidades religiosas, de manera que la libertad religiosa no se configura esencialmente como un deber de abstención del Estado, sino, antes al contrario, se parte de un "deber de cooperación" que "exige de los poderes públicos una actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa". El imperativo del artículo 16.3 de la Constitución exige sin embargo del Estado un deber de neutralidad en la práctica de esa cooperación" (Fundamento de Derecho Sexto).

carta de WASHINGTON dirigida a un grupo de cuáqueros en el año 1789 en los siguientes términos: “*In my opinion the conscientious scruples of all men should be treated with great delicacy and tenderness; and it is my wish and desire, that de laws may always be as extensively accommodated to them, as due regard to the protection and essential interests of the nation may justify and permit*”⁴⁶⁵. Nótese la relevancia que otorga Washington al concepto de “*accommodation*”, un concepto de gran relevancia, como se verá, en materia de relaciones laborales y respecto a la vigencia siempre dificultosa de la libertad religiosa en su seno.

El principal colaborador de WASHINGTON en la última fase de la guerra civil y el arquitecto de la estructura gubernamental, ALEXANDER HAMILTON (1755/1757-1804), enfatizó incluso mucho más que otros Padres Fundadores el rol de cohesión de la religión. Su carácter eminentemente pragmático caracterizó su enfoque de la libertad religiosa, muy dirigido a la atracción de trabajadores cualificados para la industria del país⁴⁶⁶.

No obstante, como muchos ciudadanos coetáneos pusieron de manifiesto (especialmente los abolicionistas), no se alcanzaría la igualdad hasta que se aboliera la esclavitud. Asimismo, algunos ciudadanos denunciaron públicamente (especialmente, los sufragistas) que hombres y mujeres tampoco disfrutaban de los mismos derechos políticos. En los tiempos posteriores, como es sabido, tanto los derechos de las mujeres blancas, como los de los esclavos afroamericanos avanzaron con timidez; y lo mismo ocurrió con el pleno reconocimiento de la libertad religiosa en un buen número de Estados⁴⁶⁷. La objeción de conciencia al servicio militar estuvo asimismo presente desde la misma fundación de los Estados Unidos, como se reiterará de nuevo al tratar de la objeción de conciencia. Ciudadanos como los cuáqueros o los moravos postulaban su exención al servicio armado por razones de conciencia⁴⁶⁸.

En 1816 el Estado de New Hampshire intentó tomar el control del Dartmouth College, que estaba entonces controlado por los congregacionistas. Dicho conflicto jurídico sobre el control del Estado de la educación superior, es decir, por el poder secular, y los grupos religiosos fue decantado por el Tribunal Supremo a favor de los segundos de acuerdo con una decisión del *Chief Justice* John Marshall, que obviamente decepcionó a THOMAS JEFFERSON. Ello propició que los grupos religiosos fundaran nuevas instituciones educativas de nivel superior por todo el país⁴⁶⁹.

Estados Unidos de América siempre ha sido un país marcado por la multiculturalidad y la inmigración. Después de la guerra civil el proceso migratorio se aceleró aún más. En 1860 los Estados Unidos tenía unos treinta y un millones de habitantes. Entre dicho año y 1890 llegaron al país unos diez millones de inmigrantes. Entre 1890 y 1914 llegaron quince millones más. A principios del siglo XX aumentó dramáticamente la población de los Estados Unidos y, por lo tanto, los miembros de las diferentes confesiones religiosas. En los primeros cincuenta años del siglo XX la población del país aumentó de setenta y seis millones de habitantes a ciento cincuenta millones. Los católicos pasaron de ocho millones a veinticinco millones; los metodistas de cinco millones y medio al doble de dicha cifra; los baptistas de cuatro millones a más de quince millones; los presbiterianos de un

⁴⁶⁵ LEE MILLER: *The first...*, op. cit., p. 54.

⁴⁶⁶ REICHLLEY: *Religion...*, op. cit., p. 104.

⁴⁶⁷ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, op. cit., pp. 127-132.

⁴⁶⁸ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones...*, op. cit., pp. 55 y siguientes.

⁴⁶⁹ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, op. cit., pp. 143-145.

millón y medio a más de tres millones; los luteranos de menos de un millón y medio a cinco millones; los discípulos de la rama religiosas de Barton Stone y Alexander Campbell de menos de un millón a más de cuatro millones; los episcopalianos y congregacionalistas de menos de un millón cada grupo a tres y dos millones respectivamente.

No puede tratarse la historia religiosa de los Estados Unidos y su pluralidad sin citar a los mormones y a su líder y profeta JOSEPH SMITH (1805-1844), que fue asesinado por una turba de gente⁴⁷⁰. Su sucesor BRIGHAM YOUNG lideró el asentamiento de la comunidad en Utah a mitades del siglo XIX, conformando una realidad sociológica que se mantiene en la actualidad, el mormonismo⁴⁷¹. El mormonismo sufrió un crecimiento sin precedentes desde 1890 a 1950, tanto en número de fieles como extensión territorial. En 1890 se calcula que había 250.000 mormones. En 1950 vivían 500.000 mormones sólo en el Estado de Utah. De ser una confesión ridiculizada por las otras religiones había pasado a expandirse a muchos otros Estados: Idaho, Montana, Arizona, etc. es decir, adquirieron unos rasgos que definían la comunidad religiosa como un movimiento rural y del oeste de los Estados Unidos⁴⁷².

En 1957 la Oficina del Censo arrojó las cifras consideradas como oficiales. El 96% de la población estadounidense se identificaba con alguna religión. De una población de ciento veinte millones de habitantes, setenta millones se declaraban protestantes; treinta millones católicos; y cuatro millones judíos. Sólo el 4% de la población no se identificaba con ninguna religión⁴⁷³.

Una relevante reforma de la legislación migratoria operada en 1965 operó una profunda transformación del mapa religioso estadounidense. Desde dicho momento la diversidad religiosa ya no se limitaba fundamentalmente a una riqueza religiosa basada en las diferentes visiones del cristianismo. Poco a poco el país iba a ser poblado por creyentes de otras confesiones religiosas no cristianas: musulmanes, budistas, hinduistas, etc.⁴⁷⁴; lo que, a su vez, afectó a la visión que tenían los trabajadores en relación al trabajo a partir de cosmovisiones radicalmente diferentes a las existentes hasta entonces⁴⁷⁵. Aunque el

⁴⁷⁰ Su gran carisma y originalidad en la historia religiosa de los Estados Unidos es señalado del siguiente modo: "*Smith no es sólo un profeta, otro profeta, sino que es el profeta esencial de estos últimos días, que conducen al fin de los tiempos, cuando quiera que sea*". BLOOM: *La religión...*, op. cit., p. 126.

⁴⁷¹ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, op. cit., pp. 177-180. Sobre el mormonismo puede consultarse BLOOM: *La religión...*, op. cit., pp. 77-131.

⁴⁷² Además, la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días goza de presencia en España, dados sus relevantes esfuerzos misioneros y su gran actividad proselitista.

⁴⁷³ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, op. cit., pp. 209, 279-281 y 341.

⁴⁷⁴ Algunas de las cifras que barajan los autores estadounidenses son las siguientes: "*The variety of religious expressions has multiplied in the decades following 1965. Numbers alone do not capture the diversity of the new landscape, but they provide some perspective. While estimates vary broadly, there are now millions of Muslims in the United States. Scholars debate figures between 1,8 and 6 million Muslim adults and children. Together, Asian American and white Buddhists total as many as 4 million people, and roughly 1 million Hindus reside in the United States. Jews number approximately 6 million persons, ranging from Hasidi Jewish persons living in relatively closed communities to Reform and secular Jews. In surveys, 86 percent of all Americans still claim Christianity as their «religious preference»*". HICKS: *Religion...*, op. cit. pp. 16-17.

⁴⁷⁵ "*Large numbers of adherents to Islam, Hinduism, Buddhism, and many other smaller sects joined the Christian majority and the long present Jewish minority. Jews, Muslims, Hindus and Buddhists have all addressed questions about the meaning of work in some way. Hinduism's dharma or duty and a caste system connected to occupation, along with Islam's affirmation of work*

número de musulmanes creció exponencialmente a partir de la reforma legislativa operada por la *Immigration and Naturalization Act* de 1965, lo cierto es que, por mucho que se obvие a menudo, el islam está presente en los Estados Unidos desde los tiempos coloniales, cuando dicha religión era profesada por un gran número de esclavos traídos a la fuerza desde el continente africano. Al respecto, se ha estimado que un 10% de los africanos provenientes de África occidental y llegado al continente americano entre 1711 y 1808 eran musulmanes en algún grado. De todas formas hay que remarcar que la diversidad de las corrientes musulmanas en los Estado Unidos se ha acrecentado los últimos años, lo que se erige como un fenómeno no infrecuente de aumento de la diversidad en la diversidad⁴⁷⁶.

En la década de 1980 más del 90% de los norteamericanos se identificaban con alguna religión, y el 40% asistía al culto los domingos por la mañana. La mayoría de los índices en materia religiosa eran superiores en Estados Unidos que en la mayor parte de países europeos, con la notable excepción de Irlanda o Polonia⁴⁷⁷. En el año 2001 un 64% de la población de los Estados Unidos declaraba que la religión era muy importante en su vida. Asimismo, los siguientes indicadores son muy significativos del nivel de religiosidad de la población estadounidense: el 90% de la población reza como mínimo una vez por semana, y un 59% declara que reza cada día o diversas veces al día; el 60% atiende algún servicio religioso en la iglesia como mínimo una vez al mes, y el 43% semanalmente; un 38% asiste a sesiones de rezo comunitario o de estudio de la Biblia de forma regular u ocasional⁴⁷⁸.

De hecho, desde su creación, los Tribunales de cada uno de los Estados han conocido de casos en materia de libertad religiosa (Primera Enmienda). Como primer caso de "*free exercise*" del que se puede dar cuenta en los Estados Unidos después de haberse aprobado la Primera Enmienda se puede citar una controversia jurídica que tuvo lugar en Pennsylvania en 1793 (caso *Stansbury v. Marks*, 2 Dall. 213, Pa. 1793). Dicho caso fue enjuiciado por el Tribunal Supremo de Pennsylvania y trataba de un ciudadano judío que fue penado por haberse negado a testificar en sábado en un pleito civil. En aquel entonces los sábados eran vistos como días hábiles para la gestión de asuntos civiles⁴⁷⁹.

Por razones de competencia, hasta que el Congreso no lo aprobó, los Estados no estaban sujetos a la Primera Enmienda, por lo que dichos casos no pudieron alcanzar el Tribunal Supremo durante sus primeros cien años, y sólo unos pocos pudieron ser conocidos hasta 1940. Se calcula que entre 1946 y 1956 se conocieron de 66 casos estatales y federales en materia de "*free exercise*". En cambio, entre 1970 y 1980 se materializaron 384 casos⁴⁸⁰.

Por tales razones, en los ciento cincuenta primeros años de la historia de los Estados Unidos los casos en materia religiosa raramente alcanzaban el Tribunal Supremo. Se puede citar como el primer caso que inició la interpretación de la "*Free exercise clause*"

as an assignment from God, share with Christian theologies of vocation the idea that work has meaning. In Buddhism, which sees human labor as the result of greed, work has a meaning (albeit negative) in the tradition's cosmology". LAMBERT: *Spirituality...*, op. cit., p. 17.

⁴⁷⁶ HICKS: *Religion...*, op. cit., p. 13.

⁴⁷⁷ REICHLLEY: *Religion...*, op. cit., p. 2.

⁴⁷⁸ Dichos datos y otros de gran interés pueden localizarse en MURRAY: *Religious liberty...*, op. cit., pp. 3-5.

⁴⁷⁹ AAVV: *Religion and the Constitution...*, op. cit., p. 4.

⁴⁸⁰ MILLER y FLOWERS: *Toward benevolent...*, op. cit., p. 48.

en el tribunal Supremo el caso *Reynolds v. United States*, 98 US 145 (1878). La sentencia analizó un caso en el que un ciudadano de creencias mormonas practicaba la poligamia. El Tribunal resolvió el caso diferenciando entre lo que constituía la religión en sí de las acciones que derivaban de dicha religión. La Primera Enmienda, se dejó sentado, protegía la creencia, no el comportamiento. Así, el Congreso estaba perfectamente legitimado para prohibir la poligamia protegiendo así un interés social válido⁴⁸¹, y garantizando lo que todos los ordenamientos jurídicos modernos denominan orden público.

Como confesión minoritaria en los Estados Unidos, el mormonismo es buen ejemplo de cómo, incluso en un país muy plural, las creencias mayoritarias (en este caso, los creyentes de los diferentes grupos cristianos mayoritarios), aunque tengan una raíz común con las minoritarias, suelen tender a homogeneizar en lo posible los usos sociales y a rechazar los que le son extraños. Con frecuencia de forma violenta y sin utilizar y menos agotar vía negociadora alguna. A veces a partir de realidades no compartidas, y muy a menudo a través simplemente de falsas creencias y estereotipos que no se ajustan a la verdad; a veces simplemente defendiendo cómo ha de ser la sociedad como reflejo de las creencias mayoritarias⁴⁸². En todo caso, como siempre en la historia, los grupos minoritarios han sido los que han provocado el desarrollo y evolución de los derechos fundamentales, y el mormonismo no es una excepción en los Estados Unidos; donde junto con otras confesiones, señeramente los Testigos de Jehová, provocaron un gran desarrollo doctrinal de los derechos, especialmente a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁸³. Tal impulso patente de las libertades civiles provocaron que incluso

⁴⁸¹ STRONKS, Julia K.: "The Courts' definition of religious activity: protection of diversity or imposition of a majority view?", en AAVV: *Religion, public life, and the American polity*. 1ª edición. Knoxville: The University of Tennessee Press, 1994, pp. 161-162. Para una razonable crítica del contenido de dicha sentencia vid. NUSSBAUM: *Liberty...*, op. cit., pp. 191-198. O dicho de otro modo: "In unanimously sustaining the statute as applied to Reynolds, the Court, speaking through Chief Justice Waite, announced a rather simplistic and antilibertarian «action-belief» doctrine as its guiding standard. That is, the First Amendment makes belief absolute, but not action based on that belief". LEE MILLER: *The first...*, op. cit. p. 48.

⁴⁸² Como ejemplo de ello, señálese los duros términos utilizados por el Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Davis v. Beason*, 133 US 333 (1890): "Bigamy and polygamy are crimes by the laws of all civilized and Christian countries. They are crimes by the laws of the United States, and they are crimes by the laws of Idaho. They tend to destroy the purity of the marriage relation, to disturb the peace of families, to degrade woman, and to debase man. Few crimes are more pernicious to the best interests of society, and receive more general or more deserved punishment. To extend exemption from punishment for such crimes would be to shock the moral judgment of the community. To call their advocacy a tenet of religion is to offend the common sense of mankind".

⁴⁸³ Respecto a los Testigos de Jehová se ha afirmado: "Almost fifty years passed before the Supreme Court again dealt directly with the issue of religious liberty. The Jehovah's Witnesses, who like the Mormons were subjected to much mistreatment before they ultimately attained «respectability», provided the opportunity for the Court to develop a significant body of federal case law on the subject. In the years since 1938, approximately eighty cases involving the sect have been carried to the Supreme Court. All individuals, as well as religious bodies, owe this sometimes intolerant and belligerent - but always tenacious - group a debt of gratitude for forcing the Court to wrestle with issues which it sometimes would surely have preferred to avoid. In the process of thinking and rethinking the issues raised in the continuing litigation, the Court has been forced to develop and refine new formulae giving not only greater clarity but also greater breadth to the meaning of the free exercise clause". MILLER y FLOWERS: *Toward benevolent...*, op. cit., p. 55. En el caso Español, un aumento de la confianza de las confesiones minoritarias en las funciones jurisdiccionales y en el potencial del sistema de derechos fundamentales sin duda podría provocar que en una primera fase aumentara la litigación (sin necesidad de que se materializaran grandes

el mismo Tribunal Supremo estadounidense los haya comparado con las minorías religiosas existentes en la eclosión de los Estados Unidos en el siglo XVIII⁴⁸⁴.

Así, en los años 40 del siglo XX ocurrió lo contrario y se invirtió la tendencia renuente a que los casos alcanzaran el Tribunal Supremo. Los casos empezaron a ser conocidos por el Tribunal Supremo, incrementándose desde entonces su frecuencia y complejidad. En muchas ocasiones se ha citado a MADISON y a JEFFERSON, lo que a su vez ha provocado agrias disputas doctrinales sobre la corrección de la interpretación histórica de las obras de los fundadores por parte de los magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos; o incluso si dicha interpretación histórica posee alguna validez jurídica en los casos que se resuelven en la actualidad⁴⁸⁵. De hecho, en la famosa sentencia del caso

conflictos sociales y culturales); en una segunda fase que se empezara a consolidar una jurisprudencia que, más allá de la pura legalidad la trascendiera, fuera consciente de los retos de una sociedad religiosamente plural; y, finalmente, quizás, sólo quizás, el legislador estatal (el internacional hace tiempo que asumió tal tesitura) materializaría la tarea de actualizar la legislación ante los nuevos retos que plantea el siglo XXI. Otro escenario menos positivo sería que, fruto de un aumento relevante de los conflictos sociales y culturales, el legislador tomara conciencia de la problemática, pero sólo después de acaecidos dichos conflictos. Recuérdese que es en la Modernidad, cuando los pequeños grupos minoritarios provocan la eclosión y evolución del derecho a la libertad religiosa, en una sociedad plural, según una fisonomía que todos podamos reconocer. Ya en la contemporaneidad, en países tales como Canadá, los Estados Unidos, el Reino Unido o Alemania, los Tribunales Constitucionales y los Tribunales Supremos están realizando una tarea de incalculable valor, que debería servir como ejemplo empírico, como camino a seguir, para que en España se puedan ir resolviendo los conflictos que puedan ir materializándose.

⁴⁸⁴ Tal comparación es realizada en el sentencia dictada en el caso *Jones v. Opelika*, 316 US 584 (1942) en los siguientes términos: "*One need only read the decisions of this and other courts in the past few years to see the unpopularity of Jehovah's Witnesses and the difficulties put in their path because of their religious beliefs. An arresting parallel exists between the troubles of Jehovah's Witnesses and the struggles of various dissentient groups in the American colonies for religious liberty which culminated in the Virginia Statute for Religious Freedom, the Northwest Ordinance of 1787, and the First Amendment. In most of the colonies, there was an established church, and the way of the dissenter was hard. All sects, including Quaker, Methodist, Baptist, Episcopalian, Separatist, Rogerine, and Catholic suffered. Many of the nonconforming ministers were itinerants, and measures were adopted to curb their unwanted activities. The books of certain denominations were banned. Virginia and Connecticut had burdensome licensing requirements (...). Other states required oaths before one could preach which many ministers could not conscientiously take*". En un voto particular de la sentencia dictada en el caso *Prince v. Massachusetts*, 321 US 158 (1944) se dice lo siguiente: "*No chapter in human history has been so largely written in terms of persecution and intolerance as the one dealing with religious freedom. From ancient times to the present day, the ingenuity of man has known no limits in its ability to forge weapons of oppression for use against those who dare to express or practice unorthodox religious beliefs. And the Jehovah's Witnesses are living proof of the fact that, even in this nation, conceived as it was in the ideals of freedom, the right to practice religion in unconventional ways is still far from secure. Theirs is a militant and unpopular faith, pursued with a fanatical zeal. They have suffered brutal beatings; their property has been destroyed; they have been harassed at every turn by the resurrection and enforcement of little used ordinances and statutes. (...) To them, along with other present-day religious minorities, befalls the burden of testing our devotion to the ideals and constitutional guarantees of religious freedom*".

⁴⁸⁵ Por ejemplo, EMMERICH defiende, frente a otros autores, la necesidad de estudiar la obra de MADISON (realza así la relación entre la disciplina histórica y el Derecho) y su visión de la libertad religiosa para llevar a cabo una correcta interpretación de la Constitución de los Estados Unidos y resolver los litigios relativos a dicha libertad que se materialicen en la actualidad. EMMERICH: "Madison..., op. cit., pp. 52-54. Ha de tenerse en cuenta que por las circunstancias que rodean la eclosión de la Constitución de los Estados Unidos y el tiempo transcurrido desde su promulgación, la labor de interpretar la voluntad de sus autores es bastante más compleja que la misma tarea en el caso de la Constitución Española. En el caso de la Carta Magna de 1215 su formulación fue

Marbury v. Madison, 1 Cranch 137 (1803), fue parte JAMES MADISON cuando era Secretario de Estado en la administración de Jefferson. Para tal fenómeno se pueden apuntar varios motivos⁴⁸⁶:

- En 1940 el Tribunal Supremo decidió que la Primera Enmienda era de aplicación a los Estados federados; no sólo el gobierno federal debía ajustarse a dicha enmienda, sino que los Estados igualmente la debían respetar.
- En la época en que tuvo lugar la Segunda Guerra Mundial el pluralismo religioso en los Estados Unidos había alcanzado unas cotas de implantación nunca vistas, sin parangón en la historia del país.
- Varios lobbies y organizaciones contribuyeron a elevar casos en materia de libertad religiosa al Tribunal Supremo.
- La Constitución federal se había posicionado en el parecer de los ciudadanos como el símbolo de la unidad nacional por antonomasia.
- La conciencia liberal por alcanzar un verdadero Estado secular fue ganando terreno, especialmente en la década de los 60 del siglo XX.

Tal y como ha ocurrido en otros momentos históricos y en muchos otros países, la configuración del derecho a la libertad religiosa en los Estados Unidos ha ido evolucionando según las demandas y luchas de las minorías religiosas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y los Tribunales inferiores comprende multitud de asuntos en los que hay involucrados ciudadanos mormones, judíos, católicos, Testigos de Jehová, adventistas del séptimo día, amish o indios americanos. En la historia de la definición de la *free exercise clause* las minorías siempre han estado presentes. Resáltese que precisamente la *Bill of rights* fue diseñada como un instrumento para evitar la tiranía de la mayoría⁴⁸⁷.

En el siglo XXI en los Estados Unidos existe una fuerte lucha entre las posiciones partidarias de la secularización y otras posturas a favor de una mayor presencia de la religión en la vida pública, como ocurre en la mayoría de países industrializados. La batalla hermenéutica para fijar el correcto sentido de la "*Wall of separation*", entre la estricta separación entre Iglesia y Estado y una mera neutralidad de dicho Estado,

muy formal (existen incluso las actas de las sesiones y los borradores), sin perjuicio de que pudieran tomarse en cuenta otros datos más informales fácilmente localizables en los libros de historia; y fue promulgada hace escasos años, en comparación con su homóloga estadounidense. En tal caso quien realiza la tarea hermenéutica ha de examinar la correspondencia de la época, estudiar los antecedentes inmediatos como la legislación en Virginia o tener en cuenta un contexto histórico muy diferente del actual. Para entender la problemática, e incluso así las circunstancias son muy diferentes, podría partirse de la ficción que la Constitución actualmente vigente en España fuera la de Cádiz de 1812. En definitiva, la tarea hermenéutica del jurista español respecto la libertad religiosa es mucho menos ardua, y más teniendo en cuenta lo reciente de la promulgación de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa; que a su vez fue aprobada por amplia mayoría poco después de la entrada en vigor de la Constitución. El problema tanto en Estados Unidos como aquí es determinar hasta dónde se está dispuesto a aceptar la vigencia del derecho a la libertad religiosa en el contexto laboral. Mientras allá la doctrina puede entretenerse intentando discernir la voluntad de Jefferson o Madison, en España la tarea es más diáfana.

⁴⁸⁶ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, op. cit., pp. 349-350.

⁴⁸⁷ RUBIO LÓPEZ, José Ignacio: *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*. 1ª edición. Pamplona: Universidad de Navarra, 2006, pp. 187-188.

continúa. No obstante, parece evidente que Estados Unidos como país, y a diferencia de los países europeos, ha sabido anudar a su ciudadanía valores que ninguna relación guardan con la etnia, la raza o la religión; unos valores republicanos que, con mayor o menor suerte (los conflictos por razón de creencias religiosas son inevitables en un país con tanta población y con el grado de pluralidad religiosa existente), ha sabido crear un sentimiento de pertenencia que nada tiene que ver con la sangre o el origen⁴⁸⁸; y la legitimización política estadounidense se ha secularizado de una forma muy diferente a la europea, y aun de modo radicalmente diferente en comparación a la legitimización política en la Modernidad española⁴⁸⁹. Y ello sin duda ha revertido en su desarrollo social, económico, cultural, científico, deportivo o tecnológico, por citar los ámbitos más relevantes. Estados Unidos se podría haber limitado a crear una pertenencia nacional, una identidad, a partir de un ciudadano "modelo": hombre blanco, anglosajón y protestante, un WASP ("*white anglo saxon protestant*"). Sin embargo, y sin perjuicio que obviamente no han sido superadas aún las discriminaciones por razón de género u orientación sexual, tal modelo fue desechado no sin grandes esfuerzos y luchas por parte de pobladores menos favorecidos, como los ciudadanos de raza negra descendientes de los esclavos o la minoría judía, por citar sólo dos ejemplos. Hoy en día los Estados Unidos se enfrentan a otros dilemas, como el rol de la religión en el espacio público o la atención de las demandas de la cada vez más numerosa población de origen hispano, sin olvidar la falta de superación de las discriminaciones por razón de género, orientación sexual o raciales, que aún siguen lastrando las relaciones laborales en Norteamérica.

4.8. Ilustración y libertad religiosa

Como se ha dejado dicho con anterioridad, en el siglo XVIII la Ilustración supone un segundo impulso a la Modernidad y al proceso de secularización, por lo tanto, también para la configuración del concepto de libertad religiosa, idea que va más allá de su concepción en la época de la Reforma⁴⁹⁰; el ciudadano ilustrado, el *freethinker*, el

⁴⁸⁸ En dicho sentido se ha afirmado que "*America has always been unusual among the nations of the world in just this way: we do not think that we are fundamentally people of a given race, or soil, or religion. We are held together by ethical commitments (to equal respect and the value of liberty) that transcend particular groups. New immigrants can join us without changing religion or ethnicity, coming to revere those values. Such «cosmopolitan» ideas came to be seen as the mark of of the enlightened person. They were not used so much to suggest a style of foreign relations as to suggest a way of thinking about the nation's own unity, in which blood, soil, and ethnoreligious homogeneity are not necessary to hold a nation together: common ethical and political commitments are the right way to cement the republic*". NUSSBAUM: *Liberty...*, op. cit, p. 82.

⁴⁸⁹ En el mundo occidental "se da una variedad de modelos en relación con la secularización de la legitimación política. En algunos países el nacionalismo democrático compite por imponerse social y políticamente con otras corrientes de nacionalismo religioso, como ocurre en la historia moderna de España. En otros, el nacionalismo democrático coexiste con una religión oficial nacional que progresivamente se retira al ámbito privado, como ocurre en la mayoría de los países europeos de tradición protestante. El caso de los Estados Unidos puede representar otro modelo, pues el nacionalismo democrático coexiste con un extremado pluralismo religioso, lo que hace que el Estado tenga, el algún sentido, su propia religión, haciendo llamada a un Dios no identificable con ninguna de las religiones específicas". PÉREZ-AGOTE POVEDA: "Los límites...", en AAVV: *Sagrado/Profano...*, op. cit., p. 308.

⁴⁹⁰ En palabras de ROCA FERNÁNDEZ el concepto de tolerancia religiosa durante el siglo XVIII "se funda prevalentemente sobre la independencia respecto al fenómeno religioso, y, en esto, se diferencia profundamente del concepto de tolerancia en la Reforma, en el que cuando se toleraba

Aufklärer, el *philosophe*, exige en el siglo XVIII mucho más al Estado en dicha materia que en los dos siglos precedentes⁴⁹¹. Dicho siglo se caracteriza por la defensa de la libertad en todas sus facetas, incluida la tolerancia religiosa y la libertad de cultos⁴⁹². Si bien es cierto que el concepto de libertad y de tolerancia fue un eje clave en el desarrollo del pensamiento de la época, y dicha libertad (o su ausencia, la intolerancia) puede manifestarse en muchas de las dimensiones de la existencia humana, en el denominado Siglo de las Luces la religión fue el elemento más expresivo de dicha discusión⁴⁹³. El siglo XVIII recoge el fruto del pensamiento de ERASMO de Rotterdam, la semilla plantada de forma precursora por el citado autor humanista que ya en el siglo XVI había defendido la fe en la naturaleza humana, la coexistencia pacífica y la tolerancia. Las teorías erasmianas son precursoras del pensamiento que es desarrollado posteriormente por autores como ROUSSEAU o HERDER⁴⁹⁴. Asimismo, la obra de SPINOZA influenciará de forma decisiva los postulados del citado HERDER o de LESSING, quienes pueden ser considerados neoespinozistas. Respecto a LESSING, hay que citar su última y más célebre obra *Nathan der Weise* (1779), que es sin duda una obra precursora de la Ilustración alemana en cuanto a su concepción de la tolerancia, que hay que calificar como muy completa. De hecho, su concepción de la tolerancia era tan avanzada que comprendía a musulmanes y judíos según los mismos parámetros de ciudadanía en cuanto su sujeción a la ley que protestantes y católicos⁴⁹⁵.

Como se ha dicho, con la Ilustración se inicia un proceso secularizador que aún continúa en la actualidad⁴⁹⁶; Dios es alejado, pero no desaparece ni mucho menos de la sociedad occidental⁴⁹⁷. Desde Constantino hasta el siglo XVIII y la Revolución Francesa, sociedad,

la existencia de otra confesión, se suponía la pertenencia a otro credo". ROCA FERNÁNDEZ: *La tolerancia...*, op. cit., p. 108.

⁴⁹¹ "Si el hombre del siglo XVII había sentido de un modo especialmente doloroso la coacción en cuanto a su fe, aumenta esta sensibilidad en el siglo XVIII de la manera que ahora exige imperiosamente del Estado una medida mucho mayor de libertad como intangible". JELLINEK: *La Declaración...*, op. cit., p. 135.

⁴⁹² "El progreso del Estado secular y una correspondiente decadencia de la autoridad religiosa independiente (...) favorecieron el progreso de una de las mayores reformas, la extensión del principio de tolerancia y la mengua de la persecución religiosa". COBBAN: "Reforma y revolución...", en AAVV: *El siglo... op, cit.*, p. 329.

⁴⁹³ BELLO REGUERA, Eduardo: "Tolerancia, verdad y libertad de conciencia en el siglo XVIII". *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, 2004, núm. 30, p. 128.

⁴⁹⁴ HUIZINGA: *Erasmus...*, op. cit., pp. 191-192.

⁴⁹⁵ ISRAEL: *A revolution...*, op. cit., p. 71. Como ha indicado la doctrina española "la tolerancia es para Lessing una virtud en estrecha vinculación con el mandato del amor y que sólo se alcanzará en el futuro. Esta virtud sólo será posible en la conciencia colectiva del esfuerzo moral (solidaridad moral). Constituye el paso previo de la Humanidad y no implica necesariamente la negación de la verdad en la pluralidad de opiniones, es la finalidad del amor, evidente para la raza humana, lo que permite la tolerancia universal como un categoría dada. En esta tolerancia debe incluirse también el ateo". ROCA FERNÁNDEZ: "Aplicación de...", op. cit., p. 804.

⁴⁹⁶ "Enlightenment modernity proclaimed the death of religion. Modernity signaled not only the demise of the Church's institutional authority and clerical control, but also the loosening of religion's ideological and intellectual grip on society. Scientific reasoning and the moral claims of the secular social contract replaced theology and the Church as the bases for truth and social identity". JUERGENSMEYER, Mark: *Terror in the mind of God. The global rise of religious violence*. 1ª edición. Los Angeles: California University Press, 2001, p. 225.

⁴⁹⁷ "El siglo XVIII es el siglo de la filosofía, según la expresión de D'Alembert. Todo ha sido removido, discutido, analizado, desde los principios de las ciencias hasta los fundamentos de la religión revelada, desde los problemas de la metafísica hasta los del gusto, desde la música hasta la moral, desde las cuestiones teológicas hasta las de la economía y el comercio, desde la política hasta el derecho de gentes y el derecho civil. El *Rerum novus nascitur ordo* de Diderot viene

poder e Iglesia se confundieron, sin que la Reforma del siglo XVI supusiera un impedimento a una Iglesia Estatal, más bien al contrario⁴⁹⁸. Resulta especialmente crucial para la historia de occidente y para el concepto de igualdad, el disfrute de las libertades individuales y, en definitiva para lo que hoy se entiende como democracia, el período comprendido entre 1770 y 1798, lapso de tiempo en el que tuvieron lugar discusiones filosóficas de alto calado intelectual y que abrieron el camino a posteriores cambios sociales⁴⁹⁹.

Sin embargo, el Estado de la Ilustración se vio abocado a poner en práctica la tolerancia religiosa si quería mantener la paz, tanto respecto al poder ejercido sobre los ciudadanos, como en las relaciones entre ellos⁵⁰⁰. No en vano la enriquecedora filosofía de los ilustrados se centra en el ser humano y el concepto de razón, tiende al ensalzamiento de la dignidad de la persona y el ambivalente concepto de progreso; como herederos de las obras de DESCARTES se enfatiza el dominio de la naturaleza gracias al conocimiento científico, frente a las superadas concepciones políticas y sociales del Antiguo Régimen que habían prevalecido hasta dicho momento, y que sostenían la fuerza unificadora de la omnipresente tradición, una jerarquía social fundada en el privilegio de la nobleza, el clero y las múltiples corporaciones existentes y la desigualdad civil. El Derecho se desacraliza, del Derecho divino se pasa al Derecho positivo; se produce una mutación de la legitimación tradicional. Progreso y optimismo en la naturaleza humana van de la mano durante la Ilustración⁵⁰¹.

En esta fecunda etapa para el pensamiento occidental se encuadran autores tan decisivos para la libertad religiosa como son DIDEROT, MONTESQUIEU, ROMILLY, ROUSSEAU

preparado por una larga historia que se retrotrae hasta el Renacimiento, una civilización que, siguiendo el Candide de Voltaire, separa a Dios del hombre. No hay ninguna capilla en el jardín de Candide, puesto que la cuestión no es la relación del hombre con Dios, sino del hombre con el mundo. La industria ocupa el lugar de la plegaria. Dios es alejado sin llegar a ser suprimido". HEREU I BOHIGAS, Josep: "Ilustración, revolución, romanticismo y cristianismo", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. IV. El Mundo contemporáneo*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2010, p. 70.

⁴⁹⁸ RAHNER, Karl: *Tolerancia, libertad, manipulación*. 1ª edición, 2ª impresión. Barcelona: Herder, 2010, p. 141.

⁴⁹⁹ "The most decisive phase in the rise of democracy, individual liberty, and egalitarian values to centrality within the Western World's value system was clearly the period from immediately prior to the American Revolution, say from around 1770, down to 1789. Neglected in the past, the astounding intellectual victories of the radical philosophers during these two fraught, bitterly contested decades, as well as the ensuing torrent of egalitarian ideology engulfing France and Holland before (even more crucially than after) 1789, were inseparably linked to the revolutionary process that followed, a historical reality that must eventually assume a preeminent place in all serious inquiry into the origins of modern equality and democracy". ISRAEL: *A revolution...*, op. cit., pp. 38-39.

⁵⁰⁰ "El deber estatal de procurar la paz fue facilitado y, en el fondo, solamente fue posible a través de la Ilustración, que es un producto filosófico de la división de la fe. La relativización ilustrada de las confesiones religiosas interiorizó a éstas, al mismo tiempo que secularizó las tareas de competencia estatal". STARCK: "Raíces históricas...", op. cit., p. 15.

⁵⁰¹ "La filosofía de la Ilustración sustituía la idea tradicional de la vida y de la sociedad por una idea de bienestar social, fundada en la creencia de un progreso indefinido del espíritu humano y del conocimiento científico. El hombre recobraba su dignidad". SOBOUL: *La revolución...*, op. cit., pp. 21 y 53-54, p. 86. "La actitud fundamental de los filósofos ilustrados es de orientación optimista, pues la vida humana no aparece como un asunto trágico sino como una actividad de orientación positiva, constantemente mejorable. La naturaleza es susceptible de ser mejorada mediante la ciencia y la técnica; los seres humanos están llamados a progresar moralmente mediante el compromiso con la justicia y la tolerancia religiosa". CABEDO MANUEL: *Filosofía y cultura...*, op. cit., p. 46.

o VOLTAIRE, por citar algunos de los más destacados en relación a la tolerancia religiosa⁵⁰². Así como apareció un importante movimiento racionalista a raíz de la Revolución Francesa, se conformó como reacción el correspondiente grupo de autores antirracionalistas ligados en buena parte a posturas contrarrevolucionarias⁵⁰³. Lógicamente las ideas ilustradas no se expandieron y fueron acogidas de manera uniforme entre todos los países y entre todas las capas de población. Así, la Ilustración tuvo mayor acogimiento entre los ingleses que entre los austríacos; entre los hombres que entre las mujeres; en general tuvo una mayor incidencia entre los protestantes que entre los católicos; fue acogida de forma más enérgica entre las capas instruidas de los núcleos urbanos que entre los moradores con poca formación de las zonas rurales. Así pues, no es de extrañar que la tolerancia religiosa, una de las consecuencias del ideal ilustrado, tuviera mayor acogida en unos segmentos de ciertas poblaciones que en otros, donde incluso dicha tolerancia fue rechazada con vehemencia y las muestras de resistencia fueron evidentes⁵⁰⁴.

Como consecuencia de la ejecución el 9 de marzo de 1762 de Jean Calas, tras un juicio con graves vulneraciones de derechos reconocidos en las leyes, bajo una fuerte presión popular por las derrotas de la Guerra de los Siete años y el recuerdo de las luchas contra los hugonotes⁵⁰⁵, ese mismo año VOLTAIRE escribe su célebre *Tratado sobre la tolerancia* en defensa de la familia Calas. Dicha familia, de creencias protestantes, fue acusada de provocar la muerte de uno de los hijos en la ciudad de Toulouse por razones religiosas. La defensa del caso le sirvió al autor de pretexto para llevar a cabo una acérrima defensa de la libertad de conciencia y de la tolerancia religiosa. Así, el autor crítica las motivaciones de las guerras de religión, ya que “*el derecho de la intolerancia es (...) absurdo y bárbaro; es el derecho de los tigres, y es mucho más horrible, porque los tigres*

⁵⁰² En un trabajo contemporáneo muy crítico con los postulados de la Ilustración se ha llegado a afirmar, sin las necesarias matizaciones que requeriría tal afirmación, que “*la Ilustración y la Enciclopedia enfrentan razón con fe, naturaleza con gracia, derecho natural con derecho positivo, filosofía con teología, hombre con cristiano*”. ANDRÉS MARTÍN: *Cristianismo...*, op. cit., pp. 169-170. En una crítica de tenor parecido, se ha afirmado que “*en nombre de la Razón, escrita ahora frecuentemente con mayúscula, se pretendía fijar los derechos y deberes de los hombres desde su propia voluntad, sin atender a principios éticos objetivos, someter a juicio (crítica) todas las verdades hasta entonces reconocidas y, haciendo de la naturaleza humana un centro esencial, secularizar su existencia. Dios pasó a ser un producto de la propia mente humana que de este modo podía definir y explicar la Causa o Motor del Universo*”. SUÁREZ FERNÁNDEZ: *Crisis...*, op. cit., p. 168. En cambio, una posición positiva de la Ilustración más acorde con la realidad es la siguiente: “*En el horizonte de vaivenes, el elemento permanente fue el de las voces de los profetas, que los hubo, y de los intelectuales, que, con más o menos audiencia, de forma aislada al principio y como solitarios, como un coro algo desafinado pero sonoro en el tiempo de la Ilustración, lograron crear en el siglo XVIII una opción, minoritaria pero efectiva, que cambiaría el sistema de valores, y por exigencias de la razón, es decir de la dignidad humana tal y como ellos la entendían, y de la religión, y del evangelio, y de la moral y la ética, reclamaron con todos sus recursos, que eran muchos y poderosos, como un derecho y una virtud lo que antes se consideraba como una flaqueza: el de la tolerancia de los disidentes de la libertad de conciencia, de culto, para todas las confesiones religiosas (y de opinar para todos los ciudadanos*”. EGIDO LÓPEZ: “*Época moderna...*”, en AAVV: *La tolerancia...*, op. cit., p. 66.

⁵⁰³ Ambos movimientos franceses son analizados SOBOUL: *La revolución...*, op. cit., pp. 427 y ss.

⁵⁰⁴ KAPLAN: *Divided...*, op. cit., pp. 350-351.

⁵⁰⁵ COBBAN, Alfred: “*Reforma y revolución. El fin del «ancien régime»*”, en AAVV: *El siglo XVIII. Europa en la época de la Ilustración*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1972, p. 329.

sólo desagarran para comer, y nosotros nos hemos exterminado por unos párrafos”⁵⁰⁶. En lugar de luchar entre sí, las naciones y las personas están destinadas a cooperar y a dirigir sus conductas guiadas por la siempre omnipresente razón en las obras de los autores de la época: “*La naturaleza dice a los hombres: os he hecho nacer a todos débiles e ignorantes, para vegetar unos minutos sobre la tierra y para abonarla con vuestros cadáveres. Puesto que sois débiles, socorreos; puesto que sois ignorantes, ilustraros y toleraos*”⁵⁰⁷.

4.9. La Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y la Constitución francesa de 1791

Como se ha dicho con anterioridad, la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, como consecuencia directa del triunfo de los postulados de la Revolución Francesa, supuso en materia religiosa la superación del Edicto de tolerancia decretado por Luis XVI en 1787⁵⁰⁸.

Los artículos del proyecto de Declaración relativos a la libertad de opiniones y al culto público fueron discutidos de forma intensa en el seno de la Asamblea Nacional, ya que los miembros del clero eran renuentes a todo cambio que supusiera cualquier alteración del *status quo* en materia religiosa. Así, el clero luchó para que la Asamblea aprobase la instauración del catolicismo como religión oficial del Estado. Por el contrario, por ejemplo, voces como la de Mirabeau participaron activamente a favor de que el proyecto de Declaración incluyera la libertad de conciencia y culto⁵⁰⁹.

El 26 de agosto de 1789, la Asamblea adoptó la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano. Inmediatamente después de su aprobación, se empezó a discutir el texto constitucional, de la cual la Declaración constituía su preámbulo. La Declaración empezaba solemnemente del siguiente modo: “*Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les*

⁵⁰⁶ VOLTAIRE: *Tratado...*, op. cit., p. 96. El autor critica de forma frontal toda persecución entre cristianos por razón de religión: “*Si queréis pareceros a Jesucristo, sed mártires, y no verdugos*” (p. 131).

⁵⁰⁷ VOLTAIRE: *Tratado...*, op. cit. p. 158.

⁵⁰⁸ “*La Revolución sustituyó al estado absolutista del Antiguo Régimen, fundado sobre la teoría del derecho divino y que garantizaba los privilegios de la aristocracia, por un Estado liberal y laico, fundado sobre los principios de la soberanía nacional y de la igualdad ciudadana*”. SOBOUL: *La revolución...*, op. cit., p. 437. Para un examen del proceso de secularización provocado por la Revolución y la separación de la Iglesia y el Estado vid. pp. 440-442. No pueden entenderse los profundos cambios llevados a cabo por la Revolución sin tenerse en cuenta las discusiones filosóficas de los autores más radicales de la Ilustración: “*The rise, growth, and diffusion of Radical Enlightenment from the 1660s down to the 1780s is not merely relevant to the advent of the French Revolution, and indeed the entire revolutionary wave of the late eighteenth century, but arguably much the most important factor in any proper understanding of how and why the Revolution developed as it did - that is, how and why it became a conscious and systematic effort to erase completely the institutions and consciousness of the past and replace these across the board with the principles of liberty, equality, and fraternity*”. ISRAEL: *A revolution...*, op. cit., pp. 223-224.

⁵⁰⁹ SOBOUL: *La revolución...*, op. cit., p. 115.

recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos". Después de dicha introducción justificativa del texto aprobado, la Declaración afirma que la Asamblea Nacional reconoce y declara los derechos "en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios", sin mayores matices.

En materia de libertad religiosa y de conciencia, la primera parte del art. 1 se erige como el eje sobre el cual giran los derechos individuales: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos". La segunda parte del precepto reconoce la posibilidad de existencia de desigualdades si existe justificación para ello: "Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común". El art. 4 establece el límite en el ejercicio de los derechos, que no es más que la eventual afectación en el ejercicio de los derechos por parte de los demás ciudadanos: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley". Es decir, se establece la reserva legal, y por lo tanto la actuación del Poder Legislativo como garantía, para cualquier limitación de derechos.

En lo que aquí interesa es muy relevante lo preceptuado en el art. 10: "Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley". De la lectura de dicho precepto se desprende que se establece una amplia libertad de conciencia, aunque se evita expresamente el término "libertad religiosa"⁵¹⁰, limitada únicamente por la típica institución liberal del orden público, cuyas características deben de ser reguladas mediante una ley. Así pues, los límites del derecho se verán claramente mediatizados según el modo y extensión en que se regule la noción de "orden público", que gráficamente aparece en la actualidad en la vigente Constitución Española.

Y es que resulta evidente que la Declaración es el producto de una clase social que resulta victoriosa en la Revolución, cual es la burguesía. Por lo tanto, a lo largo del articulado se pueden observar un buen número de restricciones, precauciones y condiciones que modulan el ejercicio y alcance de los derechos reconocidos para garantizar los intereses inherentes a dicha clase social; a lo que cabe añadir que el articulado de la Declaración está fuertemente impregnado de una concepción radicalmente individualista de las relaciones sociales y que configura como derechos naturales derechos tales como el de propiedad. Dicha configuración del articulado por parte de la burguesía constituyente provocó que finalmente en la práctica el derecho a la

⁵¹⁰ Tal omisión del término "libertad religiosa" ha sido con razón criticada: "En un punto esencial, la Declaración francesa se queda atrás de las americanas. Sólo de un modo tímido y disimulado se atreve el artículo 10 a tocar lo de la manifestación de las opiniones en materia religiosa: como la Constituyente quería contemporizar con los sentimientos de sus miembros eclesiásticos y de la gran masa del pueblo, no se aventura a proclamar la libertad religiosa, sino únicamente la tolerancia". JELLINEK: *La Declaración...*, op. cit., p. 105.

igualdad o el derecho de conciencia entraran fácilmente en contradicción con la manera de organizarse el nuevo Estado, con el núcleo duro ideológico del nuevo régimen⁵¹¹.

En relación con el derecho establecido en el art. 10, el art. 11 establece que *“la libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley”*. Como se ha apuntado por algún autor, en ninguno de los preceptos citados aparece el término “tolerancia” o “libertad de conciencia”, a diferencia de lo que sí ocurre en otras declaraciones del siglo XVIII, como es el caso de la Declaración de derechos (*Bill of Rights*) de Virginia de 1776 o la de Pensilvania del mismo año⁵¹².

En la práctica, los derechos civiles fueron concedidos a la ciudadanía de forma paulatina y vacilante, y según sus creencias. Los protestantes vieron reconocidos sus derechos de ciudadanía el 24 de diciembre de 1789; los judíos del Mediodía el 28 de enero de 1790; y los del este el 27 de diciembre de 1791, es decir, bastante más tarde del momento en que se aprobó la Declaración de derechos⁵¹³.

Como se ha dejado dicho, la Constitución francesa de 1791 incluyó como preámbulo la Declaración. Antes de entrar a proclamar los derechos reconocidos por la Constitución, la Carta Magna aclara que *“la loi ne reconnoît plus ni voeux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution”*. Al regular los derechos, el Título Primero 3º de dicha constitución reconoce *“La liberté à tout homme de parler, d'écrire, d'imprimer et publier ses pensées, sans que les écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection avant leur publication, et d'exercer le culte religieux auquel il est attaché”*. Los límites al ejercicio de los derechos son regulados de la siguiente forma: *“Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution ; mais comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société”*. Es interesante resaltar la regulación del derecho a la propiedad, ya que contiene una mención expresa a los bienes dedicados al culto: *“La Constitution garantit l'inviolabilité des propriétés ou la juste et préalable indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice. - Les biens destinés aux dépenses du culte et à tous services d'utilité publique, appartiennent à la Nation, et sont dans tous les temps à sa disposition”*. La Constitución también reconoce un derecho relevante a los efectos de examinar la vigencia de la libertad religiosa en la Francia revolucionaria y que no es habitual que sea reconocido: *“Les citoyens ont le droit d'élire ou choisir les ministres de leurs cultes”*.

⁵¹¹ SOBOUL: *La revolución...*, *op. cit.*, pp. 136 y 451. Dicho autor critica con razón que aprobada la Declaración los cultos disidentes no son tolerados más que en la medida en que sus manifestaciones no alteren el orden público; la religión católica continúa siendo la del Estado y la única subvencionada; y los protestantes y judíos tendrán que contentarse con celebrar de forma privada sus respectivos cultos (p. 137).

⁵¹² Es el caso de BELLO REGUERA: “Tolerancia...”, *op. cit.*, pp. 134-135.

⁵¹³ SOBOUL: *La revolución...*, *op. cit.*, pp. 137-138. El delito de herejía desaparece con la aprobación del Código Penal de 25 de septiembre de 1791 (p. 150).

5. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA

“Decid: ¿Con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes, que estaban en sus tierras mansas y pacíficas donde tan infinitas de ellas, con muerte y estragos nunca oídos habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin darles de comer ni curarlos en sus enfermedades en que, de los excesivos trabajos que les dais, incurren y se os mueren y, por mejor decir, los matáis por sacar y adquirir oro cada día? Y ¿qué cuidado tenéis de quien los adoctrine y que conozcan a su Dios y creador, sean bautizados, oigan misa, guarden las fiestas y domingos? ¿Éstos no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No estáis obligados a amarlos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos? Tened por cierto que en el estado en que estáis no os podéis más salvar que los que carecen y no quieren la fe de Jesucristo”⁵¹⁴.

5.1. España: un país impermeable a la disidencia

Según se ha podido comprobar de forma empírica, parece existir una clara relación entre la pluralidad religiosa existente en la fundación de un Estado y el mayor desarrollo posterior de la libertad religiosa⁵¹⁵. Como casos paradigmáticos se pueden citar la antigua Roma, o, ya en la Modernidad, la creación de Holanda o la génesis de los Estados Unidos de América, ambos países receptores de minorías religiosas que, a su vez, han contribuido a un mayor fortalecimiento de la libertad religiosa. Así, se ha señalado que la protección legal que se otorga a la libertad religiosa depende de factores tan variados como son la estabilidad del régimen político; la historia de las relaciones entre Estado e Iglesia; el grado de pluralidad religiosa en el ámbito local; la naturaleza de la religión predominante o predominantes y su postura ante las disensiones religiosas; la dinámica tradicional entre grupos de diferentes confesiones; entre otros posibles factores⁵¹⁶.

Por el contrario, en la creación del Estado moderno español no se partió precisamente de una población muy polarizada y plural; sino que desde un principio, y partiendo de una situación de monopolio religioso por parte de la Iglesia Católica, se optó especialmente a partir del siglo XV por políticas de uniformidad étnica y religiosa, lo que ha afectado decisivamente a la evolución de la libertad religiosa en el país, así como al grado de

⁵¹⁴ Fragmento del sermón pronunciado por el fraile dominico Antonio de Montesinos el 21 de diciembre de 1511 en La Española.

⁵¹⁵ “*The initial presence of religious pluralism – particularly at the time of a nation founding – would the state hesitant to impose any form of legislation that would favour one minority sect over any other minority sect. This, in turn, would encourage the immigration of religious dissenters from other parts of the world and/or schismatic denominational growth in the domestic arena. In other word, religious pluralism begets religious freedom, which in turn enhances the prospects for greater pluralism*”. GILL: *The political...*, op. cit., p. 15.

⁵¹⁶ DURHAM JR, W. Cole: “Perspectives on religious liberty: a comparative framework”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, p. 6.

homogeneidad religiosa, hasta épocas muy recientes⁵¹⁷. La paradoja es que en la actualidad la población que habita en el país es muy plural, especialmente en el mundo del trabajo, por lo que la situación sociológica plantea un dilema a la adaptación de la legislación Estatal y, en particular, la laboral, a dicha situación en cuanto al ejercicio del derecho a la libertad religiosa que tal pluralidad conlleva.

Cabe señalar que la España del siglo XVI no albergó un movimiento protestante perceptible, que se limitó a las élites, como sí ocurrió en el caso de la vecina Francia, en la que los hugonotes tuvieron un importante desarrollo y su peso social y económico en el país vecino marcó su historia moderna⁵¹⁸. Tampoco en España tuvieron lugar verdaderos debates, desarrollados de forma sostenida y con aceptables márgenes de libertad, con posicionamientos a favor y en contra, sobre las virtudes y defectos de la tolerancia religiosa, como sí acaecieron en otros países, especialmente conforme avanzaba la Modernidad y se materializaba la Ilustración⁵¹⁹. La Ilustración tuvo en España una muy discreta influencia⁵²⁰. En España la Inquisición se mostró implacable en la defensa de la unidad y la ortodoxia religiosas⁵²¹, por lo que sólo se produjeron disensiones individuales,

⁵¹⁷ "La uniformidad religiosa –léase también ideológica- es uno de los ejes vectores de la historia española, y, sin duda, figura entre los más destacados y perdurables". VILAR RAMÍREZ, Juan Bautista: *Intolerancia y libertad en la España contemporánea. Los orígenes del protestantismo español actual*. 1ª edición. Madrid: Istmo, 1994, p. 23. "En el siglo XV comenzó un proceso de homogeneización de la forma de comprender el mundo y la vida. Quienes no eran católicos fueron obligados a marcharse, a convertirse o, al menos, a esconder su verdadera fe. Como es lógico nunca la homogeneidad ha sido total, pero es difícil la sobrevivencia en largos períodos históricos de creencias que no están institucionalizadas y practicadas de manera visible; de manera que podemos suponer que a partir de las medidas políticas homogeneizadoras de finales de aquel siglo, la homogeneidad religiosa sería progresiva". PÉREZ-AGOTE PAVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., p. 35.

⁵¹⁸ LUTZ: *Reforma...*, op. cit., p. 79. Según la doctrina española "las manifestaciones del protestantismo en España no pasan de ser «episodios» como el del Arzobispo de Carranza (esto es, no se trataba verdaderamente de un protestante). Los movimientos como los alumbrados no pueden considerarse como una penetración relevante de las ideas reformadas en la Península". ROCA FERNÁNDEZ: "Sobre el concepto...", op. cit., p. 76.

⁵¹⁹ Todo lo contrario: "A diferencia de lo que ocurre en otros países de Europa, la intolerancia en España se institucionaliza, se organiza y se burocratiza. A ello hay que añadir dos diferencias más: por un lado, esa intolerancia se prolonga mucho más en el tiempo y, por otro, no da lugar a las controversias doctrinales en torno a la tolerancia que tanto proliferaron en otros lugares". LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: *Derecho de la libertad de conciencia*. Vol. I. 3ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2007, p. 112.

⁵²⁰ "Los reflejos españoles de la Ilustración fueron tenues, y no afectaron de veras a la relación del hombre consigo mismo, con la sociedad, con Dios y con la naturaleza. Cuando alguien sugería a Fernando VI que la Inquisición debía suprimirse, respondió que los españoles la querían, y que a él no le molestaba". CASTRO: *Sobre el nombre...*, op. cit., p. 180. Y dicho autor añade: "En la llamada Ilustración europea (*Enlightenment, le Siècle des lumières*) culminaba un lento proceso mental cuyas raíces llegaban hasta el siglo XI. Pero los ilustrados de nuestro siglo XVIII no tenían nada a qué referirse en el pasado, porque lo que hubiera podido servir de punto de arranque o de referencia (erasmismo, ciertas ideas de Luis Vives y de otros conversos, el mismo pensamiento de Averroes, o de Raimundo Llull) no está presente" (p. 181).

⁵²¹ "La «libertad» y aun las libertades tienen muy mala prensa en la España de los siglos XVI y XVIII, y peor que ninguna la «libertad de conciencia», no considerada sino como licencia, según el testimonio de Sebastián de Covarrubias y otros autores". CARO BAROJA, Julio: *El señor inquisidor*. 1ª edición. Madrid: Altaya, 1996, p. 60. Dicho autor, al estudiar la figura de Simancas, pone de relieve que cualquier acercamiento a la función inquisitorial y su justificación debe tener en cuenta el medio social. Si se utiliza dicho prisma, figuras como la del inquisidor Simancas, "queda como agregada, sumada a una masa de españoles que, empezando por el mismo rey, producían en Europa extraordinaria inquietud, mientras que dentro de España actuaban en plena conciencia no sólo de su hombría de bien, sino de su perfección, en un mundo en el que la herejía triunfaba, en

como fue el caso de Francisco Encinas, Miguel Servet (ejecutado en Ginebra por los calvinistas) o Juan de Valdés, pero en ningún caso un movimiento organizado y con trascendencia⁵²². A partir de 1521 la Inquisición española controla con celo la entrada y difusión de escritos luteranos en la Península con el fin de evitar todo movimiento considerado herético y evitar la influencia de la obra de ERASMO, cuyos escritos gozaron de cierta popularidad en la España de las primeras décadas de 1520; por lo que la Inquisición también se esforzó especialmente en perseguir el erasmismo, o todo lo que se le pudiera parecer⁵²³. Con motivo de la falta de tolerancia religiosa en España y en sus territorios de ultramar, y el escaso acogimiento de las ideas humanistas por buena parte de las élites dirigentes españolas, resulta significativo que ERASMO nunca quisiera visitar el país, a pesar de haber sido invitado ("*Non placet Hispania*" escribió ERASMO a su amigo TOMÁS MORO en junio de 1517)⁵²⁴. De hecho, en España las personas que tenían una concepción más liberal del credo eran etiquetadas de "erasmistas"⁵²⁵, normalmente sin demasiado fundamento.

Pueden destacarse las siguientes actuaciones inquisitoriales: a partir de 1524 actuaciones represivas contra los alumbrados de Toledo; primero proceso contra Ignacio de Loyola y sus seguidores en Alcalá en 1526; en la década de 1530 se reprime fuertemente el erasmismo, lo que afecta al humanista Juan de Vergara, el impresor Eguía o a Juan del Castillo. Asimismo se actúa contra personalidades relacionadas con el alumbradismo: Bernardino de Tovar, María de Cazalla o Rodrigo de Vivar⁵²⁶. El año 1559 se muestra especialmente duro respecto a las actuaciones represoras de la Inquisición: se publica el *Index librorum prohibitorum*; se encarcela al arzobispo de Toledo, Bartolomé de Carranza, y se impone la *Censura* de Melchor Cano⁵²⁷.

Naturalmente, la vecina Portugal y sus colonias no quedaron al margen de la actuación represora de la Inquisición⁵²⁸. Un gran defensor de la tolerancia religiosa en Portugal fue ANTONIO VIEIRA (1608-1697), que entre otras cosas fue jesuita, diplomático y misionero. Se trata de una figura que defendió la razón de Estado y una concepción práctica de la tolerancia en relación a los judíos, los nuevos cristianos y los musulmanes. También

el que ingleses, alemanes, holandeses y aun franceses vivían con una «libertad de conciencia» que aquí se reputaba escandalosa» (p. 37).

⁵²² ELTON: *Reformation...*, *op. cit.*, pp. 105 y ss. "*La primacía fundamental de los puntos de vista de la ortodoxia religiosa y de la cohesión nacional-racial encontró su expresión institucional en las actividades de la Inquisición española como institución secreta policial y judicial. Su importancia creció al compás de la persecución sistemática de los partidarios del humanismo erasmista a partir de 1540*". LUTZ: *Reforma...*, *op. cit.*, p. 126.

⁵²³ SCHWARTZ: *All can...*, *op. cit.*, p. 24; "*La jurisdicción especial del Tribunal de Inquisición tuvo entre sus fines la persecución de la herejía; el miedo al contagio protestante, por ejemplo, cerró las fronteras de los reinos de España a cualquier penetración extranjera, provocando un grave aislamiento intelectual y un rechazo a la educación religiosa (por entonces, vehículo de cualquier otra educación), y las expulsiones de los judíos a finales del siglo XV, y de los moriscos en el siglo XVI, consiguieron que la Corona impusiera una uniformidad religiosa como no llegó a darse casi en ningún otro país europeo*". BUENO SALINAS y GUTIÉRREZ DEL MORAL: *Proselitismo...*, *op. cit.*, p. 42.

⁵²⁴ "*Cuando aludimos a la vida intelectual en 1522, sólo un paso nos separa de Erasmo. El humanista flamenco había declinado visitar España, pero sus ideas sí habían llegado, contagiando a todos los centros docentes e instituciones teológicas*". THOMAS: *El imperio español de Carlos...*, *op. cit.*, p. 23.

⁵²⁵ HUIZINGA: *Erasmus...*, *op. cit.*, p. 159.

⁵²⁶ Sobre el movimiento de los alumbrados *vid.* ABELLÁN: *El erasmismo...*, *op. cit.*, pp. 88-96.

⁵²⁷ PÉREZ GARCÍA: "Pensamiento teológico...", en AAVV: *Historia...*, *op. cit.*, pp. 82-84.

⁵²⁸ Para un estudio de la tolerancia en Portugal *vid.* SCHWARTZ: *All can...*, *op. cit.* pp. 93-118.

defendió los derechos de los pueblos indígenas⁵²⁹. Es de destacar que cuando los holandeses ocuparon el nordeste de Brasil, y especialmente durante el gobierno del conde Mauricio de Nassau (1637-1644), los católicos, protestantes, judíos e indígenas que poblaban dicha zona pudieron disfrutar, aunque de forma limitada en el tiempo, de una libertad de conciencia y cultos imposible bajo el régimen portugués. Una tolerancia religiosa, basada fundamentalmente en un claro pragmatismo, que incluso se ha afirmado que fue superior a la existente en Ámsterdam. Naturalmente, dicha situación no era la más deseada por algunos líderes calvinistas radicales y algunos de los dirigentes de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales⁵³⁰.

Téngase en cuenta que en el Imperio Español el Santo Oficio funcionaba a través de veintidós tribunales cuyo ámbito de actuación abarcaba de Sicilia y Cerdeña a México y Perú; unos tribunales que a su vez eran controlados por el denominado Consejo de la Suprema, con sede en Madrid. Se calcula que entre 1550 y 1700 estos tribunales conocieron 150.000 casos⁵³¹.

La Inquisición perdurará hasta bien entrada la Modernidad, y es una muestra palpable y duradera de la más o menos perfecta simbiosis existente en España entre el poder político y la Iglesia católica⁵³². A principios del siglo XVIII, y en contra de lo que se piensa en ocasiones, la Inquisición mantuvo una gran actividad, especialmente en la vigilancia y represión contra aquellos judíos que se creía que se habían convertido falsamente al catolicismo, como fue el caso de Lorenzo González, que fue ejecutado en Logroño el 24 de agosto de 1719⁵³³. Además, dicha institución se esforzó especialmente para impedir la penetración de las ideas ilustradas en España⁵³⁴. Si la Inquisición española se había instituido en el siglo XV con objeto de reprimir principalmente las apostasías de los judíos bautizados durante los terrores del siglo XV; posteriormente se dedicó a reprimir con violencia los brotes de protestantismo. En el siglo XVIII actuó de forma severa contra religiosos cuyas costumbres eran reprobadas, y terminó siendo un tribunal de responsabilidades políticas, cuyas actuaciones pusieron en guardia al mismísimo Fernando VII⁵³⁵.

⁵²⁹ SCHWARTZ.: *All can...*, op. cit., pp. 107-114.

⁵³⁰ SCHWARTZ: *All can...*, op. cit., pp. 192-198.

⁵³¹ PARKER: *Europe...*, op. cit., p. 49.

⁵³² "Mientras en Europa, desde principios del siglo XVI hasta finales del XVIII, se debatía sobre la libertad de conciencia y se concluía su proceso de positivación, en España se vivía un proceso contrario tendente a impermeabilizar a la sociedad española de otras creencias que no fuese la católica. Los siglos anteriores constitucionales son siglos de intolerancia y de persecución del heterodoxo - erasmistas, iluminados, ilustrados, etc.-. Los protestantes fueron eliminados brutalmente y así la Reforma apenas arraigó en estos lares. Desde los mismos Reyes católicos se produjo una simbiosis perfecta entre poder político y poder religioso hasta el punto de que, en ocasiones, no se sabía quién utilizaba a quien". MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José: *Constitución y libertad religiosa en España*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2000, p. 88,

⁵³³ TORRES ARCE, Marina: "Lorenzo González, el último judaizante quemado por el Santo Oficio de Logroño (Siglo XVIII)", en AAVV: *Herejes en la historia*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2009, pp. 183-197.

⁵³⁴ "By the eighteenth century, as social and intellectual changes began to move Europe in new directions, religious authority in Spain and Portugal reinforced its defenses against the contagion of irreligion". SCHWARTZ: *All can...*, op. cit., p. 223. El siguiente aserto es hartó gráfico al respecto: "Die katholische Kirche entwickelte sich mithin in völlig anderer Richtung, und die Schriften Lockes und Bayles, die im größten Teil des protestantischen Europa als maßgebend galten, fanden südlich der Alpen oder der Pyrenäen keinen Widerhall". KAMEN: *Intoleranz...*, op. cit., p. 76.

⁵³⁵ CARO BAROJA: *El señor...*, op. cit., p. 60. Dicho autor constata que "es evidente que la Inquisición fue un organismo en el que los intereses religiosos estuvieron fuertemente mezclados

Como uno de los mayores representantes del movimiento ilustrado en España cabe citar la figura de PABLO DE OLAVIDE JÁUREGUI (1725-1803), natural de Lima, pero que impulsó las ideas ilustradas en España. Residió un tiempo en Francia y se propuso introducir en España las obras y postulados de los ilustrados: MONTESQUIEU, DIDEROT, LOCKE... Por sus actividades fue arrestado por la Inquisición española en 1774 y sufrió un largo exilio en Francia, hasta que pudo venir a España cuando fue amnistiado⁵³⁶. Junto a PABLO DE OLAVIDE, también cabe citar al CONDE DE CAMPOMANES o a ARANDA como representantes de la Ilustración en España.

Aunque la Inquisición ya no existía oficialmente, en 1826 se produjo la ejecución de Cayetano Ripoll, particular personalidad de inspiración cuáquera. Dicha condena es considerada la última ejecución ordenada por el Estado de un español por razón de sus opiniones religiosas⁵³⁷. Si ésta fue la última ejecución, la represión mediante penas de prisión o el destierro estaban a la orden del día en materia religiosa. Un caso paradigmático es el del conocido líder protestante MANUEL MATAMOROS GARCÍA (1834-1866), que vio conmutada su pena de nueve años de cárcel por sus creencias religiosas, por el destierro por el mismo período, fijando su residencia primero en Francia y después en Suiza. Por otro lado, FRANCESC DE PAULA RUET (1826-1878), uno de cuyos discípulos era el citado MANUEL MATAMOROS, fue condenado a pena de cárcel por sus creencias.

5.2. Pluralidad española en la Modernidad

Sin embargo, y a pesar de las tendencias homogeneizadoras, del esfuerzo por convertir España en una sociedad realmente monorreligiosa donde dicha religión sustentada por el poder lo englobara todo⁵³⁸, ello no fue óbice para que, como es conocido, existiera una verdadera pluralidad étnica, cultural y religiosa en España en el siglo XVI, a pesar de que la gran mayoría de la población era católica, lo que diferenciaba dicha situación, por ejemplo de la vivida en la zona del norte de los Países Bajos. Tal y como ocurrió durante la Edad Media, en la Modernidad el poder político intentó por todos los medios unificar religiosamente la población que habitaba la Península Ibérica. Los judíos, cuya presencia en la Península puede situarse en la época romana (probablemente hacia el siglo I d.C.⁵³⁹), y los musulmanes, cuya presencia en la Península se extendió durante largos

con los políticos y económicos; de esto no se ha de hacer crítica hoy, sabiendo lo que se sabe de la historia de Europa en los siglos XV, XVI y XVII" (p. 147).

⁵³⁶ SCHWARTZ: *All can...*, op. cit., pp. 209-211.

⁵³⁷ VILAR RAMÍREZ: *Intolerancia...*, op. cit., pp. 83-89. En dicha obra se realiza una breve referencia al movimiento cuáquero en España, un aspecto comúnmente ignorado, en pp. 66 y ss.

⁵³⁸ Una sociedad monorreligiosa es una sociedad en general más controlable por el poder, por lo que no es de extrañar que haya sido tradicional en España ese intento por evitar a ultranza todo tipo de pluralidad religiosa: "*En sociedades mono-religiosas hay ciertamente tensiones, pero no divorcio entre los distintos factores de la vida humana, entre lo político y lo sagrado, lo temporal y lo suprahumano, el destino del individuo y el fin del Estado, etc. Pero es la religión la que ofrece el mito englobante de la vida y el horizonte en donde se desarrollan las distintas actividades humanas*". PANIKKAR ALEMANY, Raimon: "La religión del futuro", en AAVV: *Filosofía de la religión. Estudios y textos*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2005, p. 738.

⁵³⁹ "Se puede sospechar que la presencia hebrea en la Península data, como mínimo, de la gran diáspora, que se realiza a partir de la segunda mitad del siglo I después de Cristo, o más o menos en la época en la que empieza a producirse la cristianización de Hispania, sin que podamos, no obstante, precisar de manera rigurosa el momento exacto a partir del cual se manifiestan ambos fenómenos. En cambio, la presencia del Islam en la Península presenta unas coordenadas geográficas y temporales de una rotundidad absoluta. Todo el mundo sabe que la invasión de

siglos⁵⁴⁰, eran calificados como infieles; reservándose la etiqueta de "herejes" para las personas que profesaban otras doctrinas cristianas diferentes a la católica⁵⁴¹.

Ya el CARDENAL CISNEROS había decidido a llevar a cabo una política de conversiones masivas de los musulmanes y en diciembre de 1499 se decidió la clausura de la mezquita mayor del Albaicín, para convertirla en una iglesia cristiana, lo que provocó una sublevación de los mudéjares granadinos que se fue extendiendo. El 11 de febrero de 1502 se conminó a los mudéjares a convertirse o exiliarse. Los que optaron por convertirse y quedarse conformaron los que luego han sido denominados moriscos⁵⁴². Una vez terminada la reconquista, del enemigo "exterior" las autoridades pasaron a ocuparse del percibido como enemigo "interior", y los moriscos eran percibidos como enemigos afines a pueblos extranjeros. Una decisión de catastróficas consecuencias humanas, y al mismo tiempo económicas, ya que los moriscos se diferenciaban de la mayoría de los "cristianos viejos" por su tendencia a llevar a cabo actividades productivas; una característica que contrastaba fuertemente con una hidalguía que detestaba profundamente y consideraba indigno todo trabajo.

El día 7 de diciembre de 1519 Carlos V emitió un edicto cuando se encontraba en Granada, adonde se había trasladado la sede de la Inquisición (antes estaba en Jaén), por el que se pretendía eliminar muchos de los rasgos de la cultura e identidad locales, como es lo relacionado con la lengua árabe, la vestimenta tradicional, los ornamentos y los baños. El día 12 de diciembre el obispo de Badajoz se dirigió al emperador para tratar de la persecución y exterminio de paganos e infieles. Antes de abandonar Granada Carlos V decretó que sus habitantes debían prescindir de la indumentaria morisca. Disponían de seis años para gastar las prendas que ya tuvieran, y diez años más para disimular⁵⁴³.

Del total de un millón de musulmanes que vivían en la Península a principios del siglo XVI, emigraron unos 300.000 como consecuencia de la imposición del bautismo; fenómeno parecido ocurrió con la minoría judía. Se calcula que en la segunda mitad del siglo XVI un 16% de la población del territorio que hoy comprendería España estaba compuesta por moriscos, judíos y conversos (judíos de reciente bautismo).

En 1567 mediante edicto se exigió a los moriscos que aprendieran castellano y se prohibió el uso del árabe. Tal medida de represión cultural y religiosa condujo al levantamiento de más de 150.000 moriscos, lo que conllevó un conflicto armado que duró dos años. Una vez vencidos, las autoridades en una primera fase deportaron a los moriscos al interior siguiendo órdenes de Felipe II (1570), y se les expulsó de forma

España por los musulmanes se inicia en el año 711. En esa fecha, las relaciones entre cristianos y judíos en la Península conocían ya una larga historia no exenta, incluso, de graves problemas".

CABRERA MUÑOZ: "Judíos, musulmanes...", *op. cit.*, p. 7.

⁵⁴⁰ La presencia musulmana caló tan hondo en la Península que los intentos de perpetuar su hegemonía, al igual que la de los cristianos, tuvieron siempre gran influencia en las mentalidades de cada momento. Así, por ejemplo, todavía a comienzos del siglo XIII una crónica almohade menciona a Barcelona, Tarragona y Tortosa del siguiente modo: "¡Quiera Alá devolverlas a los musulmanes!". CASTRO: *Sobre el nombre...*, *op. cit.*, p. 176.

⁵⁴¹ "In Christian teaching, Jews and Muslims were both infidels, that is, unbelievers. Unlike heretics, they were not deemed traitors to the Christian faith, willful rejecters of a truth they themselves had once professed and, in their hearts, still recognized". KAPLAN: *Divided...*, *op. cit.*, p. 296.

⁵⁴² CABRERA MUÑOZ: "Judíos, musulmanes...", *op. cit.*, p. 21.

⁵⁴³ THOMAS: *El imperio español de Carlos...*, *op. cit.*, pp. 114-115. Según dicho autor "en Andalucía nadie pestañeaba al utilizar el verbo «exterminar»".

definitiva posteriormente por orden de Felipe III (1609), lo que ocasionó grandes perjuicios a la economía, fenómeno parecido al de la represión de la minoría judía, quien también había contribuido de forma relevante al desarrollo de la economía durante toda la Edad Media⁵⁴⁴. De hecho, los planes para expulsar a los moriscos se empezaron a discutir en 1582, pero la concurrencia de intereses (especialmente económicos) de las élites dirigentes retrasó la expulsión hasta el citado año 1609⁵⁴⁵. De este modo, si hubo presencia de musulmanes en muchas poblaciones españolas durante nueve siglos, parece lógico pensar que la aparente "homogeneidad" étnica, cultural y religiosa fue en gran parte formal a partir de entonces, y hasta entonces simplemente imposible. Al respecto, sólo hace falta examinar la etimología de nombres de poblaciones o de la toponimia española. Desde un punto de vista demográfico, parece lógico pensar que la población de muchos lugares estaba formada por conversos y sus descendientes⁵⁴⁶.

Los moriscos, junto con la comunidad judía, conformaban uno de los grupos de población más emprendedor. Así pues, su expulsión supuso un grave quebranto para la economía del país y un factor más de la decadencia de España en la época, ya que los moriscos destacaban en sectores económicos con gran potencial exportador: horticultura, orfebrería, tejido de la seda y telas adamascadas, bordados, manufacturas plásticas, etc⁵⁴⁷. Por tal razón, se produjo cierto rechazo a expulsar los moriscos en la corona catalano-aragonesa, donde en ocasiones pesaba más el progreso económico que la noción identitaria de "cristiano viejo". En Tortosa existió un grado de tolerancia que no existió en otros sitios, y muchos moriscos permanecieron allí; pero otros fueron expulsados y se instalaron en el norte de África, en lugares donde la economía floreció. Se calcula que a principios del siglo XVI en Valencia el 34% de la población era morisca; en Aragón un 20%⁵⁴⁸.

Tal fue el impacto social y económico provocado por la expulsión de los moriscos que la literatura contemporánea se hizo eco de forma inmediata de dicho fenómeno. Al respecto es célebre el Capítulo LIV de la segunda parte de *El Quijote*, dedicado precisamente a la problemática con los moriscos en el contexto de la historia que le narra Ricote a Sancho. Es interesante destacar cómo Ricote, al describir a Sancho sus desventuras, le ilustra sobre la situación existente en el extranjero en comparación con la española: "*Pasé a Italia y llegué a Alemania, y allí me pareció que se podía vivir con más libertad, porque sus habitantes no miran en muchas delicadezas: cada uno vive como quiere, porque en la mayor parte della se vive con libertad de conciencia*"⁵⁴⁹. Además, la más célebre obra

⁵⁴⁴ PARKER: *Europe...*, op. cit., pp. 149-150; ABELLÁN: *El erasmismo...*, op. cit., p. 70; ELLIOTT: *La Europa...*, op. cit. pp. 186 y ss.; KAPLAN: *Divided...*, op. cit., pp. 309-312; LUTZ: *Reforma...*, op. cit., pp. 125-126.

⁵⁴⁵ SCHWARTZ: *All can be...*, op. cit., pp. 62-69.

⁵⁴⁶ PRADO, Abdennur: *El retorn de l'islam a Catalunya*. 1ª edición. Barcelona: Llibres de l'Índex, 2008, p. 70.

⁵⁴⁷ MARTIN HUME, C.: "España durante el reinado de Felipe III", en AAVV: *Historia del mundo en la Edad Moderna. Vol. III. Las guerras de religión*. 2ª edición. Barcelona: Ramón Sopena, 1940, p. 575.

⁵⁴⁸ PRADO: *El retorn...*, op. cit., pp. 83-86.

⁵⁴⁹ Se ha utilizado la siguiente versión de *El Quijote*: DE CERVANTES SAAVEDRA, Miguel: *Don Quijote de la Mancha*. Vol. I. 1ª edición. Barcelona: RBA Editores, 1994, p. 1027. Se trata de un ejemplar cuya edición, introducción y notas van a cargo de MARTÍN DE RIQUER MORERA. También resulta muy atrevido para su época el siguiente fragmento del capítulo XXII, del que se desprende una clara separación entre el poder religioso y el secular: "*Allá se lo haya cada uno con su pecado; Dios hay en el cielo, que no se descuida de castigar al malo, ni de premiar al bueno, y no es bien*

de CERVANTES fue fuertemente influenciada por las doctrinas de ERASMO⁵⁵⁰, lo que tuvo su mérito en una época muy difícil para todo tipo de fenómeno cultural secular⁵⁵¹.

Se ha enfatizado también el enorme contraste existente entre el imperio otomano y la monarquía española en la manera de integrar la diferencia en los resortes de poder. Así, los otomanos integraban en el ejercicio del poder a los pueblos conquistados: griegos, albanos, armenios, eslavos, etc. Todos esos pueblos proporcionaron a los sultanes personal especializado: soldados, consejeros y funcionarios. Es significativo que de cuarenta y siete grandes visires en el lapso de tiempo comprendido entre 1453 y 1623, sólo cinco eran de origen turco⁵⁵². En cambio, muy gráficamente, la monarquía española escogía a sus virreyes y gobernadores exclusivamente entre los miembros de las grandes familias castellanas, obviando los miembros de otros pueblos de la península, de otras religiones y, naturalmente como era lo normal en la época, de otros estratos sociales inferiores. De este modo se puede diferenciar entre un imperio abierto, el otomano, que se enriqueció con el pluralismo; y uno cerrado, el español, que, mediando una total impermeabilidad, no se benefició de la pluralidad existente en sus dominios⁵⁵³. Salvando las diferencias de contexto y época, y como ya se ha visto, el Imperio Romano también supo integrar en su proyecto imperial pueblos, religiones y costumbres diferentes que lo fortalecieron. Así, no sólo incorporaba muchos Dioses de los pueblos vencidos, sino que respetaba frecuentemente sus costumbres y los poderes locales⁵⁵⁴.

que los hombres honrados sean verdugos de los otros hombres, no yéndoles nada en ello. Pido esto con esta mansedumbre y sosiego, porque tenga, si lo cumplís, algo que agradeceréis; y cuando de grado no lo hagáis, esta lanza y esta espada, con el valor de mi brazo, harán que lo hagáis por fuerza" (p. 292).

⁵⁵⁰ ABELLÁN: *El erasmismo...*, op. cit., pp. 266-281.

⁵⁵¹ Extremo que ha sido corroborado del siguiente modo: "En los años en que Cervantes estaba dando forma a su obra capital el ejercicio de la inteligencia con fines seculares era mirado con recelo; sólo estaba bien visto el cultivo de la ciencia teológica (meditar sobre absolutas infinitudes sin salirse del círculo trazado por los dogmas), o el estudio práctico de las leyes, para adiestrarse en el arte de aplicarlas, sin penetrar en más honduras". CASTRO: *Sobre el nombre...*, op. cit., pp. 112-113.

⁵⁵² Curiosamente la Recomendación 1202 (1993) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre tolerancia religiosa en una sociedad democrática, que será analizado en otro apartado, recoge dicho ejemplo: "Western Europe has developed the model of secular democracy within which a variety of religious beliefs are in theory tolerated. History has shown, however, that such tolerance is also possible under a religious government (for example the Arabs in Spain and the Ottoman Empire)" (Punto 6).

⁵⁵³ "El imperio de Felipe fue esencialmente un cerrado imperio castellano. El de Solimán y Selim era un imperio abierto, que escogía a sus funcionarios indiscriminadamente de entre las razas sometidas y que ofrecía oportunidades de escalar a altos puesto sin tener en cuenta el origen". ELLIOTT: *La Europa...*, op. cit., p. 181. Asimismo, se han contrastado las características protectoras de la diferencia del Imperio otomano con la coexistencia de creencias llevada a cabo en la India: "The Muslim-governed Ottoman Empire had its own policies of divided religious sovereignty that, while less ambitious than the Indian experiment in coexistence, represented a major step toward harmony and respect. Under the so-called millet system, which was in place for centuries, each ethnoreligious community enjoyed considerable autonomy in matters of religion, and was even permitted separate courts and some separate taxation. The central government undertook to protect difference". NUSSBAUM: *Liberty...*, op. cit., p. 355.

⁵⁵⁴ Una tesis que fue defendida en 1734 por MONTESQUIEU: "Debe hacerse notar que lo que ha contribuido en mayor grado a que los romanos se hiciesen dueños del mundo es que combatiendo sucesivamente contra todos los pueblos, renunciaron a sus propias costumbres". MONTESQUIEU: *Grandeza...*, op. cit., p. 12. Y más adelante, el autor compara el modo de conquista romano con el español de la Modernidad: "Roma no era propiamente una monarquía o una república, sino la cabeza del cuerpo formado por todos los pueblos del mundo. Si los españoles, después de la conquista de Méjico y el Perú, hubieran seguido ese plan, no habrían tenido que destruirlo todo

Hasta aquí también se ha podido comprobar el rápido crecimiento y desarrollo económico y cultural en unas circunstancias muy difíciles de un pequeño territorio como es el de las Provincias Unidas del Norte, en los Países Bajos, que bajo el paraguas de la tolerancia religiosa pudo incluso hacer frente a algunas de las grandes potencias del momento⁵⁵⁵.

O asimismo se podría citar el acelerado crecimiento y desenvolvimiento político de las colonias que luego formaron los actuales Estados Unidos de América. Así, pensadores como MADISON o JEFFERSON, sin parangón en España, observaron la bondad de que existiera y se mantuviera en un mismo país una multitud amplia de confesiones y sectas religiosas: cada una de ellas serviría de *censor morum* respecto a las otras⁵⁵⁶.

De todo lo cual parece inferirse que la integración y el respeto de la pluralidad han fortalecido las organizaciones y los proyectos humanos más grandes y complejos. Una característica que se puede aplicar a organizaciones más pequeñas y proyectos de menor escala como son las empresas actuales y su actividad económica. No es difícil comprobar como aquellas empresas que desarrollan sus actividades más allá de las fronteras de su país de origen e integran las culturas y tradiciones de sus trabajadores, y son permeables a las de los destinatarios de sus productos y servicios, tienden a alcanzar cotas de éxito superiores.

La prolongación durante el siglo XVI de la política religiosa iniciada por los Reyes Católicos⁵⁵⁷, especialmente con Felipe II y con una interpretación extremadamente intolerante de los postulados tridentinos, ha sido señalada como uno de los lastres que ha marcado el devenir del país hasta la actualidad⁵⁵⁸. El pluralismo, la cultura, la ciencia, la religión fuera de la ortodoxia católica impuesta, la economía, la industrialización, etc., fueron gravemente obstaculizados y aún hoy en día el país se resiente de las consecuencias⁵⁵⁹. Nada se podía mover sin pasar por el filtro teológico y la censura⁵⁶⁰.

para conservarlo todo" (p. 50). De hecho, en este sentido, se ha llegado a comparar el Imperio otomano y el Imperio romano con la Unión Soviética: "*Una religión política oficial constituye un factor clave de coordinación imperativa entre las etnias hostiles y sus diversas religiones si sanciona su confinamiento con un mínimo de eficacia. Así, el marxismo-leninismo como doctrina oficial y religión política obligatoria constituyó desde 1917 hasta 1991, en vastas zonas del planeta, un equivalente funcional de la fórmula religioso-política que desarrollaron, antes imperios como el romano y el otomano, en las que la pax romana y la pax ottomanica se apoyaban, respectivamente, en cultos oficiales y disposiciones de tolerancia controlada respecto a cada comunidad de creyentes sometida a la autoridad (religiosa y política a la vez) del emperador o el sultán*". GINER DE SAN JULIÁN: "Religión civil", *op. cit.*, p. 44.

⁵⁵⁵ Tal es la comparación realizada por KAPLAN: *Divided...*, *op. cit.*, p. 159.

⁵⁵⁶ LEE MILLER: *The first...*, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁵⁷ En relación a Isabel la Católica se ha afirmado: "*Las grandes reinas, al igual que los grandes hombres, cometen grandes errores. El hecho de que, en sus últimos años, desde 1493 hasta 1504, se apoyase en el cardenal Cisneros, se tradujo en tanta intolerancia como virtud. De ahí que apoyase a la Inquisición y la expulsión de judíos y musulmanes*". THOMAS: *El Imperio español. De Colón...*, *op. cit.*, p. 336. Y respecto al Cardenal Cisneros el autor afirma que quizás su intolerancia respecto judíos y musulmanes pudiera de alguna manera compensarse con una política en parte benévola respecto a los indígenas americanos (p. 534).

⁵⁵⁸ ABELLÁN: *El erasmismo...*, *op. cit.*, pp. 71-72.

⁵⁵⁹ "*Aunque tal vez la intolerancia, la politización religiosa y el fundamentalismo no hayan sido mayores en nuestro país que en el resto de Europa hasta la Paz de Westfalia de 1648, es cierto que el firme progreso hacia la secularización, el pluralismo, el capitalismo, la industrialización y el desarrollo científico que tuvo lugar a continuación en Europa, fue, si no exactamente detenido, sí, como mínimo, muy obstaculizado en España*". GINER DE SAN JULIÁN, Salvador y SARASA URDIOLA, Sebastián: "Religión y Modernidad en España", en AAVV: *Religión y sociedad en España*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1993, p. 51.

Todos los intentos reformadores realizados en España durante la Edad Moderna para intentar revertir la situación fracasaron, principalmente a causa de la amplia oposición social y de una gran mayoría de las élites gobernantes. Por ejemplo, el conde-duque de OLIVARES (1587-1645)⁵⁶¹ intentó reformar sin éxito las reglas de "limpieza de sangre". En virtud de dichas reglas inveteradas, la administración monárquica española rechazaba para ocupar cargos públicos a todas aquellas personas sobre las que pesaba la simple sospecha de tener sangre judía. OLIVARES también intentó contar con los servicios de todos aquellos que habían tenido que abandonar el país por su condición judía con el fin de ayudar al maltrecho comercio y la siempre delicada situación financiera del país⁵⁶². En su opinión, dichas medidas, que nunca consiguió aplicar, no entraban en contradicción con las finalidades de su régimen. Para el conde-duque el mejor gobierno consistía en una monarquía fortalecida y la afirmación del poder real. Asimismo, consideraba que dichos elementos eran instrumentales respecto dos finalidades supremas: "*la dilatación de la religión católica*" y "*la extirpación de los enemigos de la Iglesia*". El conde-duque puso de manifiesto la debilidad que significaba para la monarquía española que los altos cargos de la administración no pudieran ser ocupados por no-castellanos provenientes de otros reinos y provincias de dichas monarquías. Eso sí, donde algunos historiadores han visto un ánimo de fortalecer la castellanización de los dominios de Felipe IV, otros han creído observar el intento de establecer una verdadera monarquía supranacional⁵⁶³.

Una de las políticas financieras que sí puso en práctica, no sin grandes oposiciones y protestas, fue la de tratar con financieros de origen judío de Portugal (los denominados "*marranos*") para conseguir fondos para la Corona, en detrimento de los financieros genoveses, a cambio de ciertos beneficios. Así, logró conseguir de la Inquisición un decreto temporal de gracia para dichas personas que colaboraron con el régimen, publicado en 1627, y seguido en noviembre de 1629 por la concesión de la completa libertad de movimientos. A causa de dichas colaboraciones, en la década de 1630, tanto en la península como en las Indias se produjo una fuerte reacción antisemita y contra los portugueses⁵⁶⁴.

Es muy gráfico que muchos de los intelectuales más insignes del siglo XVI y XVII eran de origen judío: Fernando de Rojas, Fernando de Córdoba, Nebrija, Luis Vives (amigo de ERASMO y de TOMÁS MORO), Juan de Vergara, Sebastián Fox Morcillo, Francisco Sánchez, Francisco de Vitoria, Benito Arias Montano, fray Luis de León, Huarte de San Juan, Miguel Servet, Andrés Laguna, Mateo Alemán, fray Bartolomé de las Casas, Santa Teresa de Jesús, Diego Láinez o Miguel de Cervantes, por citar algunos⁵⁶⁵.

⁵⁶⁰ "España ha sido de esos pueblos que han vivido, de una forma prefrente, el contenido de su vida intelectual, moral y política a través de representaciones religiosas. Con ello se quiere decir que en España no se podía hacer nada ni mover nada sino teológicamente". VELASCO, Fernando: "La religiosidad integrista y la religiosidad ilustrada", en AAVV: *Religión y sociedad en España*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1993, p. 334.

⁵⁶¹ Su nombre era el de Gaspar de Guzmán y Pimentel Ribera y Velasco de Tovar.

⁵⁶² En este sentido *vid.* KAMEN: *Intoleranz...*, *op. cit.*, pp. 225-229.

⁵⁶³ ELLIOTT, John Huxtable: *El conde-duque de Olivares*. 2ª edición. Barcelona: Crítica, 2008, pp. 147 y ss., 214, 225-237 y 740.

⁵⁶⁴ ELLIOTT: *El conde-duque...*, *op. cit.*, pp. 340-343 y 667.

⁵⁶⁵ ABELLÁN: *El erasmismo...*, *op. cit.*, p. 78. O como ha dicho otro autor: "No puede relegarse a la trastera del desdén el que hayan poseído conciencia de sus antecedentes judíos Juan de Mena, Alonso de Palencia, Juan de Lucena, Diego de Valera, ciertos poetas del Cancionero de Baena, Rodrigo de Cota, Hernando del Pulgar, Fernando de Rojas, ¡Fernando el Católico!, los consejeros que hicieron posible el viaje de Colón, el mismo Colón, Luis Vives, Juan del Encina, Lucas

Es obvio que la monarquía española hizo todo lo posible para expulsar completamente a todos los judíos y moriscos de la península. También se hicieron sugerencias y planes para expulsar a las personas de etnia gitana, tal y como se había hecho con los otros dos grupos. A pesar de que en frecuentes ocasiones existió una fuerza judicial dirigida a la represión de los gitanos y que no eran bien vistos por amplias capas sociales, nunca se llegó a ejecutar un plan de expulsión sistemática contra dicho pueblo⁵⁶⁶, por lo que la presencia gitana ha sido constante en España en los últimos siglos, símbolo de la existencia de una constante heterogeneidad étnica y cultural.

En cuanto a la presencia del protestantismo español, se han diferenciado por los historiadores dos períodos distintos, una primera reforma, que comprendería los siglos XVI al XVII; y una segunda reforma, que abarcaría el período histórico a partir del siglo XIX, siglo en el que se dieron etapas de mayor y menor intransigencia religiosa, que iban de la mano con las reacciones contra el liberalismo y la Modernidad⁵⁶⁷. Cada período reformador tendría unas características propias⁵⁶⁸:

1) Primera reforma: se caracteriza por tratarse de un movimiento eminentemente luterano, y en menor medida formado por calvinistas y miembros de otras disidencias. Arraiga en las élites intelectuales y sociales. Inspirada por el luteranismo alemán.

2) Segunda reforma: dicho período tiene su origen en el reconocimiento de la libertad religiosa en las bases programáticas de la revolución de septiembre de 1868 y garantizada por la Constitución de 1869. También coincide con el krausismo. Arraiga en ambientes populares, como artesanos, obreros, campesinos, etc. Más rural que urbano, con excepción de algunas localidades de la costa. Inspirada por el anglicanismo y sus disidencias.

Es sintomático que no existe constancia de la existencia en Madrid de actividades protestantes organizadas con anterioridad a 1833, solamente la celebración esporádica de cultos en algunas legaciones extranjeras⁵⁶⁹. Puede considerarse a Juan Bautista Cabrera, antiguo escolapio alicantino, como el principal impulsor de la Segunda Reforma en España⁵⁷⁰. En 1832 la londinense Sociedad Bíblica publica una edición catalana de *Lo*

*Fernández, Torres Naharro, Andrés Laguna, el gran botánico García de Orta, Santa Teresa, el matemático Pedro Núñez, Bartolomé de las Casas, Jorge de Montemayor, Luis de León, Francisco de Vitoria, Juan de Ávila, Diego Laínez (el segundo general de los jesuitas), Mateo Alemán, incluso Cervantes, y otros que no menciono por no ser éste el lugar apropiado, o por no tener pruebas seguras de su inmediata o lejana ascendencia hebraica, o por no suministrar sus obras suficiente testimonio acerca de su linaje. ¿Cómo quedaría el pasado español si le sustrajéramos esos nombres?». CASTRO: *Sobre el nombre...*, op. cit., p. 217.*

⁵⁶⁶ SCHWARTZ: *All can be...*, op. cit., p. 78.

⁵⁶⁷ "Esta España que había estado en guerra contra musulmanes, judíos, protestantes, etc. no podía cruzarse de brazos ante las herejías del siglo XIX (liberalismo, modernismo, racionalismo, naturalismo, etc.). El espíritu de cruzada, de reconquista, de proselitismo, de apostolado, seguían siendo para muchos españoles actitudes constitutivas y definitorias del ser español. La España del siglo XIX lleva aún en el alma «la Edad Media» y el espíritu de la «contrarreforma». A España «le toca» seguir defendiendo en pleno siglo XIX toda una serie de ideas anacrónicas: la idea de imperio (un Dios, un Pontífice, un Rey), la idea de sacralización del Estado, la idea de negar las libertades religiosas, etc. Todas ellas resultaban, para unos, ideas a defender, y, para otros, ideas que taponaban un desarrollo más eficaz y madurativo de la sociedad española". VELASCO: "La religión...", en AAVV: *Religión...*, op. cit., p. 342.

⁵⁶⁸ VILAR RAMÍREZ: *Intolerancia...*, op. cit., pp. 17-23.

⁵⁶⁹ VILAR RAMÍREZ: *Intolerancia...*, op. cit., p. 273.

⁵⁷⁰ VILAR RAMÍREZ: *Intolerancia...*, op. cit., p. 389. Su vida y hechos se pueden consultar en pp. 373 y 384.

nou Testament. Las primeras comunidades protestantes aparecen en Barcelona y Mahón en 1868⁵⁷¹. Los orígenes de la Unión Evangélica Bautista de España (UEBE) se encuentran en los esfuerzos realizados por William Ireland Knapp, que comenzó a realizar sus labores evangélicas en Madrid a finales de 1967. Según la Comisión de Defensa Evangélica se contabilizaban 5.400 miembros de la Unión en España. Tal organización se negó a inscribirse en el Registro de la Comisión de Libertad Religiosa dependiente del Ministerio de Justicia franquista. De dicho modo mostraba su rechazo a la Ley de Libertad Religiosa aprobada por el régimen dictatorial⁵⁷². La Federación de Iglesias Evangélicas Independientes de España (FIEDE), escindida de la UEBE y formada en su mayoría por iglesias bautistas, contaba con más de cuarenta parroquias y unos 3.400 fieles a principios de los años setenta del siglo XX⁵⁷³. La Iglesia Evangélica Española (IEE) contaba con unos cuatro mil fieles repartidos en treinta y cinco iglesias y quince puntos de misión⁵⁷⁴. La Iglesia Española Reformada Episcopal (IERE) era una de las iglesias más pequeñas, con sólo unos mil fieles y con unos postulados en parte católicos, en parte protestantes. Dicha Iglesia fue fundada por el célebre Juan Bautista Cabrera, que fue uno de sus obispos⁵⁷⁵. También ha de hablarse de la Asamblea de los Hermanos, que es una comunidad protestante de corte anglicano y cuyo origen hay que situar en Irlanda en el año 1825 aproximadamente. En 1828 se detecta su primera presencia en España, con la llegada del danés Robert Chapman, cuyas labores no obtuvieron los frutos deseados. A finales del siglo XIX se fundó el primer núcleo importante de la comunidad en España, concretamente en Gracia de Barcelona. Según la Comisión de Defensa Evangélica, los Hermanos estaban formados en el año 1967 por 84 comunidades, que sobrepasaban los seis mil fieles⁵⁷⁶. Por otro lado, las Asambleas de Dios o Iglesia Pentecostal contaban con unos 3.500 fieles en 1967 según la Comisión de Defensa Evangélica⁵⁷⁷.

La homogeneidad católica en España fue trasladada a las colonias de ultramar, donde la Inquisición también fue muy activa⁵⁷⁸. Las condiciones que hicieron finalmente prevalecer la libertad religiosa en las colonias angloamericanas no existieron en las colonias españolas: gran número de colonos disidentes, necesidad de inmigrantes, comercio intracolonia, prevalencia de grandes empresas privadas, etc. Por el contrario, las colonias españolas en América se basaron en el latifundio, la producción era dirigida por la Corona y se basaba en mano de obra esclava, el comercio entre las colonias era dificultoso por la gran distancia existente entre ellas, todos los pobladores eran católicos, etc⁵⁷⁹. Si portugueses y españoles afirmaban que tenían como objetivo de su colonización “ganar almas de indios”, los colonos anglosajones decían haberse instalado en América

⁵⁷¹ AAVV: *Las otras religiones. Minorías religiosas en Cataluña*. 2ª edición. Barcelona: Icaria, 2007, p. 97.

⁵⁷² SALADRIGAS RIERA, Robert: *Las confesiones no católicas de España*. 1ª edición. Barcelona: Edicions 62, 1971, pp. 29-48.

⁵⁷³ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, *op. cit.*, pp. 61-62.

⁵⁷⁴ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁷⁵ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, *op. cit.*, pp. 89-117. En la obra se ofrecen unos apuntes de la biografía de Juan Bautista Cabrera.

⁵⁷⁶ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, *op. cit.*, pp. 118-137.

⁵⁷⁷ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, *op. cit.*, pp. 138-148.

⁵⁷⁸ Los esfuerzos para asegurar la ortodoxia religiosa y la estructuración de la Inquisición en las colonias españolas en las Indias pueden examinarse en SCHWARTZ: *All can be...*, *op. cit.*, pp. 121-206.

⁵⁷⁹ GILL: *The political...*, *op. cit.*, pp. 116-121.

para crear una sociedad más perfecta y donde la Biblia, a diferencia de lo que ocurría en el viejo continente, fuese norma de vida⁵⁸⁰. Ha quedado constancia histórica de la utilización de la Inquisición como instrumento para dirimir conflictos en el trabajo prestado por negros y mulatos y a favor de los propietarios y empleadores. Así, las denuncias mutuas en materia de ortodoxia religiosa eran frecuentes y en realidad escondían desacuerdo en la prestación de servicios⁵⁸¹.

Hay que destacar que el mantenimiento de la ortodoxia religiosa en las colonias no era nada fácil como consecuencia de un gran número de factores que jugaban en contra: largas distancias; malas comunicaciones; alejamiento de la metrópolis; gran diversidad religiosa entre los nativos; abundancia de esclavos africanos que tenían otras creencias diferentes a las de los nativos; a pesar de las numerosas prohibiciones, difícil control de la ortodoxia entre los emigrantes (emigrantes luteranos, judíos...); menor estructuración y recursos de la Inquisición en las colonias que en la Península, etc⁵⁸².

Las prohibiciones de viajar a las Indias para los no católicos eran habituales y persistentes en el tiempo. Por ejemplo, el 5 de abril de 1522 se ordenó a los funcionarios de la Casa de Contratación que impidieran viajar a cualquier extranjero no identificado. Quedaban excluidos de la posibilidad de viajar a las Indias los no católicos, judíos y moriscos, incluidos los hijos y nietos de los castigados por la Inquisición que hubieran tenido que llevar públicamente un sambenito⁵⁸³.

Naturalmente, todos los controles aplicados no evitaron que en las colonias españolas hubiera presencia de creencias minoritarias, y más cuando tanto los indígenas, como los esclavos africanos, a pesar de la pretensión de homogeneidad de la Corona Castellana, conservaban en muchos casos sus más ancestrales creencias religiosas, o incluso en su forma sincrética. Lo que sí es evidente, incluso en nuestros días, es el gran mestizaje étnico que se produjo. Según parece, la población aproximada hacia 1570 se distribuía aproximadamente del siguiente modo⁵⁸⁴:

- México, Antillas y Centroamérica: 52.500 blancos, 91.000 negros/mulatos y 4.072.150 indios.

- Suramérica española: 65.500 blancos, 139.000 negros/mulatos y 4.955.000 indios.

Total: 118.000 blancos, 230.000 negros/mulatos y 9.027.150 indios.

5.3. Oasis de heterogeneidad en España

Hay unanimidad entre los autores en señalar que la doctrina de la Iglesia Católica surgida a partir del Concilio de Trento, la denominada Contrarreforma, y hasta la llegada del Vaticano II dejaba poco margen a la tolerancia religiosa, por lo que España queda al margen desde el siglo XVI del debate seguido en otros países en materia de tolerancia

⁵⁸⁰ SUÁREZ FERNÁNDEZ: *Crisis...*, op. cit., p. 100.

⁵⁸¹ "The many instances of blacks or mulattos accused of witchcraft and sorcery and the many denunciations by them against owners or employers demonstrate the ways in which institutions like the Inquisition could be appropriated as weapons in other battles". SCHWARTZ: *All can be...*, op. cit., p. 129.

⁵⁸² SCHWARTZ: *All can be...*, pp. 160-168.

⁵⁸³ THOMAS: *El imperio español de Carlos...*, op. cit., p. 242.

⁵⁸⁴ THOMAS: *El imperio español de Carlos...*, op. cit., p. 609.

religiosa⁵⁸⁵. Sin embargo, no hay que desdeñar la influencia que tuvo el erasmismo en España, donde adquiere una gran difusión a partir de la primera traducción llevada a cabo en 1516. Dicho movimiento dominará la vida cultural española hasta 1559. Tales límites temporales han de tomarse de modo aproximativo, no taxativo. Lo que está claro es que en España concurren factores que facilitaron el arraigo del erasmismo durante un tiempo, como fueron las críticas populares generalizadas contra la inmoralidad de algunos eclesiásticos o el influjo de los conversos, por citar sólo dos ejemplos⁵⁸⁶. El erasmismo en España provocó la eclosión de un cristianismo universalista e interiorizado, especialmente entre los conversos o “cristianos nuevos”. La intolerancia y dogmatismo de los “cristianos viejos”, partidarios de la “limpieza de sangre” provocaron que el concepto tan relevante en la obra de ERASMO del “*corpus mysticum*”, de raíces paulianas, pero reformulado por dicho autor, tuviera una especial trascendencia como herramienta para defender la igualdad entre los cristianos, sin diferenciaciones⁵⁸⁷.

En la plaza española de Orán, ocupada por España en 1509, las tres religiones (cristiana, musulmana y judía) eran legalmente practicadas después de 1492. Dicha situación se mantuvo hasta que los judíos fueron expulsados en 1669⁵⁸⁸.

Un ejemplo de ciudad cosmopolita desde un punto de vista cultural, aunque se mantuviera una férrea ortodoxia religiosa, lo fue Sevilla en el siglo XVI, que disponía del puerto más grande de España. Sevilla pasó de 40.000 a 80.000 habitantes entre 1500 y 1550. Muchos de sus nuevos habitantes, atraídos por la fuerte actividad comercial (principalmente en relación con América), eran de otros puntos de Castilla; pero muchos otros eran extranjeros. Debido a la importancia del comercio transatlántico residía un gran número de genoveses y florentinos en la ciudad. En concreto los genoveses eran expertos en cuestiones monetarias, seguros, inversiones, préstamos e hipotecas, etc. Los que se dedicaban al negocio bancario incluso castellanizaron sus nombres. Los Marini se convirtieron en los Marín y los Centurione en los Centurión. Asimismo, muchos de los marineros tampoco eran castellanos. Eran habituales los marineros portugueses y los italianos; y en todo proyecto participaban griegos, franceses y flamencos⁵⁸⁹.

Todos los barcos que se dirigían a las Indias solían realizar una escala en Canarias con la finalidad de aprovisionarse de agua y vituallas. En Las Canarias las autoridades se mostraban tolerantes con los mercaderes ingleses y de otras procedencias⁵⁹⁰.

En el siglo XVII tanto España como Portugal garantizaron una libertad de conciencia limitada, mediante tratados, a los marineros y comerciantes originarios de países protestantes (por ejemplo, tratados entre Portugal e Inglaterra de 1640 y 1654, o tratado entre Portugal y las Provincias Unidas de 1661⁵⁹¹).

⁵⁸⁵ LUTZ: *Reforma...*, op. cit., p. 284. “El proceso de confesionalización hispánico va más allá que el de otros países al producirse una total imbricación de los valores políticos en los religiosos. La praxis de actuación queda supeditada a la moral (católica, por supuesto); una moral reglamentada por la Biblia y explicitada por sus exégetas: los religiosos”. NEGREDO DEL CERRO: “Evolución...”, en AAVV: *Historia...*, op. cit., p. 395.

⁵⁸⁶ ABELLÁN: *El erasmismo...*, op. cit., pp. 79-80.

⁵⁸⁷ ABELLÁN: *El erasmismo...*, op. cit., pp. 130-132.

⁵⁸⁸ SCHWARTZ: *All can be...*, op. cit. p. 81.

⁵⁸⁹ THOMAS: *El imperio español de Carlos...*, op. cit., pp. 237-238.

⁵⁹⁰ THOMAS: *El imperio español de Carlos...*, op. cit., p. 232.

⁵⁹¹ SCHWARTZ: *All can be...*, op. cit., p. 217.

España blindó sus fronteras contra cualquier intento de expansión en su territorio de las ideas provenientes de la Revolución Francesa y de los postulados filosóficos de la Ilustración, tal y como ya había hecho con anterioridad ante la fragmentación religiosa y la difusión de doctrinas no católicas⁵⁹². En toda Europa, pero especialmente en España y en general por parte del catolicismo, surgió una reacción contra la Francia revolucionaria⁵⁹³. Los reyes absolutistas y las viejas estructuras no estaban dispuestos a que la ola revolucionaria francesa, que conllevó incluso la ejecución del rey, pusiera en entredicho el estado de las cosas⁵⁹⁴. El gobierno español, en marzo de 1791, estableció un cordón de tropas en la frontera pirenaica con la finalidad de evitar que se contagiara a España la “peste francesa”⁵⁹⁵. El Antiguo Régimen en España no sería derribado de forma revolucionaria, sino que sería erosionado poco a poco con el lento transcurrir de los años.

Si en España la regla general era la intransigencia religiosa y la persecución de toda persona sospechosa de mantener ideas heterodoxas, el enclave de Gibraltar puede considerarse un pequeño oasis donde se mantuvo una verdadera pluralidad religiosa. En 1812 Gibraltar tenía 3.197 habitantes; la mitad de ellos eran españoles o de origen español, y el resto judíos, malteses, italianos y funcionarios británicos (de mayor a menor cantidad de ciudadanos de cada origen). La población de Gibraltar se dedicaba principalmente al comercio, a la artesanía y a los servicios. En 1824 se contaban ya 12.000 habitantes, de los cuales 8.000 eran españoles, erigiéndose Gibraltar como un foco de irradiación protestante. En 1851 las actividades económicas de los moradores del Peñón se podían desglosar en cinco categorías: comerciantes y tenderos principalmente; artesanos (sastres, panaderos, zapateros...); pescadores y marineros; profesionales de las artes liberales; y contrabandistas y jornaleros eventuales. El 25% de los españoles residentes en el enclave eran nacidos ya en Gibraltar, por lo que podían optar por la nacionalidad británica. Hay que destacar que por aquel entonces en el enclave se encontraban muchos clérigos refugiados, liberales, carlistas y exclaustrados. En lo que aquí interesa, consta que en los años 1839-1840 existían relaciones interconfesionales en Gibraltar entre los anglicanos, los presbiterianos escoceses y la colectividad católica, que conformaba una colectividad numerosa, pero dispersa y dividida (por ejemplo, la formaban los militares irlandeses). Es decir, existían unas relaciones cordiales entre las

⁵⁹² “Ante los tres hechos de máxima fuerza transformadora en el mundo moderno, a saber la Reforma, la Revolución Francesa, y la proyección social del ideario marxista, corrosivos de la ortodoxia acuñada, será adoptada una actitud no ya de repulsa sino de abierta beligerancia, que resultará terminante en el devenir histórico posterior”. VILAR RAMÍREZ: *Intolerancia...*, op. cit., p. 23.

⁵⁹³ Sobre la confrontación entre la Iglesia y los partidarios del proceso secularizador, iniciado sobre todo a partir de la Revolución francesa, puede consultarse MONTERO GARCÍA, Feliciano: “La industrialización y sus repercusiones en las formas de vida y en la acción de la Iglesia Católica”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. IV. El Mundo contemporáneo*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2010, pp. 113-153.

⁵⁹⁴ “El XIX en Europa es el siglo de las revoluciones. La semilla de la Revolución francesa germina a lo largo de este siglo, dando al traste con el Antiguo Régimen. Es el tiempo del decidido triunfo de la revolución burguesa en Europa. España es una excepción: tal revolución burguesa no llega a tener lugar nunca. Se asimilan a duras penas algunas de las ideas de esa revolución, pero nada más. Para decirlo gráficamente, el XIX es en Europa el siglo de la revolución francesa; en España es más bien el siglo de los pronunciamientos y, si acaso, también de las camarillas (palabras que, por cierto, se internacionalizan) y la democracia que tan a duras penas va abriéndose paso es una democracia sustancialmente alterada por el caciquismo”. LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho...*, op. cit., p. 134.

⁵⁹⁵ SOBOUL: *La revolución...*, op. cit., pp. 163-165.

tres confesiones dominantes. En cambio, las relaciones eran problemáticas con las otras confesiones protestantes, por ejemplo, con los metodistas wesleyanos (el fundador del movimiento, el inglés JOHN WESLEY, 1703-1791, buscaba el ideal de la perfección cristiana en base a Mateo 5, 48: “*be perfect, as you heavenly Father is perfect*”)⁵⁹⁶. En todo caso, se trataba de unas relaciones menos conflictivas que en el enclave británico de Malta⁵⁹⁷.

Durante la dominación británica, Menorca también se convirtió en un enclave donde primaba la pluralidad religiosa, que era garantizada por un aceptable nivel de tolerancia. Por los arts. 10 y 11 del Tratado de Utrecht, Gran Bretaña garantizaba el derecho de los menorquines para practicar la religión católica, que no era obviamente la religión mayoritaria entre los ingleses. Mediante la aplicación de tales garantías se consiguió un clima de tolerancia mutua entre los diversos creyentes. De hecho, los menorquines estaban habituados al contacto con extranjeros de otras confesiones religiosas y existía en la isla un ambiente más liberal y tolerante que en la Península. Es de destacar que el cónsul británico residía en Mahón y no en Mallorca⁵⁹⁸.

Desde tiempos fernandinos Málaga era para los británicos la ciudad española donde gozaban de la mayor tolerancia religiosa. Desde entonces, por ejemplo, disfrutaban de un cementerio protestante autorizado por las autoridades. Y durante décadas era la ciudad española donde se celebraban ritos anglicanos con mayor regularidad, asistencia y publicidad. En los años precedentes al primer reconocimiento de la tolerancia religiosa en España en Málaga existía la mayor comunidad de disidentes religiosos de España. Las razones para la eclosión de dicha situación excepcional en la Península eran que Málaga era una muy relevante plaza mercantil, existían muchas influencias foráneas, disfrutaba de una colonia extranjera numerosa y la proximidad de la ciudad a Gibraltar, que como se ha visto era un punto de irradiación de ideas heterodoxas⁵⁹⁹.

Un hecho sintomático de la manera de enfocarse la religión en España, y aunque el catolicismo ha sido de forma inveterada la religión oficial del Estado, lo constituye que desde la aparición de la imprenta en el país no se había impreso nunca la Biblia sin notas ni comentarios, ya que estaba prohibido. Si se prescindía de ediciones antiguas en lengua vulgar, y las ediciones de Scío (1790) y Torres Amat (1823), de precio muy elevado para el común de los ciudadanos, hay que esperar al denominado Trienio liberal, o Trienio constitucional según el autor. Así, en 1820 se editó en Barcelona un Nuevo Testamento de Scío sin notas. Dicha edición aprovechó la confusión creada por la experiencia liberal y tuvo tanto éxito que se agotó rápidamente en las librerías⁶⁰⁰.

6. CONSTITUCIONALISMO Y LIBERTAD RELIGIOSA EN ESPAÑA

“La religión Católica Apostólica Romana, que, con exclusión de cualquier otro culto, continúa siendo la única de la nación española, se conservará siempre en los dominios

⁵⁹⁶ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious...*, op. cit., p. 282.

⁵⁹⁷ VILAR RAMÍREZ: *Intolerancia...*, op. cit., pp. 131-169.

⁵⁹⁸ VILAR RAMÍREZ: *Intolerancia...*, op. cit., pp. 246 y ss.

⁵⁹⁹ VILAR RAMÍREZ: *Intolerancia...*, op. cit., p. 345.

⁶⁰⁰ VILAR RAMÍREZ: *Intolerancia...*, op. cit., p. 104.

de S. M. católica, con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar, según la ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones⁶⁰¹.

6.1. Características del constitucionalismo español en relación a la libertad religiosa

Es clásico al tratar de la historia política de España de llevar a cabo una interpretación “pendular” de dicha historia. Es conocido que en la Modernidad España ha alternado momentos revolucionarios de radicalismo con períodos extremadamente conservadores. Tal discurrir “pendular” de la evolución política española, que la diferencia claramente de otros países europeos (como paradigma, se puede señalar quizás la Gran Bretaña o los Estados Unidos de América) ha tenido su traducción en textos constitucionales de diferente signo y, por ende, un tratamiento muy diferente de la libertad religiosa. La inestabilidad constitucional, reflejo directo de la inestabilidad ideológica, se plasmó en los ocho textos constitucionales que se han redactado en España hasta 1978⁶⁰². Ahora bien, tal interpretación “pendular” ha de ser matizada, ya que, por un lado, la gran mayoría, por no decir la totalidad, de los diputados tanto progresistas como conservadores que intervinieron en los sucesivos debates constituyentes se pueden adscribir al campo católico, aunque obviamente llegaron a conclusiones distintas; y, por otro lado, la vigencia de los preceptos más avanzados y tendentes a la libertad religiosa o bien fue nula, o de aplicación escasa en el tiempo. Desde este punto de vista la historia constitucional española no sería realmente cíclica como se sostiene a menudo⁶⁰³. Así, no es de extrañar que se haya afirmado que la historia del constitucionalismo español es realmente la historia de la confesionalidad en España⁶⁰⁴.

Aunque sus orígenes pueden situarse en el siglo XVIII, cuando el Antiguo Régimen empieza su declive, el movimiento constitucional español se inicia a principios del siglo XIX y encuentra sus fuentes de inspiración en Estados Unidos y Francia. Estados Unidos gozaba desde 1787 de una Constitución y Francia, tras la Revolución, comienza su movimiento constitucional en 1791. Y termina con el reconocimiento de la libertad religiosa con la entrada en vigor de la actual Constitución de 1978, tras un período de

⁶⁰¹ Así reza el art. 1 del Concordato de 1851 celebrado entre la Santa Sede y España, concretamente entre Pío IX e Isabel II.

⁶⁰² SÁNCHEZ AGESTA tacha al movimiento constitucional del siglo XIX de “superficial” y añade de forma gráfica respecto a las personas que intervinieron en dicho movimiento: “*Hicieron y deshicieron muchas constituciones, las violaron, las burlaron y las falsearon, pero procuraron siempre tener una constitución vigente que cubriera sus vergüenzas políticas*”. SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Historia del constitucionalismo español*. 3ª edición revisada. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 23. No menos crítica resulta la afirmación de TORRES DEL MORAL, para quien el constitucionalismo español es un “*continuo tejer y destejer Constituciones*” y que se caracteriza por un “*falseamiento permanente de los principios del régimen constitucional y representativo a base de pronunciamientos, caciquismo y manipulaciones del sufragio*”. TORRES DEL MORAL, Antonio: *Constitucionalismo histórico español*. 1ª edición. Madrid: Átomo Ediciones, 1986, p. 16.

⁶⁰³ “*La característica de nuestro constitucionalismo es la longevidad de las Constituciones conservadoras en comparación con los progresistas y democráticas*”. SOLÉ TURA, Jordi y AJA FERNÁNDEZ, Eliseo: *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*. 20ª edición. Madrid: Siglo XXI, 2005. Dicha idea es desarrollada en pp. 131-133.

⁶⁰⁴ SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo: “*Laicidad en el constitucionalismo español*”, en AAVV: *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2005, p. 119.

transición política sobre el cual se han vertido grandes cantidades de tinta. Eso sí, no hay que negar que el inicio y evolución del constitucionalismo español discurre durante un siglo, el siglo XIX, lleno de acontecimientos históricos y vaivenes políticos y sociales⁶⁰⁵.

Como en otros países europeos, en España la libertad religiosa ha sido objeto de una larga evolución que, como el constitucionalismo, ha sufrido avances y retrocesos. Claro está, la falta de influencia de los postulados filosóficos de la Ilustración y, por lo tanto, la lenta secularización de la sociedad española, por la fuerte resistencia de sus instituciones y estructuras sociales, ha provocado que la libertad religiosa haya tenido un tormentoso y postergado reconocimiento si se compara con otros países del entorno⁶⁰⁶. Nótese que en la historia del constitucionalismo español la regulación de las libertades fundamentales se ha dejado frecuentemente en manos de un desarrollo orgánico posterior a su reconocimiento constitucional, y la libertad religiosa, cuando ha sido reconocido en algún texto fundamental, no ha sido una excepción⁶⁰⁷.

De este modo, es menester examinar el tratamiento que realizan los diferentes textos constitucionales en relación a la libertad de conciencia y el fenómeno religioso, y, asimismo, constatar la existencia o no de libertad religiosa⁶⁰⁸.

6.2. Estatuto de Bayona de 1808

No se trata de una Constitución *strictu sensu*, sino de una mera carta otorgada impuesta por Napoleón a la parte de la península ocupada por las tropas francesas y que no tuvo una efectiva vigencia. El preámbulo del texto legal establece una línea clara de cómo tratará la cuestión religiosa: “*En nombre de Dios Todopoderoso, Don Josef Napoléon, por la gracia de Dios, Rey de las Españas y de las Indias*”. El Título Primero es titulado “*De la Religión*” e incluye un solo artículo que no deja margen de duda sobre el posicionamiento

⁶⁰⁵ “*El constitucionalismo español es (...) hijo de un siglo cargado de sobresaltos y graves episodios: es el siglo, iniciado con la invasión napoleónica y la Guerra de la Independencia, en el que se hunde nuestro Imperio de ultramar, el siglo de la repetida quiebra del régimen monárquico, el siglo de los pronunciamientos militares y las guerras carlistas, el siglo de las confrontaciones entre orden y libertad, entre absolutismo y revolución, entre Antiguo Régimen y modernidad, entre centralismo y federalismo (o incluso cantonalismo); el siglo, en fin, en el que, en un panorama económico de lenta y tardía industrialización y de endémicos problemas en la agricultura, se plantea la cuestión social y se gesta el movimiento obrero*”. MONTOYA MELGAR, Alfredo: “El trabajo en las constituciones españolas del siglo XIX”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2012, núm. 154, pp. 16-17.

⁶⁰⁶ “*De lejos viene obviamente la declaración y el reconocimiento de un derecho, el de libertad religiosa, estrecha y nutriciamente ligado al proceso de secularización y autonomización del Estado, así como de su constitucionalización y democratización ulteriores*”. LÓPEZ CASTILLO: “Acerca...”, *op. cit.*, p. 217. Se ha afirmado en relación a la Ilustración que “*in other places this was a major step on the road to modernity, but in Iberia religious toleration did not triumph. The institutional structures of Spain and Portugal, the continued authority and position of the Church, and the weight of social practice and political thought simply proved too strong to overcome*”. SCHWARTZ: *All can be...*, *op. cit.*, p. 251.

⁶⁰⁷ “*Desde 1876 hasta 1917 hubo diecinueve suspensiones de derechos. Y algunas de las libertades básicas como la de asociación, la de reunión, la de manifestación, la libertad religiosa y el sufragio universal, se vieron coartadas por tantos controles gubernamentales o fueron tan falseadas por el juego de los poderes de hecho (burocratismo, caciquismo, etc.) que su vigencia real fue realmente escasa*”. SOLÉ TURA y AJA FERNÁNDEZ: *Constituciones...*, *op. cit.*, p. 134.

⁶⁰⁸ Como textos de referencia se han utilizado los contenidos en la recopilación llevada a cabo por TIERNO GALVÁN, Enrique: *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1978)*. 2ª edición. Madrid: Tecnos, 1979.

del Estatuto en materia religiosa: “*La religión Católica Apostólica y Romana, en España y en todas las posesiones españolas, será la religión del Rey y de la Nación y no se permitirá ninguna otra*”. Por otro lado, la fórmula de juramento del Rey es la siguiente: “*Juro sobre los Santos Evangelios respetar y hacer respetar nuestra santa religión, observar y hacer observar la Constitución, conservar la integridad y la independencia de España y sus posesiones, respetar y hacer respetar la libertad individual y la propiedad y gobernar solamente con la mira del interés de la felicidad y de la gloria de la Nación española*”. En el art. 27 se prevé la creación de un Ministerio de “*Negocios eclesiásticos*”. Las Cortes o “*Juntas de la Nación*” está compuesta por ciento setenta y dos personas, divididos en tres Estamentos, uno de ellos el Estamento del Clero, “*que se colocará a la derecha del trono*”, y se compondrá de veinticinco arzobispos y obispos (arts. 61 y 62). En relación a la libertad de conciencia, el art. 145 prevé que “*dos años después de haberse ejecutado enteramente esta Constitución se establecerá la libertad de imprenta*”.

De una lectura del Estatuto se aprecia que está directamente influenciado por los postulados liberales, que contrasta con el estado de absolutismo vigente en España. Ahora bien, tal conjunto de ideas liberales, que incluye desde la prohibición de la tortura hasta la institución del *habeas corpus*, no alcanza a la libertad religiosa, ya que se eleva a la religión católica a religión oficial del Estado y no se concede resquicio alguno a la presencia de otras formas de vivir el cristianismo, como son el luteranismo o el calvinismo, por citar los más relevantes tanto en Francia como en España después del catolicismo. Hay que tener en cuenta que Carlos IV condicionó su abdicación a que España continuara siendo un Estado confesional y, por otro lado, los españoles en su mayoría tampoco deseaban probablemente lo contrario, ya que la Ilustración había penetrado de forma muy modesta en la mentalidad de los españoles. El resultado de las circunstancias es que existe una evidente contraposición entre las libertades liberales y la intransigencia en materia religiosa⁶⁰⁹.

6.3. Constitución de Cádiz de 1812

La denominada popularmente como "Pepa", un texto constitucional que se aprobó como contraposición a las imposiciones francesas en España, es aprobada tal y como se enfatiza en su preámbulo “*en el nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, Autor y Supremo Legislador de la sociedad*”. En el marco del Título II, titulado “*Del territorio de las Españas, su religión y gobierno, y de los ciudadanos españoles*”, se inserta el Capítulo II, dedicado a la religión. Su único artículo, el art. 12, es del siguiente tenor: “*La religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra*”. Es decir, se instituye como religión del Estado la religión católica y, al mismo tiempo, se prohíbe el ejercicio de cualquier otra, sin diferenciarse si se trata de una referencia dirigida sólo al ámbito público, o también al privado. Por eso, el

⁶⁰⁹ Se ha afirmado que frente a las libertades enunciadas “*sorprende la declaración tajante de confesionalidad*”. SOLÉ TURA y AJA FERNÁNDEZ: *Constituciones...*, op. cit. Dichos autores opinan que “*parece claro el deseo de ganarse el apoyo de los estamentos nobles, y especialmente de la Iglesia*” (p. 12). Respecto a la cuestión religiosa, “*el primer documento constitucional de nuestra historia mantiene inalterable en este tema la situación del país, a pesar de que los documentos inspirados e impuestos por Napoleón en las monarquías de su órbita impusieran una mayor tolerancia*”. LABOA, Juan María: “La libertad religiosa en la historia constitucional española”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 1982, núm. 30, p. 161.

rey tiene el tratamiento de "*Majestad Católica*" (art. 169) y su catolicidad indiscutible se traslada a su fórmula de juramento: "*N. (aquí su nombre), por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas; juro por Dios y por los Santos Evangelios que defenderé y conservaré la religión Católica, Apostólica, Romana, sin permitir otra alguna en el reino*" (art. 173).

Es de destacar que las juntas electorales de parroquia (compuestas por todos los ciudadanos avecindados y residentes en la parroquia correspondiente) se inician mediante una misa, que posee una clara función de cohesión grupal y que difumina las fronteras en el ámbito político y el religioso: "*Llegada la hora de la reunión (...) hallándose juntos los ciudadanos que hayan concurrido, pasarán a la parroquia, con su presidente, y en ella se celebrará una misa solemne de Espíritu Santo, por el cura párroco, quien hará un discurso correspondiente a las circunstancias*" (art. 47). Concluida dicha misa, se puede proceder a nombrar los cargos (art. 48). Acabados los actos, "*los ciudadanos que han compuesto la junta se trasladarán a la parroquia, donde se cantará un solemne Te Deum, llevando al elector o electores entre el presidente, los escrutadores y el secretario*". Para la formación de las Juntas Electorales de Partido también se prevé una misa. Así, se dispone que "*pasarán los electores parroquiales con su Presidente a la iglesia mayor, en donde se cantará una misa solemne de Espíritu Santo, por el eclesiástico de mayor dignidad, el que hará un discurso propio de las circunstancias*" (art. 71); extremo que se repite en el caso de las Juntas Electorales de Provincia (art. 86). El juramento de los diputados con una mano sobre la Biblia es hartó gráfico: "*¿Juráis defender y conservar la religión católica la religión católica, apostólica, romana, sin admitir otra alguna en el reino?- R. Sí, juro.- ¿Juráis guardar y hacer guardar religiosamente la Constitución (...)?*" (art. 117).

Lógicamente, la preeminencia de la doctrina católica en el ámbito político alcanza a otros ámbitos no menos trascendentes para el país, como es la educación: "*En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer y escribir y contar; y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles*" (art. 366).

Como una supuesta culminación del proyecto liberal contenido en la Constitución de Cádiz, se garantiza que "*todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes*" (art. 371). No obstante, y con anterioridad a la misma promulgación de la Constitución, en el temprano Decreto nº 9 de 10 de noviembre de 1810 se fijan unos límites muy gravosos a la citada libertad de expresión. En el art. 76 del Decreto se manifiesta que serán objeto de censura previa "*todos los escritos sobre materias de religión*", asignando dicha censura previa a los ordinarios eclesiásticos y según lo establecido en el Concilio de Trento. Con el fin de "asegurar" la libertad de imprenta y fiscalizar las extralimitaciones en ejercicio de tal derecho, las Cortes procedieron a nombrar una Junta Suprema de Censura y otras semejantes de carácter provincial. En una y en otras, se reservaron puestos a los eclesiásticos⁶¹⁰.

⁶¹⁰ NÚÑEZ RIVERO, Cayetano: "Confesionalismo excluyente, tolerancia y libertad religiosa en el constitucionalismo español del siglo XIX", en AAVV: *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 40-42.

Así, la Constitución de Cádiz se aparta realmente en materia religiosa del liberalismo, a diferencia de lo que comúnmente se podría pensar, y opta por un Estado netamente confesional, donde la doctrina católica está omnipresente en la vida política y privada de los ciudadanos, y se desecha cualquier atisbo de libertad religiosa⁶¹¹. Como en el caso del Estatuto de Bayona, la contraposición entre el ideario liberal, plasmado a través de las libertades enunciadas, y la intolerancia religiosa es fruto del reflejo de las circunstancias políticas y sociales del momento. No hay que obviar el peso de la Iglesia en la Guerra de la Independencia y la decisiva presencia del clero en la Cortes⁶¹². De hecho, de los diputados presentes, unos noventa eran clérigos, muchos de ellos formados en las facultades de teología de orientación ilustrada, regalista y jansenista⁶¹³. La regulación de la cuestión religiosa es fruto de un compromiso entre liberales y absolutistas. Por un lado se reconoce en la Constitución la organización liberal del Estado; y por otro se reconoce a la Iglesia Católica su preeminencia y derechos, parte innegociable del programarlo absolutista⁶¹⁴.

También las Cortes de Cádiz tuvieron que debatir sobre la supresión de la Inquisición⁶¹⁵. En definitiva, se ha llegado a afirmar que se trata de la regulación de la cuestión religiosa más reaccionaria de la historia del constitucionalismo español⁶¹⁶.

⁶¹¹ “El más grave legado que las Cortes de Cádiz dejaron a las posteriores generaciones del siglo fue la cuestión religiosa”. SÁNCHEZ AGESTA: *Historia...*, op. cit., p. 113. Dicho autor añade: en relación a dicho texto constitucional: “Disparatadamente revolucionario en los principios políticos, pero impecablemente confesional en el sentido religioso” (p. 114); “La Constitución de 1812 es en efecto confesional, y cerradamente confesional: impone una religión y prohíbe el resto”. CLAVERO, Bartolomé: *Manual de historia constitucional de España*. 1ª edición. Madrid: Alianza, 1989, p. 35; “Su rechazo a la libertad religiosa (...) no es simplemente un pacto con la Iglesia católica, sino más bien manifestación de un sentimiento común del que participaban prácticamente todos los diputados”. CHACÓN PIQUERAS, Carmen Mª: “Tradicón constitucional en España”, en AAVV: *Temas de Derecho Constitucional. Vol. I*. 1ª edición. Barcelona: Cedecs, 1998, pp. 103 y 105; “por una parte, suscitaba la cuestión de la intolerancia religiosa, aunque este concepto, en el mundo hispano de los inicios del siglo XIX, no fue el mismo que en el mundo anglosajón debido principalmente a la existencia de una comunidad católica hispánica monolítica desde el siglo XVI. Para que se diese tolerancia tenía que existir una conciencia de pluralidad. Además, en los inicios del liberalismo, intolerancia significó unión del cuerpo político mientras que tolerancia significó desunión, ilegitimidad y guerra civil. La tolerancia religiosa no se planteaba realmente como un problema pues el exclusivismo católico parecía natural y perfectamente compatible con el constitucionalismo y las políticas liberales”. GONZÁLEZ MANSO, Ana Isabel: “Tolerancia religiosa y modelo de Iglesia en España en la primera mitad del siglo XIX”. *Historia Constitucional*, 2014, núm. 15, p. 115.

⁶¹² Tal paradoja ha hecho afirmar que se trata de una Constitución “muy abierta en lo político y muy tradicional en lo religioso”. LABOA: “La libertad...”, op. cit., p. 162.

⁶¹³ ANDRÉS MARTÍN: *Cristianismo...*, op. cit., p. 135. Desde un punto de vista histórico la presencia de ministros de culto (siempre católicos) es casi omnipresente en la historia constitucional española. Al respecto es interesante contrastar tal hecho característico de la historia moderna española con el debate seguido en los países de raigambre liberal. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictada en el caso *McDaniel v. Patty*, 435 US 618 (1978) se refleja la discusión tradicional sobre la conveniencia de que los ministros de culto (de la confesión que sean) puedan ser escogidos como miembro de una cámara legislativa.

⁶¹⁴ SOLÉ TURA y AJA FERNÁNDEZ: *Constituciones...*, op. cit., p. 16.

⁶¹⁵ Dichos debates son analizados en SÁNCHEZ AGESTA: *Historia...*, op. cit., pp. 115-121.

⁶¹⁶ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás: “Estado y religión en el constitucionalismo español”, en AAVV: *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006, p. 22.

6.4. Estatuto Real de 1834

El citado texto, que difícilmente puede ser considerado como una constitución, sino más bien una carta otorgada de claro contenido conservador, no recoge ninguna regulación de los derechos fundamentales, ni se alude en ningún momento al ámbito de la religión. Se trata de un documento marcado por la sublevación carlista de 1833, (que iniciaría la partición del país en las denominadas "dos Españas")⁶¹⁷, y que se trata de un contexto que se significa por el hecho de que por primera vez en la historia de España, con excepción del período bonapartista, buena parte de los integrantes de la Iglesia Católica se opone a la monarquía. Por tal razón, la regente María Cristina buscó apoyo en los sectores liberales menos radicales para la promulgación del Estatuto Real⁶¹⁸.

6.5. Constitución de 1837

En un lugar tan preeminente, como es el art. 2, el texto constitucional establece que *"todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes"*. Y se añade: *"la calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente a los jurados"*.

De forma menos agresiva que en textos constitucionales anteriores, el art. 11 dispone que *"la Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la Religión Católica que profesan los españoles"*. En pocas palabras, no existe una prohibición expresa de profesar religión diferente a la española, lo que supone un claro progreso al respecto. Se trata de un precepto ambiguo, en el sentido de que el constituyente no se pronuncia sobre si es partidario o no de la libertad religiosa⁶¹⁹. Las Cortes constituyentes no quisieron explicitar el derecho a la tolerancia religiosa en la Constitución o aceptar la existencia de pluralidad religiosa⁶²⁰.

Se trata de una Constitución que estuvo vigente en un momento en el que existían graves tensiones con la Santa Sede. De hecho, la nunciatura se cerró en España en 1840 y el 1 de marzo de 1841 el papa Gregorio XVI su alocución *Afflicta in Hispania* res que radicalizó aún más las posiciones antieclesiásticas del gobierno español.

6.6. Constitución de 1845

Se trata de una Constitución de carácter muy conservador. Igual que en el caso de la Constitución de 1837, el art. 2 reconoce el derecho de libertad de imprenta: *"Todos los*

⁶¹⁷ "En España se gestaba alrededor del monarca, Fernando VII, el movimiento que en torno a su hermano, Carlos María Isidro, llevaría tras su muerte (1833) a las guerras carlistas, que se alargarían casi cuarenta años y marcarían los inicios de las dos Españas, que estallarían con violencia extrema en la guerra civil del siglo XX. Ser católico y constitucional parecía casi imposible". BADA ELÍAS, Joan: "La nueva sociedad que emerge de la revolución liberal", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. IV. El Mundo contemporáneo*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2010, pp. 19-20.

⁶¹⁸ NÚÑEZ RIVERO: "Confesionalismo...", en AAVV: *Gestión...*, op. cit., p. 51.

⁶¹⁹ "Se admitía el hecho sociológico, se comprometían a mantener el culto y el clero, dada la situación en que había quedado la Iglesia tras la desamortización de Mendizábal, y no determinaban nada sobre un tema tan discutido a lo largo de los debates constituyentes". LABOA: "La libertad...", op. cit., p. 165.

⁶²⁰ SÁNCHEZ AGESTA: *Historia...*, op. cit., p. 276.

españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes". El art. 11 sí contiene diferencias relevantes en relación al art. 11 de la Constitución de 1837: "*La Religión de la Nación española es la Católica, Apostólica, Romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros*". La primera parte del precepto eleva la religión católica a religión oficial, lo que convierte a España en un Estado confesional, más allá de la simple obligación de sufragar los gastos del clero católico. Es más, si el precepto equivalente de la Constitución de 1837 contenía una declaración sociológica, ya que tenía en cuenta que la religión católica era la mayoritaria de la población; en el caso de la Constitución de 1845, el art. 11 realiza una declaración puramente doctrinal⁶²¹.

El Código Penal de 1848 era un reflejo fiel del estado de las cosas. Así, recogía en once artículos los denominados "Delitos de religión", que incluía la tipificación como delito la propagación de doctrinas contrarias a los dogmas católicos, la celebración de actos públicos de un culto no católico, la tentativa de variar la religión católica o la apostasía, entre otras conductas constitutivas de delito⁶²².

Como se ha tenido ocasión de ver con anterioridad, en 1851 España firma un Concordato con la Santa Sede que estará vigente hasta 1931. En dicho Concordato se define a España como un país católico con exclusión de cualquier otra religión. El preámbulo no puede ser más gráfico: "*Deseando vivamente Su Santidad el sumo pontífice Pío IX proveer al bien de la religión y a la utilidad de la Iglesia en España con la solicitud pastoral con que atiende a todos los fieles católicos, y con especial benevolencia a la ínclita y devota nación española, y poseída del mismo deseo S. M. la reina católica doña Isabel II, por la piedad y sincera adhesión a la sede apostólica, heredadas de sus antecesores, han determinado celebrar un solemne concordato, en el cual se arreglen todos los negocios eclesiásticos de una manera estable y canónica*".

6.7. Proyecto de Constitución de Bravo Murillo de 1852

Se trata de un texto de contenido reaccionario que nunca entró en vigor por la fuerte oposición que encontró. Ya en su art. 1, insertado en el Título Primero ("*De la religión*"), se establece la confesionalidad del Estado, que ha sido tachada de "extremada" por algún autor⁶²³: "*La religión de la Nación española es exclusivamente la Católica, Apostólica, Romana*". Por su parte, el art. 2 regula las relaciones entre el Estado y la Iglesia a través de la figura del concordato: "*Las relaciones entre la Iglesia y el Estado se*

⁶²¹ NÚÑEZ RIVERO: "Confesionalismo...", en AAVV: *Gestión...*, op. cit., p. 55. Al respecto se ha afirmado: "No existe un atisbo de libertad religiosa con el agravante de que en 1845, tras la experiencia de la Constitución de 1837, se vuelve al dogmatismo inicial. La declaración de confesionalidad, incluso, traspasa la frontera misma de la afirmación de la estatalidad de la religión católica para convertirse en algo más categórico: la esencia de la españolidad, de la nación española, se expresa en su catolicidad, en la creencia en la religión católica, apostólica y romana. Detrás de esta declaración, se encuentra algo ya habitual en nuestra historia constitucional: que la religión católica y la esencia de la nacionalidad española son una misma cosa. No hay español que no sea católico y aquél que haya nacido dentro de sus fronteras y no sea católico, a pesar de todo, no es español". MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *Constitución...*, op. cit. Es importante retener dicha idea de identificación entre españolidad y catolicidad, pues será retomada nuevamente al tratar del rol que juega la religión en la sociedad española actual.

⁶²² NÚÑEZ RIVERO: "Confesionalismo...", en AAVV: *Gestión...*, op. cit., p. 56.

⁶²³ SOLÉ TURA y AJA FERNÁNDEZ: *Constituciones...*, op. cit., p. 46.

fijarán por la Corona y el Sumo Pontífice en virtud de Concordatos que tendrán carácter y fuerza de ley”.

6.8. Constitución de 1856

Se trata de una constitución que no fue promulgada, por lo que se suele denominar Constitución *non nata* de 1856. En su art. 3 se recoge el derecho a la libertad de imprenta: “*Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes. No se podrá secuestrar ningún impreso hasta después de haber empezado a circular. La calificación de los delitos de imprenta corresponde a los jurados*”. El art. 14 regula el tradicional deber del Estado de sufragar los gastos del clero católico, y se añade un deber de protección: “*La Nación se obliga a mantener y proteger el culto y los ministros de la religión católica que profesan los españoles*”. Más interesante aun resulta el art. 14 *in fine*, que contiene una evidente dosis de ambigüedad: “*Pero ningún español ni extranjero podrá ser perseguido por sus opiniones o creencias religiosas, mientras no las manifieste por actos públicos contrarios a la religión*”. ¿Qué se entiende por “acto público contrario a la religión” (católica, resulta obvio)? El texto establece la libertad de cultos, pero de límites difusos. El citado art. 14 provocó grandes discusiones en relación a su contenido que se dilataron en el tiempo y levantaron las pasiones de los parlamentarios que tomaron parte en ellas⁶²⁴.

6.9. Constitución de 1869

La Constitución de 1869, de neto acento progresista, ha sido reconocida como el primer texto democrático europeo. El art. 17, entre otros derechos clásicos del ideario liberal, reconoce el derecho de los españoles a “*emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante*”, así como el derecho de “*asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública*”.

El art. 21, dedicado a la religión, contiene tres reglas diferentes. La primera parte del precepto regula los gastos de mantenimiento del culto y los ministros católicos: “*La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica*”. A continuación el artículo regula la libertad de culto respecto a aquellas personas que no ostenten la nacionalidad española: “*El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho*”. Por último, y lo que es más relevante, se reconoce el derecho al culto a los españoles de otras religiones que no sean la católica, aunque con un redactado que pone de manifiesto la concepción católica de la sociedad por parte del constituyente y que ha sido calificada como “*fórmula vergonzante*” por algún autor⁶²⁵: “*Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los*

⁶²⁴ SÁNCHEZ AGESTA: *Historia...*, op. cit., pp. 310-313.

⁶²⁵ “*Se está sugiriendo algo así como que a los españoles que no practiquen la religión católica se les da el mismo trato que a los extranjero. En todo caso parece que practicar otra religión distinta a la católica es una rareza propia de extranjeros, lo que no quita que se les reconozca el derecho a hacerlo*”. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO: “Estado...”, en AAVV: *La nueva...*, op. cit., p. 29.

*mismos lo dispuesto en el párrafo anterior*⁶²⁶. Parece que tal formulación, ciertamente compleja, fue consecuencia de la pluralidad existente en el arco revolucionario, cuyos postulados a veces eran contradictorios⁶²⁷. En todo caso, la discusión sobre el contenido del art. 21 provocó una fuerte polémica, pues era intención de los republicanos establecer una separación total entre la Iglesia y el Estado. Dicha polémica justificó un nuevo levantamiento carlista⁶²⁸.

Como garantía adicional al ejercicio de los derechos fundamentales, el art. 22 dispone que *"no se establecerá ni por las leyes ni por las autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título. Tampoco podrá establecerse la censura, el depósito ni el editor responsable para los periódicos"*.

Es muy interesante el contenido del art. 27 en relación al derecho al trabajo y el acceso a los cargos públicos: *"todos los españoles son admisibles a los empleos u cargos públicos según su mérito y capacidad"*. La novedad surge a continuación: *"la obtención y el desempeño de estos empleos y cargos, así como la condición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos, son independientes de la religión que profesen los españoles"*. El citado derecho a prestar servicios en el empleo o cargo público que sea con independencia de las creencias religiosas del ciudadano español de que se trate resulta un hito en la historia del Derecho Constitucional, ya que se dirige a remover los obstáculos que tradicionalmente se habían sido erigidos para impedir a los españoles no

⁶²⁶ *"Aquel tímido reconocimiento a la libertad de cultos de la Constitución non nata de 1856, se convierte en 1869 en una declaración clara de la nueva mentalidad anticlerical del momento"*. CHACÓN PIQUERAS: *"Tradición..."*, en AAVV: *Temas...*, op. cit., pp. 113 y 114. Como consecuencia de la aprobación de la Constitución en 1869 con la inclusión del citado art. 21 *"aquel mismo, año, un sefardita de Estambul llamado Moisés Yasequin solicita su residencia en España. Era el primero en realizar el tan ansiado «retorno a Sefarad», que Ángel Pulido iba a intensificar iniciando un movimiento de simpatía y apertura desde la misma España"*. SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, op. cit., p. 210. Como antecedente se puede citar el retorno de Francisco de Cáceres: *"Los judíos españoles (...) se sentían en el siglo XV, y desde mucho antes, tan españoles como los cristianos. Junto a éstos adquirieron el sentimiento de la grandeza personal, que aún conservan en su diáspora después de casi cinco siglos. España para ellos, sigue siendo una segunda Sión. En 1500 regresó a España el judío Francisco de Cáceres. Acusado como hereje judaizante, respondió que había hecho lo mismo que habrían hecho los cristianos, si el rey los hubiese expulsado de su tierra y forzado a renegar de su religión"*. CASTRO: *Sobre el nombre...*, op. cit., p. 194.

⁶²⁷ Así lo entiende LABOA: *"La libertad..."*, op. cit., p. 170. Dicho autor no duda en opinar en relación al redactado del art. 21 que *"resulta extraña la forma vergonzante en que quedó redactado este derecho"*; en opinión de MARTÍN SÁNCHEZ, lo relevante es que se reconoce por primera vez la libertad religiosa en España, aunque sea *"por una vía circunloquia"*. MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro: *"La libertad religiosa en la ley orgánica del Estado"*. *Revista de Estudios Políticos*, 1972, núm. 182, p. 185. Para SÁNCHEZ AGESTA *"la libertad de conciencia y la libertad de cultos que se apunta tímidamente en el art. 21 de esta Constitución era una clara consecuencia de los principios mismos del liberalismo radical"*. SÁNCHEZ AGESTA: *Historia...*, op. cit., p. 337. Asimismo, se ha afirmado que *"la formulación de este artículo fue una de las más controvertidas en el proceso constituyente, como es buena prueba lo alambicado de su redacción, que otorga la libertad de cultos en virtud de hacer extensivo un derecho proclamado para los extranjeros residentes en el país"*. NÚÑEZ RIVERO: *"Confesionalismo..."*, en AAVV: *Gestión...*, op. cit., p. 64. Dicho de otro modo, con el art. 21 *"queda garantizado el ejercicio del culto de los extranjeros sea cual sea su religión, y por asimilación lo mismo de le aplica a los españoles. Como sí, de forma subrepticia, pudiese encontrarse con españoles que no sean católicos. No hay afirmación clara y tajante de la libertad religiosa para todos. Primero, por esta redacción retorcida que no se atreve a reconocer que existan españoles no católicos y, segundo, porque sólo hace alusión al ejercicio del culto, y no a la formación de las creencias"*. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *Constitución...*, op. cit., p. 137.

⁶²⁸ SOLÉ TURA y AJA FERNÁNDEZ: *Constituciones...*, op. cit., p. 58.

católicos, especialmente los protestantes, acceder a cualquier empleo o cargo público. Ahora bien, siguiendo la costumbre de textos constitucionales anteriores, el precepto aclara *in fine* que “*el extranjero que no estuviere naturalizado no podrá ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción*”, aunque a *sensu contrario* se puede entender que el extranjero podrá acceder sin obstáculos a cualesquiera empleo o cargo público al que no se le anude autoridad, profese la religión que profese. Póngase además dicho precepto en relación con el art. 25, que expresamente reconoce que “*todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria, o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas*”, que son los únicos límites que se regulan.

En el articulado contenido en el Título II, dedicado a los poderes públicos, no se encuentra ninguna referencia a la religión, como sí ocurría en otros textos constitucionales anteriores, por lo que se infiere la voluntad del Constituyente de delimitar claramente el ámbito político del ámbito religioso.

6.10. Proyecto de Constitución federal de la República Española de 1873

El 11 de febrero de 1873 se proclamó la I República española, en cuyo seno se empezó a discutir un proyecto de Constitución que nunca entró en vigor. El Título Preliminar es contundente en cuanto al reconocimiento de derechos, que incluso los califica de “derechos naturales”. De esta forma, expresa que “*toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales*”. Y relaciona los que se consideran derechos naturales, entre los que se encuentra “*el derecho al libre ejercicio de su pensamiento y a la libre expresión de su conciencia*”; “*el derecho a la difusión de sus ideas por medio de la enseñanza*”; “*el derecho de reunión y de asociaciones pacíficas*”; o “*la libertad del trabajo, de la industria, del comercio interior, del crédito*”. El art. 19 desarrolla algunos de dichos derechos, de tal modo que se especifica que ningún español podrá ser privado “*del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante*”; o “*del derecho de reunirse o asociarse pacíficamente para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública*”. Unos derechos que son especialmente garantizados con medidas adicionales en el art. 21. Sin las especificaciones respecto la religión contenidas en la Constitución de 1869, el proyecto de Constitución citado establece en su art. 29 que “*todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad probada*”. El art. 29 *in fine* regula respecto los extranjeros: “*el extranjero que no estuviere naturalizado no podrá ejercer en España el sufragio ni cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción*”. Precepto que debe ser completado, como en el caso de la Constitución de 1869, con lo dispuesto en el art. 27, de contenido muy similar: “*Todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas*”.

Los arts. 34 a 37 regulan el rol de la religión en el modelo de Estado previsto en el proyecto. El art. 34 es claro y conciso al declarar que “*el ejercicio de todos los cultos es*

libre en España”, sin matices de ningún tipo. El art. 35 contiene la máxima liberal por excelencia: “*Queda separada la Iglesia del Estado*”. Respecto los gastos del culto, el art. 36 regula no un derecho, sino una prohibición: “*Queda prohibido a la Nación o al Estado federal, a los Estados regionales y a los Municipios subvencionar directa ni indirectamente ningún culto*”. Sin mencionar a la Iglesia católica, el art. 37 señala que “*las actas de nacimiento, de matrimonio y defunción serán registradas siempre por las autoridades civiles*”.

6.11. Constitución de 1876

De talante conservador, el texto constitucional enlaza con el contenido de la Constitución de 1845⁶²⁹. El art. 2 limita el derecho a trabajar de los extranjeros en las siguientes condiciones, que son similares a las contenidas en textos constitucionales anteriores: “*Los extranjeros podrán establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas*”. Como se preceptúa habitualmente en las diversas constituciones “*los que no estuvieran naturalizados, no podrán ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción*”. Además, sin realizar mención alguna a la religión que se profese, el art. 15 dispone que “*todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad*”.

El art. 11 considera la religión Católica la religión oficial del Estado, quien sufragará los gastos de su mantenimiento: “*La religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros*”. En contraposición, y de forma matizada, respeta el resto de cultos: “*Nadie será molestado en territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana*”. Además se establece un ulterior límite a la libertad de los cultos no católicos: “*No se permitirá, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado*”⁶³⁰. La imprecisión en que fue redactado el citado art. 11

⁶²⁹ Se ha resumido de forma magistral el íter político y social que llevó a la Constitución de 1876 del siguiente modo: “*La decadencia de España en el siglo XVIII (aunque el país estaba más abierto a ideas que cruzaban los Pirineos de lo que a menudo se cree), la crisis generada por la Revolución francesa y la invasión napoleónica, que coincidió con una crisis de legitimidad de la monarquía, junto con la pérdida de las colonias, contribuyeron a marginar a España en el siglo XIX. La resistencia a Napoleón generó al mismo tiempo una activa minoría liberal que quería modernizar políticamente el país, y una respuesta populista reaccionaria a menudo dirigida por el clero rural. Estas dos fuerzas se enfrentaron una a otra durante el siglo, pero ninguna de ellas pudo dominar y el conflicto terminó con el compromiso liberal-conservador de la restauración de 1875*”. LINZ STORCH DE GRACIA, Juan José: “Religión y política en España”, en AAVV: *Religión y sociedad en España*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1993, p. 2.

⁶³⁰ La política religiosa y la identidad española del siglo XIX ha sido definida en relación a su continuidad en los últimos tres siglos: “*El catolicismo oficial lo impregnaba absolutamente todo. Así, todo lo que no fuera católico tenía que desaparecer. Ésta era la mejor forma de obrar al servicio del amor a España. Servir a Dios era servir a España y viceversa. Los españoles no podían servir al Estado si no era sirviendo a Dios. El hombre español resultaba plenamente español en la medida que era plenamente católico. De esta forma, España se entregaba a Roma, que la «consagraba» a cambio del exclusivismo y del monopolio en la dirección y la formación del hombre español. ¡Fe ciega a Roma! De modo que el cuerpo de los españoles se destinaba a las guerras (coloniales, ideológicas o civiles), sus almas se encomendaban a Roma*”. VELASCO: “La religiosidad...”, en AAVV: *Religión...*, op. cit., p. 372.

le otorgó una gran flexibilidad, por lo que su interpretación variaba según el gobierno de turno⁶³¹. De hecho, de su configuración se infiere que es una clara muestra de un compromiso entre las diferentes sensibilidades políticas en materia religiosa⁶³² y representa el punto máximo de apertura de una burguesía de naturaleza no revolucionaria: confesionalidad y preeminencia de la religión católica, pero tolerancia de las creencias privadas⁶³³.

Sin que se establezca ninguna limitación por razón de religión, el art. 12 expresa de forma un tanto inusual que *“cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le parezca”*. En materia educativa, dicho artículo establece que *“todo español podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción o de educación con arreglo a las leyes”*. Por su lado, el art. 13 recoge los derechos típicamente liberales, como son el derecho de todo español de *“emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a censura previa”*; derecho de *“reunirse pacíficamente”*; o de *“asociarse para los fines de la vida humana”*.

El confesionalismo de la época se reflejaba asimismo en la manera de hacer frente a la denominada "cuestión social", donde primaba el paternalismo y la visión de los problemas de los obreros desde un punto de vista de la caridad cristiana; y se descartaba cualquier reforma social de calado, sino que en buena medida se optaba por aplicar las doctrinas sociales de la Iglesia Católica vigentes en la época⁶³⁴.

Finalmente, hay que citar la Ley de 27 de diciembre de 1910, denominada coloquialmente como la “Ley del Candado”, y promovida por el presidente liberal Canalejas. Se trata de una norma con un solo artículo del siguiente tenor restrictivo: *“No se establecerán nuevas Asociaciones pertenecientes a Órdenes o Congregaciones religiosas canónicamente reconocidas, sin la autorización del Ministerio de Gracia y Justicia consignada en Real Decreto, que se publicará en la ‘Gaceta de Madrid’, mientras no se regule definitivamente la condición jurídica de las mismas. No se concederá dicha autorización cuando más de la tercera parte de los individuos que hayan de formar la*

⁶³¹ SÁNCHEZ AGESTA: *Historia...*, op. cit., p. 388.

⁶³² SOLÉ TURA y AJA FERNÁNDEZ: *Constituciones...*, op. cit., pp. 70-71.

⁶³³ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO: “Estado y religión...”, en AAVV: *La nueva...*, op. cit., p. 31. Respecto el citado art. 11 se ha afirmado de forma crítica: *“Redacción tortuosa que, sin embargo, consagra la intolerancia pública en materia de religión o, dicho en otras palabras, que tolera la práctica de cultos no católicos siempre que sea en privado. Tortuosa puesto que, tras sentar con rotundidad la confesionalidad del Estado - la religión católica es la religión del Estado - y tras comprometerse a mantener su culto y sus ministros, inicia el requiebro retórico de afirmar que nadie será molestado por sus opiniones religiosas, ni por la realización de su culto, para luego negar la posibilidad de ceremonias o manifestaciones públicas de otra religión que no sea la católica”*. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *Constitución...*, op. cit., pp. 148-149.

⁶³⁴ *“¿Cómo remediar la triste condición de este creciente Lumpenproletariat? Descartando la posibilidad de una vasta reforma social de finalidad igualadora, la burguesía ofreció puros medios individuales, basados en la humanidad y en la caridad cristiana, y dirigidos en buena parte a la «regeneración del obrero». Expresivo ejemplo de esta actitud filantrópica son las palabras con que el duque de Abrantes y de Linares, ministro de la venerable Orden Tercera de San Francisco, se dirige a la Comisión de Reformas Sociales en 1884 para explicar la función del Hospital de la Orden respecto de los «pobres» y «desgraciados»: «suavizar y curar - además de las físicas las heridas morales de su corazón producidas por las malas pasiones; mejoramiento debido al cariño, a los consuelos espirituales y reflexiones cristianas que les prodigan las Hijas de la Caridad»”*. MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*. 2ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2009, p. 42.

nueva Asociación sean extranjeros. Si en el plazo de dos años no se publica la nueva ley de Asociaciones, quedará sin efecto la presente ley". Fue una reacción del gobierno ante la negativa del papa de negociar el Concordato de 1851.

En 1923 se instauró la dictadura de Primo de Rivera. No obstante, ya en la Exposición de Motivos del Decreto de 21 de agosto de 1919 se puede observar una teoría general acerca de la naturaleza y funciones de un sistema corporativo, sistema al servicio de la "paz social, condición de toda sana economía, porque mientras exista la guerra civil en el taller, en la fábrica y en los campos, no podemos pensar en una sociedad apta para regular producción y para un justo reparto de la riqueza, según las normas de la moral cristiana"⁶³⁵.

El régimen dictatorial, como es conocido, no era precisamente ajeno a las influencias de la moral católica, y su legislación laboral descansará en la labor de Eduardo Aunós. Las influencias del corporativismo español eran múltiples: influencias del tradicionalismo católico francés (LAMENAI, BONALD, DE MAISTRE, CHATEAUBRIAND) e influencias del tradicionalismo español (BALMES, DONOSO, APARISI, VÁZQUEZ DE MELLA, GIL Y ROBLES). Así, se encuentra en la legislación una mezcla de modernidad con tradicionalismo y paternalismo, como es una muestra en la Real Orden de 31 de octubre de 1924, aclaratoria de la de 28 de mayo de 1924, dictada para deslindar las competencias entre los Delegados locales del Consejo de Trabajo y los Gobernadores civiles en materia de apertura y cierre, jornada y descansos, de establecimientos y que tenía por finalidad la "represión de la blasfemia y de la pornografía, por motivos de moralidad pública"⁶³⁶.

En todo caso, ya fuera del ámbito laboral, en 1925 el gobierno de Primo de Rivera promulga un decreto mediante el cual se reconocía la ciudadanía española a todos los sefarditas de oriente que estuvieran protegidos en los consulados españoles⁶³⁷.

6.12. Anteproyecto de Constitución de la monarquía española de 1929

El ideario conservador de la Constitución de 1876, incluida las referencias a la religión, tiene continuación en este Anteproyecto de Constitución, que nunca llegó a entrar en vigor. De este modo, el art. 11 establece la religión Católica como religión oficial y corren a cargo del Estado su mantenimiento: "La religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado. La nación se obliga a mantener el culto y sus ministros". Al igual que en el caso de la Constitución de 1876, "nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de sus respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana". Por último, y en idénticos términos que en 1876, "no se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado".

⁶³⁵ Citado en MONTOYA MELGAR: *Ideología y lenguaje...*, op. cit., pp. 143-144.

⁶³⁶ "Los propósitos de cambio de la Dictadura buscan el ropaje de una filosofía política y social que les preste fundamento teórico; esta filosofía responderá a principios corporativistas y su principal impulsor será el artífice de la legislación laboral de la Dictadura, Eduardo Aunós, cuyo eclecticismo dará a luz un montaje teórico en el que coexisten la exaltación de los valores espirituales, la creencia en el papel ético del Estado, propia de los intentos revolucionarios de derechas, la defensa a ultranza del orden público y del capital, la concepción organicista del sistema social". MONTOYA MELGAR: *Ideología y lenguaje...*, op. cit., pp. 168-169, 176 y 234.

⁶³⁷ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, op. cit., pp. 210-211.

El art. 19 lista los derechos de los extranjeros en España, sin que se lleve a cabo referencia alguna sobre sus convicciones religiosas. Entre otros derechos, se reconoce *in fine* que “los extranjeros podrán dedicarse al ejercicio de toda profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos especiales de aptitud expedidos por las autoridades españolas”.

El art. 26 reconoce que “cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le parezca”. Asimismo, “todo español podrá, dentro de la Constitución y de las leyes, fundar y sostener establecimientos de instrucción y educación”. Tampoco se realiza referencia alguna a elemento religioso alguno cuando el art. 27 reconoce que “todos los españoles serán admitidos a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad”. El amplio art. 28, dedicado a la relación laboral, establece entre otros derechos que “todo español o extranjero podrán, dentro de las leyes, por sí mismos o en unión de los de su oficio, contratar libremente su trabajo”.

El art. 29 reconoce una serie de derechos a los españoles, en expresión peculiar, “en su vida de relación”, como son el de “emitir libremente sus ideas y opiniones, de palabra o por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a censura previa”; derecho a “reunirse pacíficamente con sus conciudadanos”; o, por ejemplo, “asociarse con sus conciudadanos para los fines de la vida humana”.

6.13. Constitución republicana de 1931

La Constitución de 1931 es fruto de la instauración de la II República y, como es de común conocimiento, tuvo una vigencia breve, aunque no por ello no deja de poseer una relevante importancia en la historia constitucional española. Dicho texto fue fuertemente influenciado por las constituciones de México, de Austria y la Constitución alemana de Weimar (1919).

En materia de libertad religiosa hay que tener en cuenta la declaración de principios aprobada mediante Decreto por el gobierno provisional republicano y publicado en la Gaceta de Madrid núm. 105 de fecha 15 de abril de 1931. La declaración tercera contenida en el Decreto se expresa del siguiente modo: “El Gobierno provisional hace pública su decisión de respetar de manera plena la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos, sin que el Estado en momento alguno pueda pedir al ciudadano revelación de convicciones religiosas”.

Después de sostener que “todos los españoles son iguales ante la ley” (art. 2), el texto constitucional afirma que “el Estado español no tiene religión oficial” (art. 3). Asimismo, resulta revolucionaria la mención del art. 7 al Derecho internacional, de gran importancia en materia de un eventual reconocimiento de derechos individuales: “el Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo” (por ejemplo, el art. 43 cita la “Declaración de Ginebra” o “tabla de los derechos del niño”). En relación a dicho precepto es necesario citar el art. 15.2º, segundo párrafo, que prescribe que corresponde al Estado español la legislación y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, la legislación social y “la ejecución de las leyes sociales será inspeccionada por el Gobierno de la República, para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales que afecten a la materia”. Es de destacar que, en virtud de la relevancia que le daba el régimen republicano a la legislación laboral internacional,

durante la II República se ratificaron varios convenios de la OIT. El extenso art. 65 es otra muestra de la importancia del Derecho internacional durante la República. En su primer párrafo, por ejemplo, se disponía que *"todos los Convenios internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a lo que en aquéllos se disponga"*.

El art. 25 contiene el principio de igualdad ante la ley, que se formula del siguiente modo, con mención expresa a las creencias religiosas: *"No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas"*. El extenso art. 26 se dirige a regular el rol de la religión en la República. Mediante una interpretación generosa del principio de laicidad, se establece que *"todas las confesiones religiosas serán consideradas como Asociaciones sometidas a una ley especial"*⁶³⁸. De dicho artículo se desprende que las diferentes confesiones deberán autofinanciarse: *"el Estado, las regiones, las provincias y los Municipios, no mantendrán, favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las Iglesias, Asociaciones e Instituciones religiosas"*. Y se añade al respecto: *"una ley especial regulará la total extinción, en un plazo máximo de dos años, del presupuesto del Clero"*. Por último, el citado artículo establece una serie de medidas restrictivas en relación a las órdenes religiosas, que no es más que la plasmación constitucional de las fuentes tensiones políticas existentes en el momento.

El art. 27 reconoce el derecho a la libertad religiosa en unos términos muy amplios y sin citar en ningún momento a la religión católica. Como principio general, y en contraposición a las últimas experiencias constitucionales comentadas, reconoce que *"la libertad de conciencia y el derecho a profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública"*. Dicha libertad de culto se ve a continuación muy matizada, ya que el culto público se somete a autorización gubernativa: *"todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas de culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno"*. Aunque las restricciones afectaban a todas las confesiones por igual, dicho precepto afectó especialmente a la Iglesia Católica que, al ser la confesión mayoritaria, hasta el momento había sido la confesión, la única confesión, que había disfrutado de una total libertad; en cambio, para las confesiones minoritarias, tal regulación, aunque claramente restrictiva para el hecho religioso, suponía paradójicamente un espacio de libertad muy superior al que habían disfrutado hasta entonces, pues ahora sus cultos podían trascender el ámbito doméstico y, respetando la legislación republicana, se habilitaba a las confesiones a realizar actos de culto públicos⁶³⁹. Asimismo, y como novedad en la historia constitucional española, se

⁶³⁸ *"El constituyente republicano asentaría (...) su laicismo en una quiebra rotunda con el confesionalismo anterior antes que una libertad de conciencia y una libre profesión y prácticas religiosas, reconocidas con un alcance y un contexto, antes que de neutralidad o indiferencia, de activismo anticlerical"*. LÓPEZ CASTILLO: "Acerca...", *op. cit.*, p. 222.

⁶³⁹ *"El hecho de que la República tratase a todos los cultos por igual no significaba que, a partir de entonces, las comunidades fueran a tomar las calles en procesión o a celebrar sus liturgias por doquier, sino que de ahí en adelante no lo haría nadie, tampoco los católicos. Se equiparaba a todos los grupos religiosos, independientemente de su arraigo y del número de adeptos, y se igualaba su presencia pública, limitándola, y al mismo tiempo permitiendo, la celebración de los cultos, que podían por fin trascender el ámbito privado y practicarse abierta y libremente. Por tanto, para quienes habían permanecido ocultos (esencialmente las confesiones minoritarias), la*

reconoce en la Constitución que *“nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas”* (nótese que en esta ocasión, y a diferencia de la declaración tercera del Decreto del gobierno provisional, no hace referencia explícita al Estado, sino que se conforma con mencionar la expresión "declaración oficial", con lo que parece ampliarse el ámbito subjetivo y objetivo del precepto).

De hecho, a consecuencia de la aprobación de los arts. 26 y 27 de la Constitución republicana, Niceto Alcalá – Zamora dimitió el 14 de abril de 1931 como presidente de la República. Aunque era creyente y partidario de la separación entre la Iglesia y el Estado, fue muy crítico con el contenido de los citados preceptos, que como correctamente predijo, acarrearían más conflictos que cualquier otro precepto constitucional⁶⁴⁰; pues era evidente la existencia de dos Españas totalmente confrontadas con posiciones inamovibles en el terreno de las relaciones entre el Estado y la religión⁶⁴¹. De fecha 22 de mayo de 1931 es el Decreto sobre libertad de conciencia.

El art. 33 reconoce, sin mencionarse su nacionalidad, que *“toda persona es libre de elegir profesión. Se reconoce la libertad de industria y comercio, salvo las limitaciones que, por motivos económicos y sociales de interés general, impongan las leyes”*. El art. 34 reconoce la libertad de conciencia y de imprenta: *“Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión sin sujetarse a previa censura”*. Precepto que es completado mediante ulteriores reglas relacionadas con la edición de libros y periódicos. El art. 38 recoge el derecho de reunirse *“pacíficamente y sin armas”* y el art 39 el derecho a asociarse. El art. 40 establece que *“todos los españoles, sin distinción de sexo, son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad (...)”*. Tal precepto se completa con una prohibición: *“No se podrá molestar ni perseguir a ningún funcionario público por sus opiniones políticas, sociales y religiosas”* (art. 41).

El art. 46 está dedicado al trabajo, que *“en sus diversas formas, es una obligación social y gozará de la protección de las leyes”*. El art. 47 hace una mención especial a campesinos y pescadores. Al respecto, recuérdese que de forma muy original el art. 1 afirma que *“España es una República democrática de trabajadores de toda clase”*. En relación a la educación, el art. 48 realiza una referencia a la religión. Por un lado, establece que *“la enseñanza será laica, hará del trabajo el eje de su actividad*

perspectiva de poder recibir un trato mejor de las autoridades era una noticia que recibieron con mucha ilusión. Así, no es de extrañar que el período que se iniciaba fuera recibido con alegría por parte de unos y con miedo e indignación por parte de otros”. VELASCO CONTRERAS, Marta: *Los otros mártires. Las religiones minoritarias en España desde la Segunda República hasta nuestros días*. 1ª edición. Madrid: Akal, 2012, pp. 26-27.

⁶⁴⁰ De hecho, el entonces presidente de la República llegó a afirmar que la separación entre la Iglesia y el Estado *“le conviene a la Iglesia más que al Estado republicano”*. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Niceto: *Los defectos de la constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1981, pp. 112. Para un examen de la génesis y consecuencias de los arts. 26 y 27 *vid.* pp. 105-118 y 281-286. También son interesantes los comentarios sobre ambos artículos contenidos en SOLÉ TURA y AJA FERNÁNDEZ: *Constituciones...*, *op. cit.*, pp. 102-104.

⁶⁴¹ *“Aunque la clara separación entre Iglesia y Estado establecida por la nueva Constitución fue una medida razonable y necesaria, el anticlericalismo y la provocación de algunas medidas gubernamentales no podían conducir a la paz interna en un país paralizado por los enfrentamientos insolubles entre dos Españas completamente diferentes, absolutamente incompatibles la una con la otra, que se definían a sí mismas por sus respectivas relaciones políticas con la religión y sus instituciones”*. GINER DE SAN JULIÁN y SARASA URDIOLA: *“Religión y Modernidad...”*, en AAVV: *Religión...*, *op. cit.*, p. 52.

metodológica y se inspirará en ideales de solidaridad humana". Por otro lado, reconoce "a las Iglesias el derecho, sujeto a la inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos". Nótese como el precepto utiliza el término "Iglesias" en plural y en ningún caso cita a la Iglesia Católica, que históricamente había ejercido, y aún lo sigue ejerciendo, un gran peso en relación a las tareas educativas.

A pesar de que la Constitución republicana estableció inequívocamente y desde el principio un derecho a la libertad religiosa, con los matices que se han subrayado anteriormente, se ha afirmado que el gobierno republicano fue ambiguo respecto el eventual retorno de los judíos sefardíes que se encontraban fuera del país⁶⁴². Tal vez si el régimen republicano hubiera podido asentarse y hubiera podido disfrutar del tiempo suficiente para desplegar totalmente sus políticas más allá de los pocos años que transcurrieron hasta el inicio de la Guerra Civil, quizás en tal caso el posicionamiento del régimen respecto aquellos judíos que tuvieron que abandonar el país o fueron expulsados hacía siglos hubiera sido otra, expresamente favorable.

Incluso durante la Guerra Civil el régimen republicano intentó que sus leyes se aplicaran y respetaran. Por ejemplo, en 1938 la II República creó el Comisionado General de Cultos, que dependía de la Presidencia del Consejo de Ministros, y que tenía como función la de garantizar el derecho fundamental a la libertad de conciencia y proteger las confesiones religiosas⁶⁴³. Naturalmente, una cosa fueron los esfuerzos y la voluntad del Gobierno, y otra la existencia de incontrolados con postulados anticlericales en plena Guerra Civil ajenos a cualquier respeto de la legalidad vigente, cuyos ataques se centraron principalmente en la Iglesia Católica y su clero. Aunque las actitudes antirreligiosas se centraron en la Iglesia Católica, algunos templos no católicos se vieron asimismo afectados por la furia anticlerical; un fenómeno que regularmente se ha ido reproduciendo en la historia española. No obstante, por ejemplo, los templos protestantes de Madrid fueron respetados mientras dicha zona geográfica estuvo en manos del gobierno republicano⁶⁴⁴.

La legislación republicana, como reflejo de la Constitución, se inspiró en ideales y postulados seculares, muchos de ellos de la tradición socialista y libertaria, ajenos formalmente a cualquier influencia religiosa en la mayoría de los casos, con lo que se llevó a cabo un breve paréntesis en la historia del país. La legislación laboral no fue una excepción a dicho influjo secular como reacción a las épocas anteriores, especialmente respecto a la dictadura primorriverista. Ello se tradujo en una incesante labor legislativa en materia laboral que la modernizó y la puso a la altura del siglo XX⁶⁴⁵. El quiebro

⁶⁴² "Parece que el advenimiento de la República y su legislación favorable a la libertad religiosa fue entendido por las comunidades de sefardíes repartidas por todo el mundo como la señal inequívoca de que ya podían volver a España. Sin embargo, nunca hubo un posicionamiento claro y abierto ante tal cuestión por parte del Gobierno, que sí evitó la invitación expresa a que dichos grupos se instalaran en España. La política en relación con estas comunidades fue ambigua y varió en función de quién hiciera las declaraciones o de quién las interpretara". VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, op. cit., p. 46.

⁶⁴³ VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, op. cit., pp. 72-73.

⁶⁴⁴ VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, op. cit., p. 73.

⁶⁴⁵ "Resulta pacífico afirmar que la época de la II República (1931-1936) resultó ser fructífera para el Derecho del Trabajo; y tanto lo fue así, que nos parece acertado dar la razón a quienes han postulado que la sorprendente cantidad y calidad de las normas jurídico laborales republicanas generaron un entramado laboral de tal consideración que hace posible afirmar que la concepción moderna del Derecho del Trabajo español es, en buena parte, obra del legislador - ordinario y constituyente - republicano". PÉREZ AMORÓS, Francisco: "Una aportación de la II República en

ideológico que supuso la legislación laboral republicana respecto a la existente hasta entonces se puede constatar en muchos aspectos. El más relevante y evidente, en cuanto al objeto del presente estudio, es que dicha legislación no se ve influenciada de forma tan directa y avasalladora por la doctrina católica de la época; sin que pueda descartarse completamente, por ser del todo imposible en un período de ruptura tan breve, evitar todo tipo de influencias de dicha índole. Unas doctrinas, las católicas, que habían imbuido la legislación hasta el advenimiento de la república de forma decisiva, y que obviamente seguía imperando en buena parte de los ámbitos sociales y mentalidades de la época. No es de extrañar que el régimen franquista, que precisamente propugnaba la influencia del catolicismo en el ámbito laboral, aprobara el Fuero del Trabajo antes incluso de terminar la contienda civil y antes de entrar en vigor el Fuero de los Españoles⁶⁴⁶.

Como muestra del intento republicano de apartarse de la tradición legislativa en materia laboral que había prevalecido hasta entonces, el 20 de octubre de 1931 el Ministro de Trabajo, Francisco Largo Caballero, presentó en las Cortes Constituyentes el proyecto de ley de intervención obrera en la gestión de las industrias. No obstante, nunca se convirtió en ley, ni siquiera fue discutido por las Cortes. A pesar de ello, se hace referencia al control obrero en el art. 81 de la Ley de contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931 y en el art. 46 de la Constitución. Ante el influjo religioso en el Derecho laboral, la exposición de motivos del proyecto de ley afirma que los patronos "*verán disiparse, acaso amargados, su concepción absoluta de «amos» por derecho divino, para compartir con sus servidores la responsabilidad de una empresa ahora verdaderamente «constitucional»*"⁶⁴⁷.

6.14. Franquismo, Leyes Fundamentales y Concilio Vaticano II

El período franquista supone la negación de cualquier iniciativa constitucionalista en España. Ahora bien, el franquismo transcurre en varias etapas diferenciadas, que van desde el inicio de la Guerra Civil hasta la muerte del dictador; no se trata de un *homogeneum continuum*, sino un régimen político dinámico, que evoluciona según las

favor del Derecho del Trabajo: su concepción del contrato de trabajo (Del arrendamiento de servicios civiles al contrato de trabajo y del derecho común al Derecho del Trabajo)", en AAVV: *Segona República i món jurídic: recull de les ponències presentades a les jornades sobre la II República i món jurídic (1931-2006)*. 1ª edición. Mataró: Cálamo, 2007, p. 174. En un sentido parecido: "*La obra legislativa de la Segunda República resulta asombrosa en cantidad y calidad; pocos meses después de implantado el nuevo régimen político, normas jurídicas de extraordinaria perfección técnica afrontan problemas candentes en el mundo del trabajo, problemas que en buena parte habían sido desconocidos o marginados hasta entonces. Creo que al menos en este plano la buena voluntad y el titánico esfuerzo de los hombres de la Segunda República no debe ser empequeñecidos*". DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: *La formación histórica del Derecho español del Trabajo*. 1ª edición. Granada: Comares, 2003, p. 293.

⁶⁴⁶ Para PÉREZ AMORÓS tal rápida aprobación permitía al franquismo imponer su modelo propio de relaciones laborales, porque la vigencia del modelo de la II República "*reflejo y pilar de su planteamiento político, les impedía imponer el suyo propio*". PÉREZ AMORÓS: "Una aportación...", en AAVV: *Segona República..., op. cit.*, pp. 175-176.

⁶⁴⁷ ESPUNY TOMÁS, M. Jesús: "El Projecte de Llei d'intervenció obrera en la gestió de les indústries", en AAVV: *Segona República i món jurídic: recull de les ponències presentades a les jornades sobre la II República i món jurídic (1931-2006)*. 1ª edición. Mataró: Cálamo, 2007, p. 93.

circunstancias históricas de cada momento⁶⁴⁸. En materia religiosa, se transita de un confesionalismo total del Estado en la época bélica y posbélica (bajo el lema "Un Dios, una Patria, un Caudillo"), hasta una tolerancia moderada del tardofranquismo marcada por las nuevas y especiales circunstancias creadas por el Concilio Vaticano II⁶⁴⁹, que aparte de la libertad religiosa, impulsó de forma decidida el ensalzamiento de la dignidad del ser humano y la libertad en sentido amplio⁶⁵⁰, conceptos que se avenían poco con el régimen totalitario instaurado a sangre y fuego por el general Franco⁶⁵¹. Del mismo modo, las relaciones entre el régimen franquista y la Iglesia Católica ni fueron siempre lineales, ni fueron siempre amistosas. Incluso se ha apuntado que si en los inicios del régimen fue de gran utilidad la identificación entre franquismo y catolicismo; en los años sesenta del siglo XX las circunstancias cambiaron radicalmente⁶⁵².

⁶⁴⁸ MORODO LEONCIO, Raúl: *La transición política*. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 1984, pp. 33-34. En cuanto a la diversidad de las etapas: "Esa diversidad fue tributaria tanto de la evolución de la política internacional y sus fuertes presiones sobre el Régimen, como a los propios cambios internos de la economía, la sociedad y los grupos de poder del sistema. También las ideologías predominantes que prestaron inspiración (en ocasión sólo cobertura) al Régimen fueron diversas: falangismo, catolicismo tradicionalismo, tecnocracia..., y poseyeron distinto peso según los momentos". MONTOYA MELGAR: *Ideología y lenguaje...*, op. cit., p. 415.

⁶⁴⁹ Para un examen de la gestación y de los diferentes borradores del Concilio vid. GÓMEZ MIER, Vicente: *De la tolerancia religiosa a la libertad religiosa*. 1ª edición. Madrid: Perpetuo Socorro, 1997. Asimismo de gran interés CASTILLO SÁNCHEZ, José María: "El gran viraje de las teologías protestante y católica: el Concilio Vaticano II", en AAVV: *Historia del cristianismo*. Vol. IV. *El Mundo contemporáneo*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2010, pp. 382-424.

⁶⁵⁰ El Concilio Vaticano II, especialmente en *Dignitatis Humanae*, priorizó los derechos y la dignidad de las personas por encima de cualquier abstracción doctrinal: "Admittedly, the Council Fathers struggled to find adequate and defensible responses to highly complex demands and puzzles that had accumulated over the centuries. They debated endlessly—mainly outside the conciliar hall. They went through confounding obscurities and promising enlightenments, but at the end they succeeded (...), all in a happy blend. They reached a resolution remarkable for its clarity in simplicity. They discovered—conceivably once and for all—that in the hierarchy of human and Christian values living human persons (imperfect as they are) have priority over abstract propositions (true as they may be). Humans have rights; propositions have meanings but no rights". ORSY S.J., Ladislav: "The divine dignity of human persons in *Dignitatis humanae*". *Theological Studies*, 2014, Vol. 75 (1), p. 12.

⁶⁵¹ A modo de ejemplo, la Constitución Pastoral *Gaudium et spes* de 7 de diciembre de 1965 ensalza la dignidad de la persona, y especialmente relaciona dicha dignidad con la libertad de todo ser humano, ya sea frente a sus condicionantes internos, como frente a coacciones externas: "La dignidad humana requiere, por tanto, que el hombre actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido e inducido por convicción interna personal y no bajo la presión de un ciego impulso interior o de la mera coacción externa" (17).

⁶⁵² En tal sentido se ha apuntado lo siguiente: "La connotación católica del franquismo había obedecido a la necesidad coyuntural de superar la situación de estancamiento que se había creado entre las fuerzas de la República y las del Ejército sublevado, en el verano de 1936. Una connotación que se había consolidado tras la Segunda Guerra Mundial, gracias a la formación de gobiernos de mayoría católica y, en especial, a la firma del Concordato con la Santa Sede en 1953. En fin, una connotación circunstancial que podía modificarse en el momento en que el catolicismo ya no cumpliera con la función de formar una compacta opinión pública nacional alrededor del régimen franquista. Y ese momento parecía haber llegado en la década de los años sesenta, cuando la clase dirigente se estaba planteando la institucionalización del régimen. Coincidiendo con la revisión de las coordenadas ideológicas del franquismo, la renovación doctrinal del Concilio Vaticano acabaría por despertar en las derechas aquella componente anticlerical que derivaba de su visión regalista de las relaciones Estado-Iglesia". DE CARLI, Romina: *El derecho a la libertad religiosa en la transición democrática de España (1963-1978)*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 27-28.

Como curiosidad cabe apuntar que pocas semanas después de la sublevación militar, al inicio del gobierno de Burgos, fue anunciado por el autodenominado bando “nacional” que el Estado que se instauraría una vez terminada la conflagración no tendría carácter confesional, sino que simplemente regularía las relaciones con la Iglesia Católica a través de un sistema concordatario⁶⁵³. Como resulta evidente, se cumplió lo segundo, pero no lo primero. De hecho, el franquismo enlazó con la Contrarreforma de los siglos XVI y XVII, que fue asumida como un modelo ideal a pesar de que España se encontraba en la Europa del siglo XX⁶⁵⁴. Y si el franquismo enlazó con la Contrarreforma, resulta evidente que la posición de las minorías religiosas no fuera precisamente fácil después de la contienda civil, especialmente cuando muchos de sus miembros habían apoyado a la II República⁶⁵⁵.

La legitimación religiosa del régimen se produjo por dos vías distintas, una legitimidad que fue sacudida frontalmente por el Concilio Vaticano II y el pontificado de Juan XXIII. Por un lado, en julio de 1937 se publicó una relevante Pastoral Colectiva del episcopado a favor de los rebeldes franquistas⁶⁵⁶. Por otra parte, el Vaticano reconoció al bando rebelde levantado en armas contra el Gobierno de la República un año después, es decir, no sólo antes de que la guerra civil hubiera terminado, sino antes incluso de que quedara claro quién sería finalmente el vencedor. A través de Pío XII el Vaticano legitimó religiosamente al denominado bando nacional⁶⁵⁷, lo que denota la posición renuente de la Iglesia a adaptarse a la Modernidad⁶⁵⁸. La guerra civil no era tal, sino una cruzada contra

⁶⁵³ VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, José María: “Examen de las relaciones entre la Santa Sede y el Estado español: desde el concordato de 1953 a los acuerdos de 1979”, en AAVV: *Pluralismo religioso y Estado de derecho*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 93.

⁶⁵⁴ “Es importante destacar que este proyecto de colaboración de Iglesia y Estado no suponía una restauración del estado de cosas antes de la República, que no era conservadora, sino que era una reacción al proyecto secularizador republicano y a la persecución durante la revolución. Como reacción, era profundamente reaccionario en el mundo moderno con la Contrarreforma de los siglos XVI y XVII como modelo ideal. Este modelo no era consistente con la Europa de Posguerra; incluso los demócratacristianos italianos desde esta perspectiva resultaban débiles en la defensa de la sociedad y la «comunidad política» cristianas”. LINZ STORCH DE GRACIA: “Religión y política...”, en AAVV: *Religión...*, op. cit., p. 11.

⁶⁵⁵ “La guerra trajo consigo los sucesos más violentos, pero eso no quiere decir que los ataques contra las minorías religiosas acabasen con el final de la misma. La violencia con la que el Régimen franquista se enfrentó a sus adversarios adoptó formas diversas y, aunque no siempre se ejerció de una forma clara y directa, la guerra fue la ruptura con la época de libertad y esperanza, y el principio del largo camino hacia el reconocimiento legal y social de las religiones minoritarias, que tanto tardaría en llegar y en unos términos tan alejados de los que la República planteó inicialmente. En ese período las confesiones minoritarias padecieron los mismos ataques que otras organizaciones de carácter social o político que, por ser contrarios al proyecto que Franco iba perfilando, fueron objeto de saqueos, y sus bienes y documentos fueron incautados”. VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, op. cit., p. 74.

⁶⁵⁶ “La derogación de la legislación republicana y la apuesta por la recristianización de la sociedad y por un Estado confesional son los supuestos fundamentales de la carta colectiva del episcopado español para legitimar la guerra civil como cruzada”. GARCÍA-SANTESMASES MARTÍN-TESORERO, Antonio Juan: “Los retos pendientes del laicismo. Ante el difícil porvenir de la escuela pública”, en AAVV: *Las sombras del sistema constitucional español*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2003, pp. 227-248.

⁶⁵⁷ GINER DE SAN JULIÁN y SARASA URDIOLA: “Religión y Modernidad...”, en AAVV: *Religión...*, op. cit., pp. 53-54.

⁶⁵⁸ “Catholicism, for reasons intrinsic to its tradition, has tried hardest in maintaining a staunchly resistant stance in the face of secularization and pluralism, and indeed has tried down to our own century to engage in vigorous counter-attacks designed to re-establish something like Christendom at least within limited territories. The fascist revolution in Spain, whose troops went into battle under

los enemigos de España: marxistas, anarquistas, ateos, masones, no católicos, etc⁶⁵⁹. En definitiva, contra el pluralismo y las libertades. La figura retórica de las "dos Españas" se materializaba y desplegaba las oportunas consecuencias político-jurídicas.

Como elemento distintivo de este sistema de pensamiento único, ha de destacarse que desde sus mismos inicios el franquismo se caracteriza por irrogar a sus normas jurídicas la impronta de la doctrina católica, sello distintivo que se mantendrá hasta el advenimiento de la democracia⁶⁶⁰. A pesar de la adaptación de la legislación franquista a la doctrina emanada del Concilio Vaticano II, no se puede hablar en España de una verdadera libertad religiosa hasta la llegada de la democracia⁶⁶¹. Junto con la normativa, la educación y la represión completaban el círculo con la finalidad de controlar a la población y moldearla según los intereses del régimen⁶⁶². Por ejemplo, ya en una fecha tan reciente como la del 21 de septiembre de 1936, se dictó una Orden (publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España nº 27 de 24 de septiembre de 1936) por la que se dispuso que las enseñanzas de la "Religión e Historia Sagrada" fueran obligatorias en las escuelas del denominado "bando nacional". Otro buen ejemplo lo constituye el Decreto dado por el Ministerio de Justicia el 2 de marzo de 1938 en materia de divorcio y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 5 de marzo de 1938. Su breve Exposición de Motivos no puede ser más gráfica: "*El sectarismo que inspiró la mayor parte de la labor legislativa desarrollada con posterioridad al 14 de abril de 1931 se acusa sobre todo en aquellos preceptos constitucionales y legislativos que atacaron*

banners proclaiming the kingship of Christ, was the most extreme effort in this direction". BERGER: The social..., op. cit., p. 171.

⁶⁵⁹ "*En los años de la guerra, la normativa franquista no hizo referencia alguna a confesiones minoritarias, refiriéndose a ellas como enemigas del Régimen. De hecho, uno de los escasos resquicios que dejó la legislación fue la de la Orden regulando la enseñanza de la Religión en los Institutos y la forma de nombramiento del profesorado, en al que se estableció la obligatoriedad de la enseñanza de Religión, excepto para «los indígenas del Protectorado de Marruecos y Colonias africanas que profesen religión distinta de la católica».* Además de ese detalle, poco o nada relevante para quienes vivían en territorio peninsular, todo lo demás estaba impregnado de catolicismo". VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, op. cit., p. 71.

⁶⁶⁰ "*El Estado que surge en 1936 como consecuencia del Movimiento Nacional adopta desde el primer momento no sólo una actitud respetuosa hacia la religión católica sino que trata de inspirar su acción legislativa y de gobierno en los principios católicos*". MARTÍN SÁNCHEZ: "La libertad...", op. cit., p. 187; o desde otro punto de vista: "*La moral católica, incluso su dogmática, será un ingrediente asumido oficialmente por el franquismo o por el salazarismo portugués, llegando a establecerse, en ciertas etapas, un fascismo católico o nacionalcatolicismo*". MORODO LEONCIO: *La transición...*, op. cit., p. 40. Tal impronta normativa de las normas jurídicas puede examinarse de forma resumida en MONTOYA MELGAR: *Ideología y lenguaje...*, op. cit., pp. 420-421.

⁶⁶¹ Se puede examinar la regulación jurídica de la libertad religiosa y su evolución en el régimen franquista en BLANCO FERNÁNDEZ, María: "Estudio de los precedentes de las Leyes de libertad religiosa de 1967 y 1980", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: lustel, 2009, pp. 27-38.

⁶⁶² "*Tres elementos fueron manejados para conseguir la unidad nacional: la normativa, la educación y los mecanismos de represión. La producción normativa constituyó un instrumento para conseguir la legitimidad de esa unidad territorial y espiritual de España basada en los sentimientos de nación, hispanidad y catolicismo. La educación, en cuanto instrumento de socialización, propiciaba el terreno perfecto para la divulgación y delimitación de una panoplia de valores (seleccionados por el Estado) en el marco del proceso de legitimación social y política por parte de las ideologías vigentes. Y la represión se encargaba de crear un sentimiento de miedo, tanto al Estado como a los demás ciudadanos, propiciando el control del potencial cuestionamiento de la situación política. El armazón legal daba legitimidad al Estado, y la educación y la represión condicionaban mentes y cuerpos*". VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, op. cit., p. 16.

reflexivamente a instituciones encarnadas en los principios tradicionales de nuestro país. El Gobierno ha anunciado oficialmente el propósito de revisar con rapidez y decisión la legislación laica que suprimió en nuestra Patria el sentido católico y espiritual de las leyes, y entre las disposiciones que reclaman esta revisión ha de ocupar lugar preferente la llamada Ley del Divorcio". En materia represiva puede citarse el gráfico art. 205 del Código Penal: "Los que ejecutaron cualquier clase de actos encaminados a abolir o menoscabar por la fuerza, como religión del Estado, la Católica Apostólica Romana, serán castigados con la pena de prisión menor. Si el culpable estuviera constituido en Autoridad y cometiere el delito abusando de ella, la pena será la anterior en el grado máximo".

Durante la fase de autarquía del régimen, que duró desde la finalización de la guerra civil hasta la mitad de los años cincuenta, se aprobaron las denominadas Leyes Fundamentales, que funcionaban de forma parecida a una Constitución y que no fueron derogadas hasta el advenimiento de la democracia. Dichas Leyes Fundamentales recogían y regulaban los principios nucleares e instituciones del régimen dictatorial. No obstante, en el presente epígrafe, por falta de interés para la presente investigación, no se tratará ni de la Ley Orgánica del Estado de 1 de enero de 1967⁶⁶³, ni de la Ley Constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942, ni de otras leyes menores sin relación con el tema analizado.

En fecha temprana, lo que ya resultaba indiciario de cómo trataría el régimen a la disidencia política y religiosa, el triunfante bando franquista aprobó la Ley de Represión de la Masonería y el Comunismo de julio de 1939, que obviamente encauza las actitudes antimasonónicas del régimen franquista y da continuidad a la persecución de los masones que ya se había iniciado durante la guerra⁶⁶⁴.

Es necesario remarcar que mediante el Convenio de 7 de junio de 1941 acerca del modo del ejercicio del privilegio de presentación, el Estado Español se compromete ante la Santa Sede a observar los primeros cuatro artículos del Concordato de 1851, cuyo primer artículo establecía la confesionalidad del Estado. Ahora bien, la implementación en España de las doctrinas fijadas en el Concilio Vaticano II hizo virar la postura del régimen franquista en materia religiosa, que siempre fue contrario a la libertad religiosa.

Durante la Guerra Civil y especialmente en los inicios del período dictatorial, el franquismo se caracterizó por su apoyo a la Iglesia Católica, pero también por su furibunda represión contra los creyentes de otras corrientes religiosas minoritarias, los católicos disidentes y contra los ateos, los agnósticos y simplemente los indiferentes. Todos los medios en manos del Estado y la Iglesia eran válidos para garantizar la máxima homogeneidad religiosa⁶⁶⁵.

⁶⁶³ En materia de libertad religiosa, la Ley Orgánica del estado de 1967 es insubstancial: *"pretendió hacer un lavado de cara al sistema político de la dictadura, pero en este punto no cambió sustancialmente las cosas"*. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO: "Estado y religión...", en AAVV: *La nueva...*, op. cit., p. 21.

⁶⁶⁴ Sobre dicho aspecto, es muy interesante MORALES RUIZ, Juan José: *La publicación de la ley de represión de la masonería en la prensa de la España de postguerra (1940)*. 1ª edición. Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 1992.

⁶⁶⁵ *"El apoyo decidido a la Iglesia por parte del Estado, los privilegios de censura concedidos a los agentes eclesiásticos en los medios de comunicación, la intensa instrucción religiosa en las escuelas y la intolerancia institucionalizada hacia cualquier religión distinta a la católica (incluidos el ateísmo, el agnosticismo o las abiertas manifestaciones de indiferencia) fueron parte esencial*

En el período inicial del régimen dictatorial, cuando las tendencias fascistas eran más marcadas, todas las iglesias protestantes fueron clausuradas, sus miembros perseguidos y los cultos debían celebrarse en la clandestinidad. No es hasta la promulgación del Fuero de los españoles cuando se tolera la celebración de los cultos protestantes en privado. Obviamente las capillas no podían ostentar ningún distintivo exterior. Además, es conocido que se produjeron agresiones y atentados contra los locales donde se celebraban tales cultos. Curiosamente, más que la promulgación del Fuero de los españoles, fue más decisiva la firma en 1953 del tratado que autorizó a los Estados Unidos de América a instalar bases militares en territorio español. A cambio de dicha instalación, el gobierno norteamericano exigió cierta tolerancia religiosa, sin discutirse la confesionalidad del Estado⁶⁶⁶. Lógicamente la instalación de tales bases implicó un aumento de la pluralidad religiosa, puesto que buena parte del personal norteamericano era protestante, y entre dicho personal también se podían contar judíos y masones⁶⁶⁷.

Al iniciarse la guerra civil en 1936 residían unos 6.000 judíos en España, la mayoría en Barcelona (según otras cifras, entre 1934 y 1935 se estima que Barcelona llegó a tener más de siete mil habitantes judíos). Al final de la guerra su número había disminuido drásticamente hasta sólo unos centenares. Con el franquismo empieza un nuevo período de intolerancia y clandestinidad. La Comunidad Israelita de Barcelona, que aún existe en la actualidad, fue fundada en 1918. Si durante la República los judíos disfrutaron de plena libertad, especialmente en Cataluña, dicha libertad terminó con el franquismo. El presidente de la Generalitat de Catalunya, Francesc Macià, autorizó formalmente la apertura de una sinagoga en Barcelona en 1931, la primera sinagoga abierta desde 1492 (en Ceuta y Melilla siempre se mantuvieron sinagogas abiertas a los fieles). Pocos meses después se inauguró otra en Madrid. Se estima que poco antes de iniciarse la Guerra Civil se habían establecido en Barcelona unos mil judíos alemanes, austríacos, polacos y rumanos. Como consecuencia del ascenso de Hitler al poder en 1933, sucesivas oleadas de judíos inmigrantes llegaron a España, especialmente a Barcelona. Al entrar las tropas franquistas en Barcelona, jóvenes falangistas saquearon la sede de la Comunidad y quemaron los libros sagrados. La sinagoga fue cerrada y muchos judíos emigraron⁶⁶⁸. En 1940 es arrasado el cementerio judío en Barcelona; se disuelven las instituciones judías; se prohíbe el culto judío, incluso en el ámbito privado; se vetan las exequias y bodas judías y el rito de la circuncisión...⁶⁶⁹

Durante la Segunda Guerra Mundial las autoridades españolas, incluidas las consulares, desde una posición formal de neutralidad, dieron refugio en lo posible a los judíos perseguidos y con vínculos con España. Si mediante el Real Decreto de 20 de diciembre de 1924 se permitió a los sefardíes que lo desearan naturalizarse españoles, tal norma fue de gran relevancia durante la persecución nazi. Así se expresa en la exposición de motivos de la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad

del régimen franquista". GINER DE SAN JULIÁN y SARASA URDIOLA: "Religión y Modernidad...", en AAVV: *Religión...*, op. cit., p. 57.

⁶⁶⁶ GRAU BELTRÁN, Silvia: "El protestantismo en España, situación actual", en AAVV: *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006, p. 81.

⁶⁶⁷ VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, op. cit., p. 134.

⁶⁶⁸ AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 32.

⁶⁶⁹ BENASULY, Alberto: "Los judíos en la España contemporánea", en AAVV: *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006, p. 116.

española a los sefardíes originarios de España: "*El Real Decreto de 20 de diciembre de 1924 tuvo una utilidad inesperada en la que probablemente no pensaron sus redactores: fue el marco jurídico que permitió a las legaciones diplomáticas españolas, durante la Segunda Guerra Mundial, dar protección consular a aquellos sefardíes que habían obtenido la nacionalidad española al amparo de ese Decreto. El espíritu humanitario de estos diplomáticos amplió la protección consular a los sefardíes no naturalizados y, en último término, a muchos otros judíos. Es el caso, entre otros, de Ángel Sanz Briz en Budapest, de Sebastián de Romero Radigales en Atenas, de Bernardo Rolland de Miotta en París, de Julio Palencia en Sofía, de José de Rojas y Moreno en Bucarest, de Javier Martínez de Bedoya en Lisboa, o de Eduardo Propper de Callejón en Burdeos. Miles de judíos escaparon así del Holocausto y pudieron rehacer sus vidas*"⁶⁷⁰.

En 1940 se creó el Instituto Arias Montano de Estudios Hebraicos, en el cual a partir de 1941 se empezó a publicar la revista "Sefarad"⁶⁷¹. En 1948 finalmente se reabre la sinagoga de Barcelona, se reemprende el culto y sus actividades son toleradas por las autoridades franquistas, una notable excepción, limitada en cuanto su intensidad, entre las confesiones no católicas⁶⁷². Se estima que en los años setenta del siglo XX había en España unos 8.500 judíos, que se inscribieron según la Ley de Libertad Religiosa franquista con la finalidad de formalizar jurídicamente unos privilegios de que ya gozaban previamente por sus buenas relaciones con el régimen franquista⁶⁷³.

Los protestantes, igual que los judíos, sufrieron la represión del régimen. En los primeros años del régimen franquista se clausuraron muchos locales y templos protestantes. En algunos casos se procedió incluso a la expropiación, como fue el caso de muchos templos de la Iglesia Española Reformada Episcopal (Comunión Anglicana). Por ejemplo, los templos de Cigales (Valladolid); Linares, La Carolina y El Centenillo (Jaén); Terrassa, Olesa y Monistrol de Montserrat (Barcelona)⁶⁷⁴. En todo caso, los protestantes aprovecharon todos los resquicios del franquismo para llevar a cabo sus actividades religiosas. Así, por ejemplo, el 10 de septiembre de 1965 se aprueba durante una convención en Xàtiva la constitución de la Unión Evangélica Bautista Española. En el artículo 2, apartado segundo, del documento fundacional se relacionan las actividades que se consideran de interés común. Entre ellas se señala "*la defensa de la libertad religiosa*" (apartado d)⁶⁷⁵.

Los fieles ortodoxos en España por aquel entonces eran muy pocos. Según la Comisión de Libertad Religiosa, en España sólo había unos quinientos fieles en 1969⁶⁷⁶.

⁶⁷⁰ En relación a dicha ley se ha dictado la Instrucción de 29 de septiembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la aplicación de la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España.

⁶⁷¹ VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, op. cit., p. 108.

⁶⁷² SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, op. cit., pp. 212-215.

⁶⁷³ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, op. cit., pp. 220 y 226.

⁶⁷⁴ VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, op. cit., p. 97

⁶⁷⁵ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, op. cit., pp. 39-40.

⁶⁷⁶ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, op. cit., p. 189. Para dicho autor la inexistencia de sujetos colectivos aglutinadores de los fieles ortodoxos limitaba enormemente el estudio de los condicionantes sociológicos de dicho grupo minoritario (p. 190). Para su situación actual, puede consultarse BENLLOCH DOMÈNECH, Cristina: "Minoría ortodoxa en España, una realidad emergente a estudiar", en AAVV: *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 71-83.

a) Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938

Se trata de una ley que se aprobó cuando aún no había ni terminado la Guerra Civil y que tomó como modelo, aunque su estilo retórico y doctrinario los excede⁶⁷⁷, textos homólogos como la *Carta del Lavoro* (1927) del fascismo italiano; el Estatuto portugués del Trabajo Nacional (1933) y la Ley alemana del Trabajo Nacional (1934). Más tarde sería calificada como “ley fundamental”, ciertamente una denominación arcaica, de connotaciones medievales, que denota su contraposición a una Constitución⁶⁷⁸.

La exposición de motivos del texto enfatiza la influencia de la doctrina católica en la redacción de los preceptos que regularán las relaciones laborales. Así, se expresa que “*renovando la tradición católica de justicia social y alto sentido humano que informó la legislación de nuestro glorioso pasado, el Estado asume la tarea de garantizar a los españoles la Patria, el Pan y la Justicia*”. Una de las finalidades buscadas por el legislador será precisamente satisfacer las necesidades religiosas de los ciudadanos: “*Para conseguirlo (...) acude al plano de lo social con la voluntad de poner la riqueza al servicio del pueblo español, subordinando la economía a la dignidad de la persona humana, teniendo en cuenta sus necesidades materiales y las exigencias de su vida intelectual, moral, espiritual y religiosa*”.

En el Principio I, apartado 3, se puede leer: “*El derecho de trabajar es consecuencia del deber impuesto al hombre por Dios, para el cumplimiento de sus fines individuales y la prosperidad y grandeza de la Patria*”.

En el Principio II, apartado 2, se establece el domingo como día de descanso por razones religiosas: “*El Estado mantendrá el descanso dominical como condición sagrada en la prestación del trabajo*”. Dicho descanso semanal es completado por la institución de días festivos: “*Sin pérdida de la retribución y teniendo en cuenta las necesidades técnicas de las empresas, las leyes obligarán a que sean respetadas las fiestas religiosas y civiles declaradas por el Estado*”. Como no podía ser de otro modo en un régimen dictatorial se establece en el apartado 4 un día festivo de carácter netamente político: “*Declarado fiesta nacional el 18 de julio, iniciación del Glorioso Alzamiento, será considerado, además, como Fiesta de Exaltación del Trabajo*”. De hecho, en fecha 8 de diciembre de 1936 se había declarado festivo el día de la Inmaculada Concepción por el denominado “bando nacional”, festividad que se sigue celebrando actualmente⁶⁷⁹.

Como se puede observar, la normativa laboral fundamentaba sus preceptos directamente en la doctrina moral del catolicismo, de modo que no se puede entender el sentido de dichos preceptos si no se tiene en cuenta el contexto creado por el denominado nacional-catolicismo que inspiraba el régimen. Aunque formalmente la legislación franquista no prohibía o inhabilitaba a los no católicos para trabajar, lo cierto es que en la práctica

⁶⁷⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo: “El trabajo en la Constitución”, en AAVV: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 39. Sobre el Fuero del Trabajo *in extenso* MONTOYA MELGAR: *Ideología y lenguaje...*, *op. cit.*, pp. 383-391. Asimismo: DE LA VILLA GIL: *La formación histórica...*, *op. cit.*, pp. 476 y siguientes.

⁶⁷⁸ MORODO LEONCIO: *La transición...*, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁷⁹ VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, *op. cit.*, p. 62. La cita de las diversas normas que desde 1936 a 1938 reinstauran festivos religiosos, así como las normas que en el mismo período suprimen las fiestas republicanas pueden consultarse en MONTOYA MELGAR: *Ideología y lenguaje...*, *op. cit.*, pp. 382-383. Asimismo *vid.* DE LA VILLA GIL: *La formación histórica...*, *op. cit.*, pp. 484-485.

muchos trabajadores encontraron dificultades o se vieron imposibilitados para prestar servicios por razón de sus creencias, pues, claro está, muchos empresarios estaban igualmente imbuidos de la misma intransigencia religiosa que desprendía la normativa franquista y vetaban el acceso al trabajo de las minorías. Ni se reconocía el derecho a la libertad religiosa, ni menos aún existía una normativa antidiscriminatoria aunque fuera rudimentaria. La función pública sí que estaba cerrada para la gran mayoría de no católicos⁶⁸⁰.

Salvo pequeños “vacíos” en breves espacios de tiempo (por ejemplo, la Constitución de la Segunda República y con todos los matices y precauciones necesarios), existe en España una clara continuidad en la influencia del catolicismo en el Derecho del Trabajo. Si se permite la comparación, no es que el Derecho del Trabajo se cristianizara paulatinamente, tal y como ocurrió con el ordenamiento jurídico romano a finales del Imperio. En absoluto, la eclosión del Derecho del Trabajo tuvo lugar ya en un contexto totalmente católico: la legislación civil precedente imbuida de catolicismo (que a su vez provenía en buena parte de un Derecho romano cristianizado⁶⁸¹ y del trabajo de los glosadores medievales)⁶⁸²; costumbres católicas sustentadas por una población abrumadoramente católica y muy homogénea; legisladores católicos (incluidos algunos miembros de la misma Iglesia Católica)... En definitiva, el Fuero del Trabajo no hace más que dar continuidad ideológica a una legislación laboral, con unos matices que enfatizan en grado sumo el contexto histórico en que se promulga: últimas etapas de la Guerra Civil concebida como una “cruzada”, período de entreguerras en el ámbito europeo con la

⁶⁸⁰ Por ejemplo, al explicar las dificultades del día a día de los miembros de minorías religiosas durante el franquismo se ha dicho lo siguiente: *"La vida social y laboral de los protestantes o evangélicos no era más fácil. Al parecer, la permanencia en el puesto de trabajo dependía mucho del grado de catolicidad de los patronos, siendo, de todos ellos, menos piadosos los más practicantes, probablemente debido a la influencia de sus «dirigentes espirituales», algo que ocurría más frecuentemente en las zonas rurales que en las grandes ciudades, consecuencia de los perjuicios de las personas, de la propaganda del Régimen y del miedo a las represalias. Mucho peor era, sin embargo, la imposibilidad de las personas protestantes de acceder a la función pública, puesto que para ello era necesario ser católico. Ello afectaba a todas las áreas: la docencia, la medicina, la Administración en todas sus facetas y escalas o el ejército"*. VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, op. cit., pp. 126-127.

⁶⁸¹ De hecho, ni el Derecho soviético, que podría pensarse que se sustentaba sobre unos fundamentos del todo novedosos (en buena parte así era), se escapa de la insoslayable influencia del Derecho Romano, como muestra un manual de Derecho soviético, en el que después de negarse que no exista "alguna similitud" entre el "derecho antiguo" y el "nuevo", se afirma lo siguiente: *"El derecho socialista utiliza las formas y técnicas jurídicas elaboradas durante el desarrollo histórico, partiendo del Derecho Romano. Pero se operan cambios de principios en lo fundamental y primordial: su contenido socioeconómico y político - clasista"*. TUMÁNOV, Vladimir: *"El Derecho en la sociedad socialista"*, en AAVV: *Introducción al Derecho soviético*. 1ª edición. Moscú: Editorial Progreso, 1988, p. 7.

⁶⁸² *"The medieval church also taught the principle of the growth of the law - that legal doctrines and legal institutions are to be consciously based on past authority and yet are to be consciously adapted to the needs of the present and future. The canon lawyers worked out new rules and doctrines on the basis of Justinian, the Bible, the church fathers, Aristotle, Germanic customs; they revered the authoritative texts, but they glossed them and then glossed the glosses. The concept of organic growth helped to reconcile stability with flexibility (...). The reforms now taking place in the Roman Catholic Church are in part an effort to build once again on the legal foundations of the twelfth and thirteenth centuries. But more than that, the canon laws - of marriage, of inheritance, of torts, of crime, of contracts, of property, of equity, of procedure - have entered into the secular legal systems of the West, as has the principle of growth itself, with the result that there has in fact been created a common language of Western law, a Western legal tradition capable of organic development"*. BERMAN: *The interaction...*, op. cit., pp. 62-63.

hegemonía del fascismo italiano y el nazismo alemán, radicalización del régimen franquista con gran peso en aquel momento de los estamentos más conservadores (especialmente los militares), etc.

En definitiva, el Fuero del Trabajo es un buen ejemplo que muestra el nexo histórico entre el Derecho romano cristianizado y el derecho laboral español contemporáneo⁶⁸³. Durante toda su evolución, y en particular en diversos momentos de tal largo recorrido, el conjunto de normas que conforman el ordenamiento se retroalimentan de la dogmática del cristianismo vigente en cada época⁶⁸⁴. Es durante los inicios de la dictadura franquista cuando las concepciones del cristianismo en su vertiente católica más conservadora, aun lejos de los postulados del Concilio Vaticano II que provocará una relevante reformulación de las leyes franquistas, configuran gran parte del espíritu de las normas jurídicas promulgadas por el régimen, especialmente las laborales. Tal "poso" normativo se irá diluyendo, pero no desaparecerá por completo por motivo del tardío proceso secularizador.

⁶⁸³ Sobre una interpretación del Fuero del Trabajo según los postulados católicos imperantes en aquel momento puede consultarse AZPIAZU ZULAIKA, Joaquín: *Orientaciones cristianas del Fuero del Trabajo*. 1ª edición. Burgos: RAYFE, 1939. Como ejemplo del tono de la obra sólo hay que revisar el comentario realizado a la exhortación de los productores contenida en el Fuero del Trabajo (Declaración XV): "*Como el Fuero se ha promulgado en tiempo de guerra (9 de marzo de 1938), cuando todavía una buena parte de España estaba en poder de los rojos, el Fuero excita a los productores, en vista de los desastres traídos por la guerra y la barbarie roja, a trabajar por rehacer la economía española, que tiene que quedar después de la guerra destruida, a levantar la industria española y a renovar el edificio social y material de la Patria*" (p. 201). En un sentido parecido, pero ya en el contexto de un manual de Derecho laboral: "*Precisamente por esta misma razón de su existencia, fundada en principios puramente hispánicos, es por lo que sus directrices ideológicas están entroncadas con lo más hondo del espíritu patrio, en una tradición católica y española que le da un matiz propio y característico: en este terreno puramente filosófico debe resaltarse específicamente su cimentación de justicia social y su alto sentido humano*". HERNAINZ MÁRQUEZ, Miguel: *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*. 8ª edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961, p. 128.

⁶⁸⁴ La Edad Media es uno de esos momentos más evidentes, donde las fronteras entre Derecho religioso y civil son muy permeables, como consecuencia de la indiferenciación entre lo profano y lo religioso. Así, buena parte de las normas "civiles" provienen de un Derecho Romano cristianizado. Tal y como se ha señalado con acierto "*even before the empire became Christian the connection between religion and law had been intimate. The ius civile, was, of course, the codification of law in a Christian state. Nor did the medieval view of society lend itself to a clear distinction between the secular and the religious. Hence civil law was studied on earth but very definitively under heaven*". PARKER: *John Calvin...*, op. cit., p. 18. Si en otros países europeos el proceso de secularización ha sido más paulatino y, por lo tanto, las normas jurídicas de sus ordenamientos contienen sustratos de origen cristiano más o menos soterrados y muy variados según la concepción del cristianismo profesado (luteranismo, calvinismo...); en el caso español hasta hace poco tiempo las normas se fundamentaban en las doctrinas católicas de forma abierta, especialmente en el caso de la legislación laboral, por lo que por muy profundo y acelerado que haya podido ser el proceso secularizador español, como así efectivamente ha sido, no es difícil advertir dichas reminiscencias en el Derecho laboral contemporáneo. Y más, cuando algunas normas incluso son preconstitucionales o las instituciones se han reproducido con pocas variaciones régimen tras régimen. Como se ha dicho con acierto: "*En nuestro mundo occidental, que sigue siendo en gran parte cristiano a pesar del fenómeno de la secularización, la historia, los principios y las instituciones de la religión católica forman parte imprescindible del bagaje cultural del hombre medianamente culto, se quiera o no, tenga o no fe, porque lo religioso impregna nuestra historia colectiva y personal, nuestras costumbres y vida diaria, nuestras instituciones cívicas y jurídicas*". NIETO NÚÑEZ, Silverio: "Enseñanza de la religión en la escuela: normatividad legal y conflictividad social", en AAVV: *Pluralismo religioso y Estado de derecho*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 203.

b) Fuero de los españoles de 17 de julio de 1945

En la exposición de motivos del texto legal se explica que *“sus líneas maestras acreditan el valor permanente del ideario que las inspira y gran número de sus declaraciones y preceptos constituyen un fiel anticipo de la doctrina social-católica, recientemente puesta al día por el Concilio Vaticano II y finalmente, dada la modificación introducida en su artículo 6 por la Ley Orgánica del Estado (...) a los efectos de adecuar su texto a la Declaración Conciliar sobre la libertad religiosa, promulgada el 1 de diciembre del año 1965, que exige el reconocimiento explícito de este derecho, en consonancia, además, con el segundo de los Principios Fundamentales del Movimiento, según el cual la Doctrina de la Iglesia habrá de inspirar nuestra legislación”* se procede a aprobar el citado texto legal.

El art. 3 establece el principio de igualdad ante la ley en los siguientes términos: *“La Ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencia de clases ni acepción de personas”*. El art. 6 en una primera parte defiende y ampara la oficialidad de la religión católica: *“La profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial”*. Ahora bien, el régimen tuvo que amoldarse a la doctrina del Concilio Vaticano II, tal y como se expresa en la exposición de motivos, por lo que el segundo párrafo tuvo que ser modificado y quedó plasmado del siguiente modo: *“El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público”* (antes de la reforma dicho precepto terminaba del siguiente modo: *“No se permitirán otras ceremonias ni sus manifestaciones externas que las de la Religión Católica”*). Si bien el segundo párrafo tuvo que modificarse y olvidar todo intento de regular una mera tolerancia religiosa, el primer párrafo, relativo a la confesionalidad del Estado, quedó indemne. Así, se daba la paradoja que se debía garantizar el ejercicio de la libertad religiosa a los no católicos en el contexto de un Estado confesional católico.

El art. 11 establece que *“todos los españoles podrán desempeñar cargos y funciones públicas según su mérito y capacidad”*. El art. 12 regula un sucedáneo de libertad de expresión: *“Todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado”*; igual que ocurre con la libertad de asociación del art. 16.

Todo el Capítulo III está dedicado al trabajo. Ha de destacarse el art. 24, que establece que *“todos los españoles tienen derecho al trabajo y el deber de ocuparse en alguna actividad socialmente útil”*; y el art. 29, que reconoce la labor asistencial de la Iglesia católica: *“El Estado mantendrá instituciones de asistencia y amparará y propulsará las creadas por la Iglesia, las Corporaciones y los particulares”*.

c) Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1946

El art. 1 define la forma del Estado: *“España, como unidad política, es un Estado católico, social y representativo, que, de acuerdo con su tradición, se declara constituido en Reino”*.

El art. 9 dictamina que el rey o regente debe profesar en todo caso la religión católica para poder acceder a la Jefatura del Estado: *“Para ejercer la Jefatura del Estado como Rey o Regente se requerirá ser varón y español, haber cumplido la edad de treinta años,*

profesar al religión católica, poseer las cualidades necesarias para el desempeño de su alta misión (...)”.

d) Concordato de 27 de agosto de 1953

Desde un punto de vista histórico, el Concordato de 1953, a diferencia del resto de concordatos, no fue fruto de una situación conflictiva que hubiera que resolver mediante pacto; sino que uno de sus rasgos es ser el resultado de las buenas relaciones entre la España franquista y el Vaticano⁶⁸⁵. El Estado franquista consiguió una baza propagandística ante la comunidad internacional. El precio que pagó el Estado fue el mantenimiento de los privilegios de la Iglesia Católica, que como se verá a continuación, recaían en ámbitos muy variados, como las festividades⁶⁸⁶.

La norma concordataria comienza con un preámbulo en estos términos: *“La Santa Sede Apostólica y el Estado español, animados del deseo de asegurar una fecunda colaboración para el mayor bien de la vida religiosa y civil de la Nación española, han determinado estipular un Concordato que, reasumiendo los Convenios anteriores y completándolos, constituya la norma que ha de regular las recíprocas relaciones de las Altas Partes contratantes, en conformidad con la Ley de Dios y la tradición católica de la Nación española”*. Si se compara el art. I del Concordato de 1953 con su equivalente de 1851 salta a la vista que ya no se cita la exclusión de otros cultos diferentes al católico: *“La Religión Católica, Apostólica, Romana sigue siendo la única de la Nación española y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la Ley Divina y el Derecho Canónico”*.

Con una evidente influencia en el Derecho del Trabajo, el art. V regula las fiestas religiosas: *“El Estado tendrá por festivos los días establecidos como tales por la Iglesia en el Código de Derecho Canónico o en otras disposiciones particulares sobre festividades locales, y dará, en su legislación, las facilidades necesarias para que los fieles puedan cumplir en esos días sus deberes religiosos”*. Así pues, el Derecho del Trabajo toma como fuente de Derecho al Código de Derecho Canónico en materia de descansos y festividades. Dicho precepto es completado mediante la regulación del papel del poder público en su rol de autoridad laboral fiscalizadora del efectivo cumplimiento de las festividades: *“Las Autoridades civiles, tanto nacionales como locales, velarán por la debida observancia del descanso en los días festivos”*.

Hay que resaltar que en los territorios africanos de soberanía española el Estado sí garantizaba en un elevado grado la tolerancia religiosa, por ejemplo en materia educativa⁶⁸⁷. Por dicha razón, el Protocolo Final en relación con el art. I, después de reafirmar que en todo el Estado será de aplicación el art. 6 del Fuero de los Españoles,

⁶⁸⁵ VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA: “Examen de las relaciones...”, en AAVV: *Pluralismo religioso...*, op. cit., pp. 110-111.

⁶⁸⁶ GARCÍA RUIZ, Yolanda: “L’influx de la *Dignitatis Humanae* en la legislació espanyola”, en AAVV: *Las dimensiones jurídico-públicas de la Dignitatis Humanae*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006, pp. 61-62.

⁶⁸⁷ Si durante el franquismo el catolicismo era omnipresente *“la única excepción era la norma relativa a la exención de la obligatoriedad del estudio de la religión católica para los habitantes indígenas del Protectorado de Marruecos, curiosamente, sin hacer mención a religión alguna, cuando era de sobra conocido que en los territorios del protectorado no sólo había musulmanes, sino también abundantes comunidades de judíos, e incluso protestantes”*. VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, op. cit., p. 100.

respecto a dichos territorios de mayoría musulmana garantiza un régimen jurídico especial: “*Por lo que se refiere a la tolerancia de los cultos no católicos, en los territorios de soberanía española en África continuará rigiendo el «statu quo» observado hasta ahora*”⁶⁸⁸.

e) Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958

Esta ley se debe enmarcar en la fase de estabilización del régimen, o sea, una vez superada ya la fase de autarquía. El Principio II no puede ser más diáfano en materia religiosa: “*La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación*”. Se trata, pues, del establecimiento (más bien de la continuidad si se observa tal norma en el contexto histórico) de un sistema netamente confesional, en cuanto a sus valores y doctrina⁶⁸⁹. De esta manera se explicita que la labor legislativa estará guiada por la doctrina de la Iglesia Católica⁶⁹⁰ y su inciso final conforma realmente el núcleo duro de la confesionalidad del régimen, ya que a través de dicho instrumento dicha confesionalidad no se limita a un mero enunciado programático⁶⁹¹. Del contenido de muchas leyes y decretos del período franquista se infiere una clara impronta religiosa, y la legislación laboral no es precisamente una excepción. Es una característica a resaltar, porque dicha huella será heredada en buena parte por el régimen democrático después de terminada la Transición política, ya sea a través de normas jurídicas que no son derogadas, ya sea mediante el influjo de conceptos y principios que son reflejados en normas posteriores ya de cuño democrático. Asimismo, al ser la doctrina católica fuente de normas para el Estado, la opción vaticana por la libertad religiosa tuvo su consecuente traslación a las normas fundamentales del régimen.

El Principio VII establece el carácter católico de la monarquía española: “*El pueblo español, unido en un orden de Derecho, informado por los postulados de autoridad, libertad, y servicio, constituye el Estado Nacional. Su forma política es, dentro de los principios inmutables del Movimiento Nacional y de cuanto determinan la Ley de Sucesión y demás Leyes fundamentales, la Monarquía tradicional, católica, social y representativa*”.

⁶⁸⁸ Incluso se ha puesto de manifiesto la existencia de un acuerdo entre España y Nigeria de 1957 en relación a la libertad de conciencia de los trabajadores nigerianos que prestaban servicios en la Guinea española. Según dicho convenio, a los trabajadores nigerianos se les permitiría la libertad de conciencia y la práctica de sus creencias religiosas, tanto cristianas como musulmanas. CORRAL SALVADOR, Carlos: “El ordenamiento jurídico español de libertad religiosa”. *Revista de estudios políticos*, 1968, núm. 158, pp. 85-86.

⁶⁸⁹ SUÁREZ PERTIERRA: “Laicidad en el constitucionalismo...”, en AAVV: *Libertad de conciencia...*, *op. cit.*, p. 121.

⁶⁹⁰ Como se explicaba por aquel entonces: “*La religión católica ha de ejercer la función informadora de toda nuestra legislación. En la jerarquía de nuestras leyes, entra, con el primer puesto, la ley de Dios, la ley de Dios manifestada en el derecho natural y también en la revelación. Puesto primacial que vitaliza e irriga todo el cuerpo legal de España*”. CORRAL SALVADOR: “El ordenamiento jurídico...”, *op. cit.*, p. 81.

⁶⁹¹ “*Ese grado más perfecto, óptimo, de la confesionalidad, era el desiderátum último e ideal de los teóricos de la Escuela del *ius publicum ecclesiasticum* que veían, seguramente por primera vez des la Revolución de 1789, llevado a la práctica por un Estado nacional*”. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA: “Examen de las relaciones...”, en AAVV: *Pluralismo religioso...*, *op. cit.*, p. 117.

El Principio VIII, entre otros extremos, establece que “*todos los españoles tendrán acceso a los cargos y funciones públicas según su mérito y capacidad*”. Por otro lado, el Principio IX enuncia que “*el ideal cristiano de la justicia social, reflejado en el Fuero del Trabajo, inspirará la política y las leyes*”. El Principio X recoge los principios que inspiran al trabajo en el régimen: “*Se reconoce al trabajo como origen de jerarquía, deber y honor de los españoles (...)*”. El Principio XI define a la empresa como una unidad social: “*La Empresa, asociación de hombres y medios ordenados a la producción, constituye una comunidad de intereses y una unidad de propósitos. Las relaciones entre los elementos de aquélla deben basarse en la justicia y en la recíproca lealtad, y los valores económicos estarán subordinados a los de orden humano y social*”.

f) Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público

Es sobradamente conocido que el régimen franquista utilizó de forma expansiva y torticera el concepto de orden público, también en el ámbito religioso. Por dicha razón, el art. 2.a) de la Ley 45/1959 no puede ser más explícito al considerar un acto contra el orden público el que atente contra la “unidad espiritual”⁶⁹². Así, entran dentro de los actos contrarios al orden público “*los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles y demás Leyes fundamentales de la Nación, o que atenten a la unidad espiritual, nacional, política y social de España*”. Precisamente, por el abuso del concepto de orden público llevado a cabo por el régimen dictatorial, en democracia será visto como un concepto sospechoso y será motivo de reticencias⁶⁹³.

g) Concilio Vaticano II y Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa

La Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho civil a la libertad en materia religiosa⁶⁹⁴, que gráficamente durante su gestación fue denominada “Estatuto de los acatólicos”⁶⁹⁵, es fruto del Concilio Vaticano II y desarrolla el derecho a la libertad religiosa reconocido en el art. 6 del Fuero de los Españoles. Como dice el Preámbulo de la Ley 44/1967: “*El precepto de la Ley de rango fundamental de diecisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, según el cual la doctrina de la Iglesia Católica inspirará en España su legislación constituye fundamento muy sólido de la presente Ley*”⁶⁹⁶.

A su vez el citado art. 6 del Fuero de los Españoles plasmó la doctrina contenida en el Decreto *Dignitatis humanae*, aprobado en fecha 7 de diciembre de 1965. El cambio de doctrina de la Iglesia Católica en esta materia obligó al régimen franquista a adaptar su

⁶⁹² En esta materia resulta ineludible citar a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: *Libertad religiosa y orden público. Un estudio de jurisprudencia*. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 1970. Dicha obra se limita a un estudio de la doctrina vertida por la Sala III del Tribunal Supremo en materia religiosa desde el 20 de enero de 1963 a 5 de junio de 1968. Es fácil comprobar que la mayoría de supuestos son referidos a controversias relacionadas con los Testigos de Jehová.

⁶⁹³ OLLERO TASSARA, Andrés: *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*. 1ª edición. Madrid: Aranzadi, 2009, pp. 23-24.

⁶⁹⁴ Publicada en el BOE de 1 de julio de 1967.

⁶⁹⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Libertad religiosa...*, *op. cit.*, p. 70.

⁶⁹⁶ Sobre la modificación del art. 6 del Fuero de los españoles y la génesis de la Ley 44/1967 puede examinarse DE CARLI: *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 29 y siguientes.

legislación fundamental, como consecuencia de la aplicación del ya examinado Principio II del Movimiento de 1958. La recepción de la doctrina del Concilio Vaticano II en materia de libertad religiosa por parte de la Iglesia española no fue precisamente entusiasta, cuando no de forma casual la mayoría de sus obispos españoles se posicionaron en contra de dichos postulados durante el desarrollo de las sesiones conciliares y eran partidarios acérrimos del *status quo* garantizado por el Concordato de 1953⁶⁹⁷. Así, la gran mayoría de prelados españoles intentó por todos los medios que el Concilio tuviera en cuenta la "especificidad" de la sociedad española: en el aula conciliar, en los pasillos y directamente ante el mismo Sumo Pontífice⁶⁹⁸. Aunque es evidente por el redacto final de los documentos conciliares que su postura inamovible no fue tomada en cuenta en la Ciudad del Vaticano. Por tal razón su aplicación práctica en España no dejó de ser más simbólica que real, pues no sólo existía animadversión hacia sus postulados por buena parte del alto clero, sino que la forma tradicional de pensar durante siglos de la masa de fieles no podía cambiar de un día para el otro⁶⁹⁹; y más en la situación de cerrazón en que se encontraba la sociedad española durante la dictadura. En todo caso la legitimidad del franquismo quedó tocada⁷⁰⁰ y las relaciones entre España y la Iglesia Católica fueron de mal en peor hasta la Transición política.

⁶⁹⁷ BADA ELIAS, Joan: "El context eclesiològic i la significació política del Concili Vaticà II", en AAVV: *Las dimensiones jurídico-públicas de la Dignitatis Humanae*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006, pp. 1-18. "Si se analizan las intervenciones orales y escritas que los obispos españoles presentaron a lo largo de las sesiones que el Vaticano II dedicó a la libertad religiosa, se puede advertir una especie de transposición entre el mismo debate conciliar y el debate español acerca del Estatuto de Castiella, sobre todo en las observaciones en contra de la doctrina desarrollada en el *De Libertate* o, cuando menos, de su efectiva aplicación en España. Las animadversiones *scripto exhibitae* del entonces Vicario General Castrense, monseñor Alonso Muñozerro, dejan de ser emblemáticas, contribuyendo a medir hasta qué punto el episcopado se halló realmente predispuesto a aceptar la introducción en España de un derecho civil a la libertad religiosa". DE CARLI: *El derecho...*, op. cit., p. 11.

⁶⁹⁸ "El 30 de septiembre, monseñor Guerra Campos entregaba una carta a Colombo, donde señalaba algunas sugerencias para la revisión del *De Libertate*". DE CARLI: *El derecho...*, op. cit., p. 26. Unas sugerencias encaminadas obviamente a dejar en lo posible las cosas como estaban, según el magisterio pontificio anterior. Ahora bien, "a la espera del visto bueno que el Papa tenía que dar al texto así enmendado, algunos obispos españoles (cabe suponer que del sector más intransigente) enviaban entonces una carta a Pablo VI manifestándole su inquietud por la doctrina conciliar sobre la libertad religiosa, y recordándole además la responsabilidad y el interés que, en su momento, había tenido la Santa Sede en realizar en España el ideal nacionalcatólico. Para los firmantes de aquella carta, una declaración sobre la libertad religiosa llevaba implícita no sólo una innecesaria desautorización del magisterio pontificio anterior, sino también una condena de la pasada actuación sociopolítica de la Iglesia. Condena que podía repercutir negativamente en los procesos de secularización social y laicización institucional, hasta despertar cierta reacción anticlerical en aquellos sectores políticos de derechas que, en su momento, habían aceptado las exigencias de la Santa Sede de consignar la confesionalidad del Estado. Conscientes que era imposible impedir la promulgación de una declaración favorable al derecho civil a la libertad religiosa, aquellos obispos procuraban presionar al Pontífice para que se incorporase en el texto definitivo una nota explicativa previa, acerca de una correcta interpretación de la doctrina conciliar en la materia" (pp. 26-27).

⁶⁹⁹ "Así como en la primavera se producen deshielos que acaban en avalanchas de nieve y en peligrosos deslizamientos, la puesta en práctica el Vaticano II, luego de quince siglos de constantinismo eclesial, produjo muchas reacciones y exageraciones en el seno de la Iglesia. Desde la sociología esto no debería extrañarnos, pues una gran masa de fieles no cambia fácilmente su modo tradicional de pensar y de actuar". CODINA, Víctor: "Hace 50 años hubo un concilio...". *Quaderns Cristianisme i Justícia*, 2012, núm. 182, p. 21.

⁷⁰⁰ Cuando la legitimidad de un Estado depende de otro sujeto internacional dicha legitimidad obviamente está sujeta a más elementos exógenos y, por lo tanto, incontrolables, de lo que es normal en un Estado a la vieja usanza: "Todo régimen que confía en una base religiosa para su

Desde León XIII, pasando por Pío XII, y hasta el profundo cambio teológico llevado a cabo por Juan XXIII, la Iglesia Católica trataba la libertad religiosa desde el punto de vista de lo que consideraba verdadero, correcto, según sus doctrinas. Tradicionalmente el tratamiento jurídico y teológico de lo que es considerado erróneo o verdadero por la Iglesia Católica no puede ser idéntico o equivalente al otorgado a lo justo, correcto o ajustado a la moral. Aquellas ideas consideradas falsas o incorrectas habrá que tolerarlas, sin recibir aprobación alguna, por cuanto su prohibición o persecución acarrearía males mayores a su mera tolerancia. Sólo lo justo o moralmente aceptable es tributario de respeto o protección jurídica⁷⁰¹. Según una proposición muy conocida que resume la doctrina católica hasta la *Dignitatis Humanae*, sólo la verdad es acreedora de derechos, ya que la falsedad es contraria a la supervivencia de la humanidad⁷⁰².

También las relaciones entre la Iglesia y el Estado sufrieron en la Modernidad un lento progreso. Sin ir más lejos, y como muestra de la posición doctrinal de la Iglesia en relación al Estado, en la encíclica *Inmortale Dei* sobre la Constitución cristiana del Estado, dada el 1 de noviembre de 1885 bajo el pontificado de León XIII, se afirmaba aún que “a pesar de los muchos intentos realizados, la realidad es que no se ha encontrado para constituir y gobernar el Estado un sistema superior al que brota espontáneamente de la doctrina del Evangelio” (1); o que “en toda forma de gobierno los jefes del Estado deben poner totalmente la mirada en Dios, supremo gobernador del universo, y tomarlo como modelo y norma en el gobierno del Estado” (2). Dicha Encíclica critica los cambios políticos y sociales producidos a partir del Renacimiento, que conllevarían a una situación rechazada frontalmente por la Iglesia, especialmente en materia de libertad religiosa: “Y como se afirma que el pueblo es en sí mismo fuente de todo derecho y de toda seguridad, se sigue lógicamente que el Estado no se juzgará obligado ante Dios por ningún deber; no profesará públicamente religión alguna, ni deberá buscar entre tantas religiones la única verdadera, ni elegirá una de ellas ni la favorecerá principalmente, sino que concederá igualdad de derechos a todas las religiones, con tal que la disciplina del Estado no quede por ellas perjudicada. Se sigue también de estos principios que en materia religiosa todo queda al arbitrio de los particulares y que es lícito a cada individuo seguir la religión que prefiera o rechazarlas todas si ninguna le agrada. De aquí nacen una libertad ilimitada de conciencia, una libertad absoluta de cultos, una libertad total de pensamiento y una libertad desmedida de expresión” (10). Se trata de unos fundamentos “hoy día tan alabados”, que conllevan unas consecuencias que son tildadas de “deplorables” (11). A tal posición doctrinal se añade: “En materia religiosa, pensar que las formas de culto, distintas y aun contrarias, son todas iguales, equivale a confesar que no se quiere aprobar ni practicar ninguna de ellas. Esta actitud, si nominalmente difiere del ateísmo, en realidad se identifica con él. Los que creen en la existencia de Dios, si quieren ser consecuentes consigo mismos y no caer en un absurdo, han de comprender necesariamente que las formas usuales de culto divino, cuya diferencia, disparidad y

legitimación - especialmente de una religión transnacional - se arriesga a una crisis de legitimidad en caso de que la ética política de la religión cambie, si el nuevo clero, los intelectuales religiosos y los líderes eclesiásticos ponen en duda la interpretación que sirvió al régimen. El carácter heterónimo de la religión con respecto a la política es siempre un reto latente”. LINZ STORCH DE GRACIA: “Religión y política...”, en AAVV: *Religión...*, op. cit., pp. 23-24.

⁷⁰¹ MARTÍN SÁNCHEZ: “La libertad religiosa...”, op. cit., p. 191.

⁷⁰² Citada en BUENO SALINAS, Santiago: “La protección jurídico-canónica de la libertad personal i familiar a partir de la *Dignitatis Humanae*”, en AAVV: *Las dimensiones jurídico-públicas de la Dignitatis Humanae*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006, p. 90.

contradicción aun en cosas de suma importancia son tan grandes, no pueden ser todas igualmente aceptables ni igualmente buenas o agradables a Dios” (14). El ordenamiento jurídico no debe amparar en ningún caso ideas que sean erróneas o incorrectas desde un punto de vista teológico dogmático (15, 17, 18...).

En la encíclica *Libertas Praestantissimum* sobre la libertad y el liberalismo, dada el 20 de junio de 1888 bajo el pontificado de León XIII, la Iglesia argumenta sobre el concepto correcto de “libertad”, una argumentación que es introducida, entre otros extremos del siguiente modo: *“Frente a los ataques de los herejes y de los fautores de novedades, ha sido la Iglesia la que tomó a su cargo la defensa de la libertad y la que libró de la ruina a esta tan excelsa cualidad del hombre. La historia de la teología demuestra la enérgica reacción de la Iglesia contra los intentos alocados de los maniqueos y otros herejes. Y, en tiempos más recientes, todos conocen el vigoroso esfuerzo que la Iglesia realizó, primero en el concilio de Trento y después contra los discípulos de Jansenio, para defender la libertad del hombre, sin permitir que el fatalismo arraigue en tiempo o en lugar alguno”* (4). En dicha encíclica se reiteran ideas sobre la relación entre el poder civil y el eclesiástico: *“Hay otros liberales algo más moderados, pero no por esto más consecuentes consigo mismos; estos liberales afirman que, efectivamente, las leyes divinas deben regular la vida y la conducta de los particulares, pero no la vida y la conducta del Estado; es lícito en la vida política apartarse de los preceptos de Dios y legislar sin tenerlos en cuenta para nada. De esta noble afirmación brota la perniciosa consecuencia de que es necesaria la separación entre la Iglesia y el Estado”* (14). La citada Encíclica rechaza frontalmente la libertad de cultos: *“En relación con los particulares, esa libertad tan contraria a la virtud de la religión, la llamada libertad de cultos, libertad fundada en la tesis de que cada uno puede, a su arbitrio, profesar la religión que prefiera o no profesar ninguna. Esta tesis es contraria a la verdad. Porque de todas las obligaciones del hombre, la mayor y más sagrada es, sin duda alguna, la que nos manda dar a Dios el culto de la religión y de la piedad. Este deber es la consecuencia necesaria de nuestra perpetua dependencia de Dios, de nuestro gobierno por Dios y de nuestro origen primero y fin supremo, que es Dios”* (15). El Estado debe proteger a la religión verdadera a través de su ordenamiento jurídico y en ningún caso puede amparar legalmente al resto de confesiones religiosas o a los ciudadanos ateos (16, 17), matizándose qué debe entenderse por libertad de conciencia (21, 22).

Con Juan XXIII y el Concilio Vaticano II el prisma católico de la libertad religiosa dará un giro copernicano, ya que desde un punto de vista teológico, la persona que yerra en materia dogmática debe ser protegida jurídicamente⁷⁰³. Con el Concilio Vaticano II la Iglesia dejó de defender una mera tolerancia religiosa para defender una verdadera libertad religiosa⁷⁰⁴, dejando atrás una etapa histórica arrancada con la Revolución Francesa y en que la Iglesia se había posicionado contra el liberalismo y los derechos de

⁷⁰³ Así, la definición de libertad religiosa desde un punto de vista teológico sería la siguiente: *“Religionsfreiheit, recht verstanden, besagt nicht Schutz des Irrtums – der Irrtum als solcher verdient keinen Schutz, da er in sich etwas Verkehrtes ist -, sondern Schutz des irrenden Menschen, der nicht gehindert werden soll, nach seinem Gewissen Gott zu dienen”*. PRIBILLA: *“Dogmatische Intoleranz...”*, en AAVV: *Zur Geschichte...*, op. cit., p. 107.

⁷⁰⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: *“Einleitung zur Textausgabe der «Erklärung über die Religionsfreiheit»*”, en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 401-421.

los que hacía bandera, como la libertad de expresión o la libertad de imprenta⁷⁰⁵; en definitiva, hasta el Vaticano II la Iglesia se había posicionado contra la Modernidad⁷⁰⁶.

Además, con los pontificados de Juan XXIII (1958-1963) y Pablo VI (1963-1978) empieza la denominada época de *aggiornamento* o puesta al día, que supuso una profunda reforma estructural de la Iglesia Católica, que trascendió los postulados de la libertad religiosa, que son los que más interesan aquí⁷⁰⁷. El 25 de enero de 1959 el Papa Juan XXIII anunciaba la celebración de un nuevo concilio; el 11 de octubre de 1962 se celebró la primera sesión pública; y el 8 de diciembre de 1965, el Papa Pablo VI clausuró el Concilio en la décima sesión pública. Así, en la Constitución Pastoral *Gaudium et spes* de 7 de diciembre de 1965, si bien se enfatiza las personas que piensan de forma diferente en materia religiosa deben ser respetadas, realiza la siguiente matización: “*Esta caridad y esta benignidad en modo alguno deben convertirse en indiferencia ante la verdad y el bien. Más aún, la propia caridad exige el anuncio a todos los hombres de la verdad saludable. Pero es necesario distinguir entre el error, que siempre debe ser rechazado, y el hombre que yerra, el cual conserva la dignidad de la persona incluso cuando está desviado por ideas falsas o insuficientes en materia religiosa*” (28). Y a continuación se establece la prohibición de discriminar en atención a las ideas religiosas que se profesen: “*Es evidente que no todos los hombres son iguales en lo que toca a la capacidad física y a las cualidades intelectuales y morales. Sin embargo, toda forma de discriminación en los derechos fundamentales de la persona, ya sea social o cultural, por motivos de sexo, raza, color, condición social, lengua o religión, debe ser vencida y eliminada por ser contraria al plan divino*”. Todas las personas poseen igualdad dignidad por ser esencialmente iguales (29).

En *Dignitatis humanae* se afirma el derecho de toda persona a la libertad religiosa, una libertad definida en un sentido amplio y completo y ligada estrechamente a la dignidad: “*todos los hombres han de estar inmunes de coacción, tanto por parte de individuos como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y esto de tal manera que, en materia religiosa, ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, sólo o asociado con otros, dentro de los límites*

⁷⁰⁵ SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, Àlex: “Tolerancia y libertad religiosa en la doctrina social de la Iglesia”, en AAVV: *Las dimensiones jurídico-públicas de la Dignitatis Humanae*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006, pp. 19-23.

⁷⁰⁶ “*Se debe acentuar que, de un modo u otro, el Magisterio Pontificio hasta el Concilio Vaticano II, consideró precisamente a la Modernidad política, vista desde sus principio, como una Revolución contra Dios, contra su ley-divino natural, contra la Iglesia y su obra civilizadora*”. ALVEAR TÉLLEZ, Julio: *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*. 1ª edición. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 246. Dicha obra es un ejemplo de tratado en el que, aunque formalmente su objeto de estudio debería ser de naturaleza jurídica, se contienen postulados netamente confesionales.

⁷⁰⁷ “*Por primera vez se relacionaban directamente entre sí obispos de las distintas iglesias, que hasta entonces estaban vinculados desde la mediación del gobierno central romano. Fue la primera experiencia globalizadora del catolicismo, décadas antes de que se tornara en un fenómeno mundial. Cuando muchos teólogos pensaban que se había acabado la época conciliar, dadas las atribuciones concedidas al papa en el Vaticano I, resurgió la iglesia conciliar con participación de todas las iglesias, en la que los europeos no llegaban al 50% de los votos, y con apertura a los no católicos, a los que se invitó a enviar observadores. La teología de controversia de la Contrarreforma dejó paso al diálogo con creyentes e increyentes (Ecclesiam suam, 1964) y a un concilio que renunció a combatir doctrinas, presuntamente erróneas, con cánones y anatemas*”. ESTRADA DÍAZ, Juan Antonio: “Globalización, postmodernidad y cristianismo”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. IV. El Mundo contemporáneo*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2010, pp. 428-429.

debidos". Nótese como el texto enfatiza que la inmunidad en materia religiosa no sólo debe garantizarse frente al sujeto público, sino también ante el sujeto privado, por lo tanto, también tal derecho es ejercitable ante una empresa u otro trabajador. Asimismo, se establece un principio programático que debe ser cumplido por los Estados, lo que llevó al régimen franquista a tener que llevar a cabo las modificaciones legislativas necesarias: *"Este derecho de la persona humana a la libertad religiosa ha de ser reconocido en el ordenamiento jurídico de la sociedad, de tal manera que llegue a convertirse en un derecho civil"* (2). Naturalmente, dicho ejercicio está sometido a límites, cual es de forma señera el orden público (2 y 3). Pero existen otros límites además del orden público, al insertarse la persona en sociedad: *"en el ejercicio de sus derechos, cada uno de los hombres y grupos sociales están obligados por la ley moral a tener en cuenta los derechos de los otros, los propios deberes para con los demás y el bien común de todos"* (7).

Como consecuencia de la aplicación de la doctrina católica emanada del Concilio Vaticano II al Estado franquista, el art. 1.1 de la Ley 44/1967 establece que *"el Estado Español reconoce el derecho a la libertad religiosa fundado en la dignidad de la persona humana y asegura a ésta, con la protección necesaria, la inmunidad de toda coacción en el ejercicio legítimo de tal derecho"*. La dificultad de garantizar el ejercicio de la libertad religiosa consistía en compatibilizar dicho ejercicio con el mantenimiento de la confesionalidad del Estado, como muy bien plasma el art. 1.3: *"El ejercicio del derecho a la libertad religiosa, concebido según la doctrina católica, ha de ser compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español proclamada en sus Leyes Fundamentales"*.

Resulta especialmente interesante el contenido del art. 5.1, de aplicación específica al ámbito de la relación laboral: *"Las instituciones, entidades o empresas de cualquier índole, públicas o privadas, deberán adoptar, sin perjuicio de la disciplina general y de las disposiciones laborales en vigor, las medidas que permitan a quienes formen parte de las mismas o dependen de ellas, cumplir normal y voluntariamente sus deberes religiosos"*. Paradójicamente no existe un precepto equivalente en el actual Derecho del Trabajo. Resáltese cómo del precepto se infiere una obligación de llevar a cabo una actividad positiva por parte de la empresa para facilitar al trabajador creyente que pueda satisfacer sus deberes religiosos. Naturalmente, a *sensu contrario*, se desprende que la empresa no podrá obstaculizar injustificadamente el derecho a la libertad religiosa del trabajador creyente (deber de abstención de injerencia).

Desde la instalación de las bases norteamericanas en España se habían reemprendido las actividades de los creyentes protestantes y había aumentado su presencia en España. Ahora bien, con la entrada en vigor de la Ley 44/1967 aumenta la presencia en España de misioneros extranjeros, especialmente de los Estados Unidos de América, con el consiguiente incremento del número de iglesias y fieles⁷⁰⁸.

También es necesario indicar que el Concilio Vaticano II impulsó el incipiente movimiento ecuménico que por aquel entonces existía en España, y que se limitaba fundamentalmente a establecer puentes de comprensión entre católicos y protestantes,

⁷⁰⁸ GRAU BELTRÁN: "El protestantismo...", en AAVV: *La nueva realidad...*, op. cit., p. 81.

dejando al margen habitualmente a los Testigos de Jehová (ya presentes en España), a los judíos y a los musulmanes⁷⁰⁹.

⁷⁰⁹ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, *op. cit.*, pp. 17-26.

CAPÍTULO II: LA LIBERTAD RELIGIOSA EN UNA SOCIEDAD PLURAL

1. PLURALISMO CULTURAL, ACTITUDES RELIGIOSAS EN LA ESPAÑA ACTUAL Y NUEVO ROL DEL DERECHO DEL TRABAJO

1.1. Introducción

La libertad religiosa es un derecho complejo y multidimensional, ya que el hecho religioso es asimismo multívoco cuando es insertado en el ordenamiento jurídico⁷¹⁰; que puede ser ejercido de forma individual⁷¹¹ o colectiva; por lo que el jurista no puede reducir su estudio a la dicotomía de si existe o no libertad religiosa en un país. El ejercicio del derecho a la libertad religiosa es afectado por diversos elementos o dimensiones que lo pueden modular, condicionar o limitar⁷¹². Por ejemplo, una norma administrativa sobre construcción de edificios puede afectar a la construcción de templos de una determinada confesión religiosa, lo que, su vez, puede afectar a la posibilidad de dicha confesión de reunirse, llevar a cabo proselitismo u orar⁷¹³. Así, estudiar el grado de ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el puesto de trabajo y sus límites y restricciones contestará en buena parte a la cuestión sobre el nivel de salud de la libertad religiosa en España, ya que los trabajadores asalariados por cuenta ajena constituyen la mayoría de la población de un país desarrollado.

⁷¹⁰ “Al insertarse en el Derecho estatal, el hecho religioso se torna multívoco: se relaciona con la persona jurídica (confesión), «impregna» - valga la expresión - la actividad de la persona en el Derecho («factor» religioso con pretensión omnicompreensiva), se hace finalidad de la acción que el Derecho pretende apreciar («fines» religiosos) e incluso adopta la posición de bien jurídico protegido («sentimientos» religiosos)”. PALOMINO LOZANO: *Religión y derecho...*, op. cit., p. 38.

⁷¹¹ Hay autores que han enfatizado precisamente el peso del primer elemento en la sociedad actual: “More than we often recognize, our model of toleration is based on a radical individualism. In the ideology we have inherited from the Enlightenment, every individual human being has been vested, by god or nature, with certain inalienable rights, among them religious freedom. Each one of us may believe as we wish and worship accordingly”. KAPLAN: *Divided...*, op. cit., pp. 239-240. Precisamente tal premisa provoca que el individuo esté facultado, por ejemplo, para decidir hacer proselitismo o asociarse a cierto grupo religioso. Aunque dicho autor pone de relieve que tales decisiones están en buena medida condicionadas por nuestro entorno.

⁷¹² GILL: *The political...*, op. cit., pp. 9-12.

⁷¹³ Por ejemplo, el Tribunal Supremo de Canadá, en la sentencia dictada en el caso *Syndicat Northcrest v. Amselem* (2004), tuvo que intervenir en un contencioso muy ilustrativo de la pluralidad religiosa que se vive en Canadá. En los balcones de unos pisos de lujo unos ciudadanos que profesaban creencias judías muy ortodoxas construyeron “*succahs*” para cumplir con el mandamiento bíblico de vivir en pequeñas chozas temporales para celebrar anualmente la festividad anual que dura nueve días denominada “*Succot*”. Los propietarios del edificio alegaron que dichas construcciones vulneraban la legislación sectorial que prohibía las alteraciones, decoraciones y construcciones y balcones. Y los creyentes rechazaron el ofrecimiento de las autoridades de permitirles construir chozas colectivas una vez al año en los jardines.

Ahora bien, para examinar la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral en conjunción con el fenómeno religioso no resulta suficiente centrarse en el derecho a la libertad religiosa como manifestación de un más amplio derecho de pensamiento. Es sabido que en las relaciones entre empresa y trabajador, y entre trabajadores, en esta materia no sólo puede verse afectada la libertad religiosa, sino que entra directamente en juego la libertad ideológica y el principio de no discriminación, que a su vez afecta a la dignidad del trabajador. Tal relación obviamente no sólo concurre en un centro de trabajo, pues es habitual en las otras esferas de la vida en sociedad. Cuando se otorga un trato diferenciador a una persona por motivos espurios en atención a sus creencias religiosas se vulnera su derecho a la libertad religiosa, pero al mismo tiempo se viola la prohibición a no ser discriminado y se afecta de forma negativa a su dignidad. Este último principio abarca supuestos de hecho que van más allá de las creencias religiosas. Y, como se verá, a diferencia de lo que ocurre con frecuencia en los ordenamientos internacionales, en el ordenamiento jurídico español se diferencia entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la libertad ideológica, diferenciación que podría tener su relevancia a los efectos, por ejemplo, en el supuesto de los trabajadores agnósticos o ateos.

Además, las creencias religiosas en un buen número de ocasiones van inescrutablemente ligadas a otras características, como pueden ser la etnia, el origen nacional, la raza o la lengua⁷¹⁴. Como es sabido, muchas creencias religiosas van unidas a ciertos orígenes nacionales. Cuando en España se trata de forma discriminatoria a un marroquí, es difícil determinar si tal conducta viene motivada por el origen nacional de la persona o por sus creencias religiosas, que normalmente serán musulmanas (aunque no necesariamente, piénsese en el pueblo berebere o amazigh). En España, en la casi totalidad de las ocasiones en que se sostengan creencias religiosas diferentes a la católica, también existirá una etnia diferente a la mayoritaria, especialmente en el caso de los musulmanes. Al respecto, es paradigmático el caso de los judíos. Un judío no sólo puede ser identificado por su religión y prácticas religiosas, sino que también tal condición va ligada en muchas ocasiones, aunque no siempre, con su etnia, lengua o nacionalidad. No todos los judíos son de nacionalidad israelí, pero sí casi todos los israelíes son judíos, y un gran número de ellos son creyentes en relación a las leyes mosaicas⁷¹⁵. De este

⁷¹⁴ "Religious affiliation, however, is rarely the only force at work in a given social conflict. Typically, as can be seen in situations as diverse as the Chinese in Indonesia, the Muslims in Serbia and Catholics in N. Ireland, religious affiliation is often intermingled with economic and ethnic factors". MARTIN, J. Paul: "Inter-faith dialogue and the modern state: international perspectives", en AAVV: *Encuentro de las tres confesiones religiosas. Cristianismo, judaísmo, Islam*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 1999, pp. 42-43.

⁷¹⁵ Lo cierto es que según el Derecho judío es ciertamente judío quien ha nacido de padres judíos o se ha convertido al judaísmo. En caso de padres de distinta religión es judío el nacido de madre judía, ya que la religión se hereda sólo por línea materna, según la postura ortodoxa. La conversión implica una adhesión sincera a los principios del judaísmo y la intención de practicar sus mandamientos. Dicha conversión debe realizarse ante un tribunal (*Beth Din*) de tres miembros, encargado de valorar los motivos de la misma y de aceptarla; el proceso de conversión termina con la circuncisión de los hombres y la inmersión ritual. FERRARI: *El espíritu...*, op. cit., pp. 237-238. En pocas palabras, a menos que el empresario o trabajador que pretenda discriminar a un trabajador por ser judío tenga conocimientos del Derecho religioso judío y esté en posesión de datos personales de dicho trabajador (por ejemplo, confesión religiosa de la madre), o la condición de judío haya sido exteriorizada por el mismo trabajador afectado, difícilmente será capaz de basar su eventual conducta discriminatoria en datos correctos más allá de las meras apariencias. Al respecto se ha afirmado lo siguiente: "El judaísmo es la religión de los judíos. Pero se puede

modo, en la relación laboral muchas veces se pueden observar conductas y actitudes entrelazadas que pueden atentar contra el derecho a la libertad religiosa, pero también de la misma forma pueden constituir fácilmente supuestos prohibidos por el principio de no discriminación.

Es necesario pues examinar la composición plural de la sociedad española en la contemporaneidad. Se ha constatado en apartados anteriores que el Estado español se construyó en un territorio en el que cohabitaban una pluralidad de pueblos, culturas, lenguas, etc., característica común a la de otros Estados de la Unión Europea⁷¹⁶. Por lo tanto, desde un origen existía pluralidad cultural. La religión católica siempre fue mayoritaria y hegemónica, y tendió a erradicar las otras creencias religiosas minoritarias. Desde la creación del Estado ser español era sinónimo de ser católico, por lo que desde la Edad Media la Península Ibérica tendió a su homogeneización religiosa, especialmente desde el reinado de los Reyes católicos, para fortalecer una identidad que pasó a ser la del Estado-nación⁷¹⁷. La creación de la Inquisición y la expulsión de los judíos y los

hablar también del judaísmo catalán o del judaísmo mundial para referirse a la pertenencia a una comunidad cultural o de origen, sin que esto implique necesariamente la presencia de una dimensión religiosa. En este sentido, el judaísmo es una forma de vida a la que no se puede aplicar arbitrariamente la clásica división cristiana entre la esfera de la religión y los demás ámbitos de la existencia. Al mismo tiempo, la constitución del pueblo judío, su conciencia de pueblo y su perdurabilidad a lo largo de la historia, difícilmente se podrían explicar si no es a partir del factor religioso". AAVV: Las otras religiones..., op. cit., p. 27. Además, si la realidad no fuera suficientemente compleja, es conocido que en Israel existe discriminación entre israelíes judíos en relación a los israelíes judíos de raza negra, la mayoría de ellos originarios de Etiopía. Como es sabido, en 1991 y en plena hambruna unos 15.000 judíos etíopes (comunidad considerada descendiente directa de la tribu de Dan) fueron extraídos por aire de su país y trasladados a Israel. Desde entonces el número de judíos de origen etíope y de raza negra ha aumentado en Israel y se han ido produciendo actos de discriminación contra ellos, lo que ha provocado, por ejemplo, violentas manifestaciones como la de mayo de 2015. También existe discriminación en cuanto que se otorga preferencia a los orígenes y a la versión de la historia nacional de los askenazíes, frente a los orígenes culturales sefardíes o mizrajíes. BUTLER, Judith: "¿El judaísmo es sionismo?", en AAVV: El poder de la religión en la esfera pública. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2011, p. 73.

⁷¹⁶ *"Yet migration is not the only source of cultural and ethnic diversity in the European Union. Autochthonous ethnic and linguistic minorities or 'historic minorities' are an equally important source of ethnic and cultural diversity. Virtually all European countries have autochthonous ethnic and/or linguistic minorities of some sort. Some, like the Basques and Catalans in Spain or German-speaking minorities in northern Italy, and Hungarian minorities in Slovakia and Romania, constitute large regionally concentrated minorities which frequently are majority groups in specific regions". AAVV: Migrants, minorities and employment. Exclusion and discrimination in the 27 member states of the European Union. Update 2003-2008. 1ª edición. Viena: European Agency for Fundamental Rights, 2010, p. 13.*

⁷¹⁷ *"En el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna, en el momento de conformación de los Estados Nacionales y las Monarquías Autoritarias, el poder político precisaba de elementos aglutinantes que coadyuvaran a la creación o reforzamiento de un sentimiento nacional, que lo diferenciara de otros pertenecientes a los restantes Estados. En el caso español, este elemento no podía ser la lengua, como fuera en el caso francés, como consecuencia de que a finales del siglo XV, la península ibérica no contaba con un idioma único que pudiera aglutinar a la mayor parte de la población, ya que existían varios idiomas claramente extendidos y más de treinta dialectos de amplia difusión, tampoco podía ser la etnia, pues no podía hablarse de una raza española propiamente dicha, como consecuencia del amplio mestizaje habido en el territorio, aunque sí se había conformado un cierto mestizaje cultural; de esta forma, los Reyes incidirían en el aglutinante de la mayor parte de la población, que era la religión católica, que aunque no era la única, sí era la mayoritaria y las otras existentes, como la hebraica, sólo era profesada por un sector de población, con connotaciones marginales y la otra la musulmana, perteneciente a un sector de la población cuyo reino había sido vencido por las tropas cristianas". NÚÑEZ RIVERO: "Confesionalismo excluyente...", en AAVV: Gestión..., op. cit., p. 35. La cita es muy gráfica de la función de la religión*

moriscos fueron los hechos más singulares de tal postura⁷¹⁸. Iglesia Católica y Estado estuvieron siempre entrelazados y la cuestión religiosa afectó al normal desarrollo del constitucionalismo español, en el que las ideas liberales e ilustradas vigentes en otros países nunca acabaron de asentarse. El rechazo a una Modernidad que en otros países fue sinónimo de prosperidad, en el caso español condujo a que un Imperio que abarcaba buena parte del mundo conocido acabara en una situación de total decadencia que duró siglos en los ámbitos más diversos: economía, cultura, ciencia, etc.

Por las citadas razones, y antes de examinar la normativa internacional, comunitaria y española en materia de libertad religiosa, libertad ideológica y, finalmente, en relación a la prohibición de la discriminación, es menester analizar hasta qué punto está presente el hecho religioso en la sociedad española actual y cómo ha sido afectada por el proceso de secularización. Se puede avanzar que el proceso de secularización aún no ha terminado, pero parece haberse visto afectado de forma relevante por la llegada paulatina de inmigrantes con actitudes religiosas mucho más robustas que la de los españoles en relación al catolicismo.

En todo caso, y cuando se entre a analizar el ordenamiento jurídico internacional y posteriormente el estatal, se pone de manifiesto que aquí sólo se citarán aquellas normas que pudieran tener alguna incidencia en la relación laboral, no todo el conjunto de normas que regulan de un modo u otro la libertad religiosa. Como se podrá fácilmente comprobar, la regulación de la libertad de pensamiento, dentro de la cual se podría encuadrar las libertades de conciencia, ideológica y religiosa es asistemática y sus normas se encuentran especialmente dispersas. La regulación realmente padece de una doble dispersión: las citadas libertades no sólo se nutren de diferentes fuentes de muy distinta naturaleza (por ejemplo, normativa autonómica), sino que en un mismo ordenamiento jurídico tampoco están codificadas. Un ejemplo de ello es la legislación española, donde se pueden encontrar leyes en materia de libertad religiosa en normas sectoriales como, por ejemplo, la legislación penitenciaria.

mayoritaria como aglutinadora en el génesis y mantenimiento del Estado - nación. Ahora bien, no parece muy acertado identificar la religión judía con unas supuestas "connotaciones marginales" o que los pobladores musulmanes pertenecieran a un reino vencido por las tropas cristianas. Ni los judíos que poblaban la península profesaban su religión de forma que llevara anudada unas "connotaciones marginales", sino que simplemente formaban parte de una minoría, pero ello no significa que estuvieran abocados a ningún tipo de marginalidad; y en el caso de los pobladores musulmanes ni mucho menos todos ellos guardaban relación alguna con el "reino conquistado" al que se refiere el autor, y que más que probablemente se trata del Reino de Granada. Como es sabido, la longeva presencia musulmana en la península no se limitó ni mucho menos a un sólo Reino, sino que los pobladores musulmanes vivieron de forma ininterrumpida durante siglos en muchos lugares de la península, de forma totalmente repartida por toda la geografía. De ahí el mestizaje cultural, religioso, de lenguas, comercial, etc.

⁷¹⁸ El trato desigual de los judíos en la Península Ibérica de hecho se retrotrae en el tiempo incluso a los siglos anteriores a la creación de lo que se entiende hoy por España, incluida la etapa de los visigodos: "*Su situación social empeoró considerablemente a partir de la conversión de Recaredo y de la celebración del III Concilio Toledano, en el año 589. Con Egica se decretó su esclavitud, lo que probablemente hubiera introducido hondas diferencias en la historia de España de no haber quedado la medida sin aplicación al extinguirse la monarquía visigoda. Los judíos trabajaban mas en el medio urbano que en el rural y, sobre todo, en la artesanía y comercio. Las limitaciones legales no iban dirigidas tanto a su actividad profesional como a la posibilidad de actuar, en terminología moderna, en concepto de empleadores*". DE LA VILLA GIL: *La formación histórica...*, op. cit., p. 19.

A ello cabe añadir un fenómeno jurídico preocupante. Como se podrá observar, los órganos jurisdiccionales tienden frecuentemente a solucionar las controversias en materia de libertad religiosa, y la aplicación de dicha libertad en el puesto de trabajo no es precisamente una excepción, en aplicación directa de las leyes; sin tener en cuenta en muchas ocasiones no sólo el espíritu de la Constitución, sino obviando el extenso *corpus* jurídico supraestatal existente en la materia y que se estudiará a continuación. Por dicha razón, parte de la doctrina es partidaria de reformar la Ley Orgánica de Libertad Religiosa: ante la siempre problemática aplicación de normas internacionales en el día a día quizás es mejor adaptar la Ley Orgánica de Libertad Religiosa al devenir jurídico en el ámbito internacional de los últimos lustros en la materia (jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, documentos del Consejo de Europa...)⁷¹⁹.

Así pues, una vez radiografiada la situación respecto a la riqueza cultural y religiosa existente en España a inicios del siglo XXI se podrá analizar el ordenamiento jurídico destinado a regular dicha realidad, básicamente el laboral; al mismo tiempo que se podrá ir comprobando si el citado ordenamiento está ofreciendo respuestas adecuadas a los conflictos que se han generado, y si está preparado a hacer frente a la diversidad de conflictos que seguro se generarán.

El territorio que conforma actualmente el Estado español ha sido poblado desde tiempos inmemoriales por pueblos de muy diferente naturaleza. España se ha configurado históricamente como un territorio que ha llevado a cabo una función de frontera entre África y Europa; pero también entre América y Europa. Es conocido que durante la Edad Media los Reinos y territorios que más tarde conformarían España estaban poblados por cristianos, por árabes y por judíos. Estos dos últimos pueblos permanecieron de manera ininterrumpida en la península durante un largo período de tiempo, hasta que fueron convertidos o expulsados. En ningún caso es admisible, sin faltar a la realidad histórica, diferenciar en pleno siglo XXI entre español-cristiano y extranjero-musulmán o extranjero-judío. Igual de españoles eran los judíos y moriscos expulsados o forzados a convertirse en el cristianismo. Cuestión diferente es que tal haya sido la identidad sustentada y promovida por el poder y desde la Iglesia católica, y por tales razones haya sido la idea que haya prevalecido en el imaginario colectivo. Precisamente, tal identidad colectiva, como se verá, se erige en la actualidad en un obstáculo para la inclusión de las personas que forman el mosaico en que se ha convertido la sociedad española.

Todos esos factores poblacionales y los correspondientes fenómenos migratorios han provocado que la población española nunca haya sido realmente una población cultural y étnicamente homogénea. Como se ha explicado, y a pesar de haber conservado la Iglesia Católica una hegemonía indiscutible a todos los niveles; en España, y aunque de forma muy discreta, ha habido de forma ininterrumpida ciudadanos de confesión evangélica, judía y musulmana. Ello sin desdeñar la presencia en la península de trabajadores (ingenieros, temporeros...) o miembros del cuerpo diplomático de países con confesiones religiosas distintas a la católica. Asimismo, es muy gráfico que en el

⁷¹⁹ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: "La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, veintiocho años después", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: lustel, 2009, pp. 60-61. Dicho autor entiende que la citada reforma contribuiría "a minimizar las consecuencias de la mentalidad legalista detectable en algunos jueces, según la cual el derecho a comportarse en conciencia sólo es tutelable cuando una norma legislativa así lo dispone específicamente", es decir, en aplicación de la doctrina de la *interpositio legislatoris* y sin tener en cuenta la aplicación directa de la Constitución y el resto del Derecho internacional.

actual Estado español existan estructuralmente varias culturas y lenguas cooficiales junto con el castellano, lo que indica obviamente que los ciudadanos españoles distan de la uniformidad cultural pretendida tradicionalmente, y más teniendo en cuenta las oleadas migratorias de las últimas décadas. A todo ello cabe añadir el aumento progresivo de personas que se definen como no creyentes o indiferentes frente al hecho religioso, y también ateas o agnósticas. O incluso se podría decir que dentro del catolicismo no todos los creyentes "viven" la religión del mismo modo después de las diversas oleadas secularizadoras que se han producido en España, no sólo en Europa, y que han debilitado la conciencia de pertenencia a una confesión y han privatizado la religión⁷²⁰. No se trata de una referencia a la falta total de ortodoxia en el mismo seno del catolicismo, extremo evidente por poco que se analice la historia eclesiástica de los últimos siglos; sino al fenómeno detectado por la sociología que indica que España ha pasado a ser un país de cultura católica, en los términos que se dirán.

Así pues, es menester examinar la pluralidad religiosa existente actualmente en España y cómo tal pluralidad define las actitudes y conductas religiosas de la población, ya que el fin de toda legislación laboral debería ir encaminada a garantizar el respeto del derecho a la libertad de pensamiento, tanto religiosa como de conciencia, de todos los trabajadores (ciudadanos españoles o no) que presten servicios en centros de trabajo radicados en el país; así el Derecho del Trabajo se configuraría como un instrumento más, ciertamente muy relevante y potente, para gestionar de forma óptima la diversidad cultural existente en España. Una vez constatada la estructura sociológica española en relación a las creencias religiosas, se podrá afrontar con mayores garantías el reto de examinar si la legislación existente, o la falta de dicha legislación, y su aplicación al día a día, permite el ejercicio del derecho a la libertad religiosa a todos los trabajadores, sean de la confesión religiosa, que sean sin que exista discriminación alguna por dichas convicciones⁷²¹. También se podrá comprobar si el Derecho del Trabajo puede contribuir a configurar una identidad de los trabajadores que vaya más allá de su nacionalidad y facilitar así su inclusión en la sociedad sin necesidad o con la pretensión de ser asimilados, al mismo tiempo que evitaría los conflictos⁷²² al erigirse en un instrumento de gestión de la diversidad. De este modo, se partirá de tres paradojas:

⁷²⁰ "La actitud abierta y tolerante de las sociedades occidentales favoreció paradójicamente la fragmentación interna del cristianismo. En el nuevo contexto, no era necesaria la cohesión social y defensiva contra el Estado autoritario, fascista o comunista, ni tampoco la lucha cultural respecto de la iglesia estatal. La confesionalidad perdió relevancia política y social, y se diluyó la conciencia de pertenencia, facilitando la privatización de la religión y la mezcla de cristianos de distintas confesiones. Acabó la época de la Contrarreforma y con ella la del bloque católico, claramente diferenciado del protestante. Se relegaban a un segundo plano las diferencias confesionales y la teología comenzaba a ser «trans-confesional», sin que la pertenencia a una iglesia u otra fuera tan determinante". ESTRADA DÍAZ: "Globalización, postmodernidad...", en AAVV: *Historia...*, op. cit., p. 433.

⁷²¹ "Laws and practices must be scrutinized to ensure that they do not favor a single religion, ethnicity or culture, thus making others feel that, as in Romania, national identity is closely tied to a single, namely Christian orthodox, religious tradition and its related culture, and that therefore, those from other religions are essentially second class citizens". MARTIN: "Inter-faith dialogue...", en AAVV: *Encuentro...*, op. cit., p. 51.

⁷²² Tradicionalmente, la empresa es un lugar idóneo y habitual para que se produzcan conflictos entre empleador y los trabajadores por cuenta ajena que guardan una posición de subordinación a aquél: "La empresa, entendida como lugar de producción e intercambio entre trabajo subordinado y retribución, es el escenario donde, a raíz de la constitución de una estructura de gobierno, adquiere una singular virtualidad el conflicto capital-trabajo asalariado (distinto de aquel que pudiera desenvolverse en el plano económico general) puesto que postula la presencia de

- 1) A pesar de que tradicionalmente España ha sido un país de emigrantes, desde hace un tiempo es un país de inmigrantes.
- 2) A pesar de la acelerada secularización, existe cierto resurgir del hecho religioso y la religión dista de ser una fenómeno social en vías de desaparición.
- 3) A pesar de los intentos de homogeneidad cultural y religiosa, el país goza en la actualidad de una gran riqueza cultural y religiosa.

1.2. España: de un país de emigrantes a un país de inmigrantes

Que España no es en la actualidad un país, si es que lo fue en algún momento, étnica, cultural y religiosamente homogéneo es evidente. Sólo es necesario pasear por las plazas de las grandes urbes cosmopolitas españolas, como Madrid, Barcelona o Bilbao, para aprehender la realidad social. Pero a diferencia de lo que pueda ocurrir en otros países, tal diversidad es también observable en pequeñas poblaciones dedicadas al sector primario. Ya sea en los invernaderos de la fresa de Huelva, ya sea en el pueblecito catalán de Guissona que, a pesar de sus 6.803 habitantes (marzo de 2012), por razones económicas tiene unas de las mayores densidades de población inmigrante del país. Tampoco las poblaciones de tamaño medio están exentas de una de las consecuencias más evidentes del estado actual de la globalización económica; también allí pueden localizarse moradores de las más variopintas nacionalidades y religiones. Como se verá, de hecho los inmigrantes no se concentran por la tipología de la población, sino que al tratarse de una inmigración motivada por razones laborales, se asientan allá donde se concentran aquellas oportunidades de trabajo que pueden ser cubiertas por ellos. Así, resulta que hay comunidades autónomas con un gran número de inmigrantes y otras en las que su presencia es escasa.

Europa ha sido históricamente un continente del que han salido grandes contingentes de personas para colonizar, en un primer momento, otras tierras, como es el caso paradigmático de América, pero también Asia, Oceanía y África. No obstante, para esta

*poderes unilaterales en el terreno del contrato de trabajo". MORATO GARCÍA, Rosa María: *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección*. 1ª edición. Granada: Comares, 2011, p. 1. Sin perjuicio de no entenderse muy bien la diferenciación realizada por la autora entre el conflicto capital-trabajo con sede en el centro de trabajo y aquél que se desarrollaría "en el plano económico general", pues si se constatará que existe (como así es realmente por la contraposición en buena parte de los intereses) tal conflicto sería único, y cosa distinta serían las consecuencias materiales de dicho conflicto, que podrían irradiarse en diferentes niveles; lo cierto es que tal contraposición conflictiva de intereses, brillantemente analizada por Karl Marx en el siglo XIX, en el centro de trabajo del siglo XXI podría verse actualizada cualitativamente del modo que a continuación se dirá. En la sociedad plural actual el conflicto puede verse provocado por el ánimo empresarial de optimizar los recursos (económicos y de otra índole) sin que se tengan en cuenta otros parámetros, como las necesidades e inquietudes inherentes a los trabajadores que prestan servicios, cuales son una gran diversidad de creencias religiosas. En otras palabras, para que surja el conflicto no es necesaria la existencia de un empleador que se posicione netamente contra ciertas convicciones religiosas o la de un trabajador de tendencias fundamentalistas; es suficiente que concurra un empresario que aspire al máximo beneficio económico (lo que hasta aquí no es ninguna novedad, pues tal ánimo es legítimo e inherente a la noción de sociedad mercantil y a la libertad de empresa) sin atenderse, sobrepasando o ignorando el marco constitucional en materia de libertad religiosa (lo que ya no sólo resulta ilegítimo, sino que es económicamente ineficiente), y un trabajador que desee ser consecuente con sus convicciones religiosas (fuera pero también dentro del puesto de trabajo). Tal escenario constituye hasta cierto punto una novedad en los conflictos laborales en España.*

investigación resulta suficiente con citar que a partir del siglo XIX los movimientos demográficos cambiaron, y Europa pasó a ser país de destino de personas de continentes y países muy distintos y alejados entre sí; unas personas que como ocurre en la actualidad, en su mayoría deciden abandonar sus lugares de nacimiento para poder trabajar y mejorar su situación familiar y la de su familia.

Francia es uno de los países europeos que empezó a acoger más tempranamente a trabajadores inmigrantes. En el siglo XIX empezó a reclutar trabajadores de los países limítrofes, como Bélgica, Italia o España, pero también polacos. En el Reino Unido empieza a aumentar la inmigración una vez terminada la Segunda Guerra Mundial. A partir sobre todo de 1948, dicho país empieza a recibir población con motivo de los procesos de descolonización y como consecuencia de sus necesidades económicas, por lo que llegan trabajadores antillanos, indios, paquistaníes y bangladeshíes⁷²³. En los Países Bajos empezaron a llegar repatriados de sus antiguas colonias: Indonesia y Nueva Guinea (antiguas Indias Orientales Holandesas). Asimismo, también empezaron a llegar personas de las Molucas, Surinam y las Antillas Holandesas. A partir de 1950 empieza la inmigración masiva en países como Alemania, Holanda, Bélgica y Suiza. Se trata de una inmigración teóricamente temporal, por razones económicas y fundamentalmente masiva; una inmigración con el origen en el sur de Europa y destino en el centro y norte de Europa. Entre 1955 y 1974 aproximadamente 3,8 millones de italianos, dos millones de españoles, un millón de portugueses, un millón de yugoslavos y 780.000 griegos. Al mismo tiempo, los países del Magreb (hacia Francia, Bélgica y Holanda) y Turquía (hacia Alemania), se convierten en países emisores de trabajadores inmigrantes como consecuencia de la demanda de mano de obra poco cualificada de los países receptores. Hay que señalar que la República Federal Alemana firmó un acuerdo en materia migratoria con España en 1960⁷²⁴. Sólo durante el siglo XX unos seis millones de españoles emigraron del país⁷²⁵.

En los años ochenta del siglo XX, los países del sur, entre ellos España, empiezan a convertirse en países receptores de inmigrantes y, por lo tanto, a tener saldos migratorios positivos. Como consecuencia de su desarrollo económico y social, pero también por motivo de la existencia de una relevante economía "sumergida" o informal, los países del sur empiezan a recibir inmigrantes de los países del norte de África, pero también de países lejanos con los que tienen alguna afinidad cultural, como es el caso de Ecuador en relación a España. En el caso de Italia y España se produce un efecto "llamada" por razón de una demanda existente de trabajadores producto de un desajuste del mercado de trabajo, en el que los trabajadores nativos no desean realizar según qué tipos de trabajos. La mutación en la aceptabilidad de ciertos empleos guarda una relación directa con el desarrollo económico y del Estado del bienestar de dichos países. En el caso de

⁷²³ A diferencia de España, en materia migratoria en el Reino Unido ha pesado mucho el pasado colonial: "*In Britain, as in other Western countries, Muslims, Hindus, and Sikhs have only established themselves in sizeable numbers over the past forty years. Just about half of them were born in the colonized world, and although the other half are younger people born in the West, they still face considerable problems of racism and discrimination*". BAUMANN: *The multicultural...*, op. cit., p. 76.

⁷²⁴ CHACÓN RODRÍGUEZ, Lorenzo: *La «España inmigrante»: marco discriminatorio, mercado de trabajo y políticas de integración*. 1ª edición. Barcelona: Anthropos, 2009, pp. 70-73.

⁷²⁵ Entre 1945 y 1980 unos seis millones de españoles emigraron. LACOMBA, Josep: *Historia de las migraciones internacionales*. 1ª edición. Madrid: Los libros de la catarata, 2008, p. 126.

España fue decisivo el progreso económico acaecido como consecuencia de su entrada el 1 de enero de 1986 en la Comunidad Económica Europea (CEE)⁷²⁶.

Así pues, los países mediterráneos tradicionalmente de perfil emigrante, como Italia, Grecia, Malta y España, y Portugal (aunque no sea un país mediterráneo), se convierten paulatinamente, pero de forma bastante rápida desde un punto de vista histórico, en destino de los migrantes. Ello provocó que sus legislaciones, empezando por las de extranjería, distaran de estar preparadas para asumir tales cambios en tan poco tiempo y de forma sostenible⁷²⁷. Menos aún la legislación laboral estaba preparada (y sería legítimo preguntarse si ya lo está), para regular satisfactoriamente la coexistencia de trabajadores de orígenes muy distintos en el centro de trabajo desde el punto de vista del respeto del derecho a la libertad religiosa. Téngase en cuenta que dichos países, entre ellos España, sufrió un inesperado cambio de paradigma migratorio, de sociedades de emigrantes pasaron a ser sociedades de acogida, con el consecuente aumento de la mayor diversidad cultural que el cambio de paradigma migratorio representa, cuando además dicho fenómeno migratorio estaba y está íntimamente relacionado con el mercado de trabajo. Ya ahora se puede constatar que si bien desde 1985 se ha ido reformando la legislación de extranjería, lo cierto es que poco ha cambiado la legislación laboral en relación a la mayor diversidad cultural de los trabajadores. El homogéneo centro de trabajo en el momento en que se llevó a cabo la Transición política o entró en vigor la Constitución y posteriormente el Estatuto de los Trabajadores, es bastante diferente del heterogéneo, en muchos sentidos no sólo el religioso, centro de trabajo español del siglo XXI.

A continuación se puede apreciar el cambio de paradigma migratorio de España a través de la evolución de la tasa de inmigración neta en promedio anual por mil habitantes desde 1960 en adelante⁷²⁸:

- 1960-1964: -3,5.
- 1970-1974: -0,9.
- 1980-1984: 0,0.
- 1990-1994: 0,5.
- 2003: 17,6.

Una vez constatado que España ha dejado de ser un paradigma de país de emigrantes (aunque tal emigración nunca ha desaparecido, pues por ejemplo la crisis económica ha obligado a muchos ciudadanos, especialmente jóvenes con formación, a abandonar el país para buscar puestos de trabajo en países como Alemania o la Gran Bretaña); es necesario constatar cuál ha sido la evolución de la inmigración de los últimos años. Así, los extranjeros en situación legal en España 1 de enero eran los siguientes⁷²⁹:

- 1995: 461.364.

⁷²⁶ CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., pp. 75 y siguientes.

⁷²⁷ “Los países del sur de Europa, encaminados todavía – incluso legislativamente – hacia la emigración, tuvieron que adaptar (de forma precipitada en algunos casos, como ocurrió en el caso español) su legislación hacia una realidad nueva y emergente”. JABARDO VELASCO, Mercedes: “La lógica de la inmigración senegalesa en España”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2011, núm. 28, p. 88.

⁷²⁸ CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., p. 72.

⁷²⁹ CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., p. 78.

- 2000: 801.329.

- 2006: 2.738.932 (6,1% del total de la población).

En el año 2005 el 13,8% de la población activa en España era extranjera (comunitarios o extracomunitarios), lo que equivale a unos tres millones de personas⁷³⁰.

¿Cuál ha sido el resultado de dicha evolución migratoria? El 30 de junio de 2008 había en España 4.169.086 extranjeros en situación legal en España según la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. El 1 de enero de 2008 había 5.268.7762 extranjeros empadronados, es decir, en situación regular e irregular, según el Instituto Nacional de Estadística. O lo que es lo mismo, según estas últimas cifras, los extranjeros ascenderían al 11,3% de la población⁷³¹.

Según datos más actuales⁷³²:

- 1999:

- Población total (españoles + extranjeros): 40.202.158.

- Población extranjera: 748.953.

- Porcentaje de población sobre el total: 1,86%.

- 2011:

- Población total (españoles + extranjeros): 47.190.493.

- Población extranjera: 5.751.487.

- Porcentaje de población sobre el total: 12,19%.

Téngase en cuenta que no sólo son importantes a los presentes efectos los casi seis millones de extranjeros que residen en España y que habrán traído junto con su equipaje sus creencias religiosas; y que a su vez traerán quizás a otro familiares a través de la reagrupación familiar, también con sus creencias religiosas como equipaje⁷³³. Es asimismo importante la figura de la nacionalización. Obviando otras vías de adquisición de la nacionalidad, los extranjeros pueden adquirir la nacionalidad española por residencia en España según diferentes supuestos regulados en los arts. 21 y 22 CC. Resáltese que, por ejemplo, bastará una residencia en España de sólo dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Filipinas, Guinea Ecuatorial o de sefardíes⁷³⁴, por citar algunas de las posibilidades. Y sólo se precisaría un año de

⁷³⁰ AAVV: *Migrants, minorities...*, op. cit., p. 27.

⁷³¹ CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., p. 104.

⁷³² PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., p. 38.

⁷³³ Dadas las características de los movimientos migratorios actuales que afectan España, laboralización de la inmigración y de su política jurídica reguladora, se ha manifestado que *“la inmigración en pleno siglo XXI se ha convertido y transformado en la nueva cuestión social”*. MONEREO PÉREZ, José Luis y TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel: “El modelo de política jurídica de inmigración y mercado de trabajo en España”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2012, núm. 29, p. 17. Como apuntan los autores, aunque existen evidentes diferencias con la cuestión social obrera de antaño, lo cierto es que concurren elementos comunes: dificultades materiales de inclusión en el mercado de trabajo, exclusión social y explotación laboral.

⁷³⁴ Respecto a los sefardíes téngase en cuenta la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España.

residencia, por ejemplo, el que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho. Es decir, en períodos de tiempo muy cortos, los extranjeros que acceden a la nacionalidad española lógicamente dejan de figurar en las estadísticas como extranjeros, pero se trata de personas que al adquirir la nacionalidad española conservan sus creencias religiosas de origen.

Se pueden destacar las siguientes características de los inmigrantes en España en relación al mercado de trabajo⁷³⁵:

- 1) Los orígenes nacionales de los inmigrantes han ido cambiando a lo largo del tiempo.
- 2) Se distribuyen de modo desigual, también por orígenes nacionales, en las diferentes comunidades autónomas.
- 3) Son una población joven y con un peso muy importante de mujeres, aunque de modo desigual según el origen nacional.
- 4) Es una población que se estabiliza en España de modo progresivo.
- 5) Tiene un buen nivel de estudios, aunque hay notables desigualdades según la zona de origen.
- 6) Los hijos e hijas de los inmigrantes se incorporan decididamente al sistema educativo.

Determinadas las características de los trabajadores de origen inmigrante resulta de interés conocer el origen en general de los inmigrantes residentes en España. Según el Padrón a 1 de enero de 2008 los extranjeros que estaban en España tenían el siguiente origen:

- Unión Europea: 2.304.485.
- Europa no Unión Europea: 208.533.
- África: 898.489.
- América Latina: 1.712.234.
- América del Norte: 49.038.
- Asia y Oceanía: 255.801.
- No consta o apátridas: 530.

Como se puede apreciar, el origen de los inmigrantes que residen en España es muy diverso. No obstante, el 70% de los extranjeros se concentran en diez nacionalidades, lo que no debe ocultar que en España residen extranjeros de muchísimas nacionalidades diferentes⁷³⁶. Dicha característica debe llevar a pensar de forma razonable que la

⁷³⁵ CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., p. 145.

⁷³⁶ "Esta concentración del 70% de los extranjeros que residen en España en 10 nacionalidades (que son las que tienen más de 100.000 residentes) no debe ocultar otro fenómeno de gran relevancia (y no contradictorio): la creciente diversidad de origen nacional de los inmigrantes que llegan a España. Detrás de esas corrientes principales que marcan las pautas generales del colorido migratorio se esconde el hecho de que cada vez son más numerosos los colectivos significativos de distintos países: baste decir que hay 28 nacionalidades con más de 25.000 residentes, 41 con más de 100.000, 56 con más de 5.000 y 89 con más de 1.000 residentes en España en junio de 2008". CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., p. 148.

tipología de las creencias religiosas de los inmigrantes que se incorporan al mercado de trabajo hayan de ser plurales en un grado extremo.

No menos interesante se muestra la distribución de extranjeros según el Padrón en el año 2008 por comunidades autónomas. Como se ha avanzado, dicha distribución está relacionada probablemente con el hecho de que en algunas comunidades existen puestos de trabajo que pueden ser cubiertos con mayor facilidad por trabajadores inmigrantes, por lo que dicho elemento constatará en mayor o menor grado en qué comunidades se encuentra asimismo la mayor pluralidad religiosa en el puesto de trabajo. Es conocido que los extranjeros suelen concentrarse por nacionalidades en las zonas donde disponen de mejores redes sociales de compatriotas y muy posiblemente en aquellas donde encuentren mayor libertad para vivir según su identidad. Por ejemplo, los musulmanes se concentrarán probablemente donde haya mejor acceso a mezquitas o donde existan asociaciones culturales de compatriotas, que juegan un rol muy relevante como podrá comprobarse más adelante. Los datos son los siguientes, teniendo en cuenta que se indica el % de extranjeros sobre población total⁷³⁷:

- Comunidades donde existen mayores % de extranjeros según su población total:
 - Baleares: 20,8%.
 - Canarias: 13,6%.
 - Cataluña: 14,9%.
 - Comunidad Valenciana: 16,7%.
 - Madrid: 15,9%.
 - Murcia: 15,7%.

- Por el contrario hay comunidades donde el % de extranjeros sobre su población total es muy bajos:
 - Andalucía: 7,5%.
 - Extremadura: 3,2%.
 - Galicia: 3,4%.
 - País Vasco: 5,4%.

Ha de situarse el aumento de población inmigrante en España dentro del contexto de la Unión Europea, donde la población inmigrante no ha parado de aumentar. Si bien, como se ha indicado anteriormente, hay países en la Unión Europea que tradicionalmente han sido países de acogida de inmigrantes, como Alemania o el Reino Unido, a dichos países se han unido otros que tradicionalmente eran países de emigración, como España o Italia⁷³⁸. Se estima que en 2005 había en la Unión Europea unos 40 millones de habitantes extranjeros; o lo que es lo mismo, un 8,8% de la población de 495 millones

⁷³⁷ CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., p. 149.

⁷³⁸ "Northern and Western European States such as Austria, Belgium, France, Germany, the Netherlands, Sweden and the UK are long-standing countries of immigration with sizable minorities of immigrant origin. Countries such as Finland, Ireland and the four Southern European countries of Greece, Italy, Portugal and Spain have turned from countries of emigration to countries of immigration in the 1980s and 1990s, respectively". AAVV: *Migrants, minorities...*, op. cit., p. 11.

eran extranjeros. De estos, dos tercios habían nacido fuera de la Unión Europea⁷³⁹. A continuación se puede observar cómo se distribuían los extranjeros en algunos de los países Europeos, incluido España, a 1 de enero de 2007⁷⁴⁰:

- Alemania: 82.314.906 habitantes. 7.289.149 extranjeros (8,9% de la población).
- España: 44.474.631 habitantes. 4.002.509 extranjeros (9% de la población).
- Francia: 63.392.140 habitantes. 3.510.000 extranjeros (5,5% de la población).
- Italia: 59.131.287 habitantes. 2.670.514 extranjeros (4,5% de la población).
- Reino Unido: 60.852.828 habitantes. 3.425.000 extranjeros (5,6% de la población).

Nótese cómo España tiene un porcentaje de población extranjera muy similar a la de Alemania y superior a la Francia, Reino Unido e Italia. Mientras Italia es un país de "frontera" y ha sido tradicionalmente un país de emigrantes, dos características que la asemejan a España; Alemania y Francia han sido países con una larga tradición de inmigración. En concreto Francia ha sufrido en los últimos años brotes de violencia importantes en los que han tomado parte inmigrantes desarraigados o se ha tenido que legislar porque grandes masas de extranjeros o hijos de extranjeros nacionalizados franceses han silbado el himno nacional cuando ha jugado la selección francesa de fútbol en estadios franceses contra selecciones nacionales de otros Estagdo, como la de Argelia. Dichas circunstancias constituyen síntomas del profundo desarraigo de grandes masas de población, de problemas causados por la identidad de lo que se considera ser francés⁷⁴¹, una identidad que se considera inamovible y que no puede ser objeto de evolución⁷⁴², y cuando probablemente la integración laboral de dichos trabajadores extranjeros ha fracasado, siendo el desempleo una característica estructural de muchos barrios de la periferia. La identidad es necesaria, pues a partir de dicha identidad, o de las identidades, se construyen las relaciones sociales; se conforma asimismo la inclusión, la exclusión, o la marginación. Según la manera en que sea reconocida una persona, sus interlocutores ajustarán sus conductas y condicionarán a la vez las conductas propias⁷⁴³.

⁷³⁹ AAVV: *Migrants, minorities...*, op. cit., pp. 7 y 10.

⁷⁴⁰ CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., p. 82.

⁷⁴¹ "Hoy en día, la gran mayoría de los jóvenes franceses procedentes de la inmigración no habla la lengua de sus abuelos. Se establece una crisis de relación con el país de origen; éste ya no es un modelo, incluso cuando las relaciones familiares y de matrimonio se mantienen muy a menudo durante años, durante una o dos generaciones. Se habla mucho de esos jóvenes franceses musulmanes que en Francia se perciben como árabes y en Marruecos o Argelia como franceses, que son extranjeros en ambas culturas". ROY, Olivier: *El Islam en Europa: ¿una religión más o una cultura diferente?*. 1ª edición. Madrid: Editorial Complutense, 2006, p. 12.

⁷⁴² Dicha inmutabilidad asociada a las identidades (nacionales, religiosas, étnicas, etc.) no sólo es falsa e irreal, sino que se encuentra en la raíz de una buena parte de los conflictos: "We no longer see any identity as fixed beyond question and change. National identity is no longer as rationalist as it pretends to be, ethnic identity is no longer as natural as it appears to be, and religious identity is no longer as eternally unchanging as it is preached to be. All of them are identifications related to a reified understanding of culture. Multiculturalism is, therefore, a new understanding of culture". BAUMANN: *The multicultural...*, op. cit., p. 137.

⁷⁴³ "When I ask myself what I am, and answer: an Englishman, a Chinese, a merchant, a man of no importance, a millionaire, a convict - I find upon analysis that to possess these attributes entails being recognized as belonging to a particular group or class by other persons in my society, and that this recognition is part of the meaning of most of the terms that denote some of my most personal and permanent characteristics. I am not disembodied reason. Nor am I Robinson Crusoe, alone upon his island. It is not only that my material life depends upon interaction with other men, or that I am what I am a result of social forces, but that some, perhaps all, of my ideas about

La pregunta de si Europa y España seguirán recibiendo inmigrantes en los próximos años no posee una respuesta unívoca, puesto que el fenómeno migratorio depende de muchos factores, de los cuales un buen número son ajenos a las potestades de los Estados-nación e incluso son elementos que quedan fuera del ámbito de la Unión Europea. Lo que sí se puede afirmar es que si bien los ciclos de bonanza económica y crisis se turnan a lo largo de las décadas, creando diferentes coyunturas más o menos propensas a la atracción de trabajadores extranjeros⁷⁴⁴, la estructura de la pirámide demográfica de los países más avanzados de la Unión Europea, y en especial la de España, no invita al optimismo. La población es cada vez de mayor edad y tal evidencia ha conllevado que, por ejemplo, en muchos países, y entre ellos España, se haya tenido que reformar el sistema de pensiones.

En dicho sentido se pronuncia la Comunicación de la Comisión, de 12 de octubre de 2006, con el elocuente título "El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad" (COM (2006) 571). Tras constatar los retos demográficos y económicos de la Unión, invita a los países miembros a pensar sobre el fenómeno migratorio a largo plazo, no de forma coyuntural. Entre otras cuestiones se afirma lo siguiente: *"la UE, territorio atractivo, se ha comprometido con los Estados miembros a desarrollar una política común de inmigración legal. En efecto, en los veinte próximos años, Europa deberá atraer a una mano de obra exterior cualificada con el fin de colmar las necesidades del mercado laboral. Corresponde asimismo a la Unión promover la diversidad y luchar contra los prejuicios, en aras de una mejor integración económica y social de los emigrantes"*. En el documento de trabajo de la Comisión "Informe demográfico 2008: Satisfacción de las necesidades sociales en una sociedad en proceso de envejecimiento" (SEC(2008) 2911) de un dato que no deja de causar inquietud: *"En 2008, el desarrollo demográfico de la Unión Europea (UE) vive un momento crucial, si consideramos el rápido envejecimiento de la población europea. De hecho, a partir de esta fecha, y durante los próximos veinticinco años, la población con 60 o más años de edad debería empezar a aumentar a una media de 2 millones de personas al año. Mientras tanto, la población en edad de trabajar debería disminuir entre 1 y 1,5 millones de personas al año a partir de 2014"*. Por todo ello, mediante la Decisión 2007/397/CE de la Comisión de 8 de junio de 2007 se creó un grupo de expertos sobre cuestiones demográficas. Tal grupo de expertos, entre otros extremos, debía servir como plataforma entre los Estados miembros para que pudieran compartir sus experiencias e intercambiar buenas prácticas en torno a temas como el envejecimiento activo, la política familiar, los cuidados a las personas dependientes de edad avanzada o la inmigración.

La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y

myself, in particular my sense of my own moral and social identity, are intelligible only in terms of the social network in which I am (...) an element". BERLIN: *Four essays...*, op. cit., p. 155.

⁷⁴⁴ "No deja de ser significativa la posición crítica de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto a las políticas defensivas y de promoción del retorno, precisamente atendiendo a que no han venido acompañadas de un análisis y diagnóstico subsiguiente sobre las necesidades de trabajadores en una situación post-crisis. Entonces, cabría inquirir sobre si las políticas migratorias restrictivas (de inadmisión, expulsión y promoción del retorno de inmigrantes) actuales no constituirían al tiempo un impedimento para la recuperación y la fase expansiva". MONEREO PÉREZ, José Luis: "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2013, núm. 34, p. 16.

empleo (COM (2003) 336) parte de una constatación innegable: "Numerosos estudios realizados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o el Fondo Monetario Internacional (FMI), entre otros, han demostrado que la inmigración tiene un impacto positivo sobre el empleo y el crecimiento, que resulta innegable por dos razones: aumenta la oferta de mano de obra y tiende a ejercer un efecto positivo en la demanda de productos". Por otro lado, acallando muchos de los miedos habituales de los europeos, se afirma que "en términos de ofertas de trabajo, existen pocos indicios que demuestren que la inmigración haya incrementado el desempleo. Por otro lado, en general los inmigrantes no desplazan a los trabajadores nacionales"⁷⁴⁵.

Así pues, parece evidente que la Unión Europea y en especial España necesita de la llegada constante de inmigrantes como mínimo para cubrir sus necesidades demográficas y económicas, más allá de otros ámbitos para los cuales la movilidad de poblaciones es siempre beneficiosa, como en el ámbito científico, cultural, deportivo, etc., ámbitos que al fin y al cabo terminan revirtiendo en el desarrollo económico del país; incluido el sostenimiento del Estado del bienestar⁷⁴⁶. De este modo, si la Unión y España requieren de población inmigrante (a menos que se produzca una inesperada revolución de la natalidad) y sus economías sigan creciendo, a un ritmo u otro, y se mantiene de forma razonable los Estados del bienestar, hay que concluir que es muy probable que los inmigrantes se sigan asentando en Europa⁷⁴⁷. Y con la llegada de nuevos inmigrantes el

⁷⁴⁵ Cuestión diferente es hasta qué punto es aceptable afirmaciones tan poco concretas como la siguiente cuando se trata de materia tan candentes para el futuro de la Unión: "Tras considerar la carencia de mano de obra y la creciente inadaptación de la formación y, con el fin de evitar favorecer la inmigración ilegal, los gobiernos consideran necesario facilitar la entrada de los inmigrantes en el mercado laboral, en particular de aquellos que están cualificados y son capaces de adaptarse". ¿Qué significa que de permitirse la entrada de aquellos trabajadores - inmigrantes "capaces de adaptarse"? ¿Hay trabajadores - inmigrantes que de por sí y sin que hayan pisado aún Europa sean incapaces "por naturaleza" de adaptarse? ¿De qué tipo de adaptación se trataría? La citada comunicación, realizada en un momento temprano, enfoca también el fenómeno del envejecimiento de la población de una forma sorprendente y que lógicamente ha ido cambiando en el tiempo. Así, se afirma que los "flujos duraderos de inmigrantes en el transcurso de los próximos decenios pueden ayudar a cubrir las necesidades actuales y futuras de los mercados laborales europeos, pero recurrir a la inmigración para compensar totalmente los efectos del envejecimiento demográfico no es una solución realista. En efecto, la población inmigrante también envejece, lo que conducirá a una situación similar a la que existe hoy en día. Además, desde el punto de vista de la cohesión social, todo aumento masivo de inmigrantes amplificaría". Pues sí, la población inmigrante también envejece, a menos que se la trate como mera mano de obra en una concepción atemporal de la idea de "inmigración cíclica" o de los "Gastarbeiter". La población inmigrante envejece obviamente, pero cotiza, paga tributos, inicia y desarrolla negocios, tiene hijos, etc.

⁷⁴⁶ En dicho sentido, por ejemplo, vid. SIMÓN ALFONSO, Lola: "El desafío de la diversidad en Europa", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013, pp. 274 y siguientes. Existen muchos estudios sobre el impacto económico de la llegada de inmigrantes. En relación a dicha tipología de estudios se puede citar, por ejemplo, GONZÁLEZ RABANAL, Miryam de la Concepción: "El impacto económico de las migraciones", en AAVV: *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 239-265. Como señala dicha autora: "La población debe mentalizarse de que la migración es necesaria, tanto para los países de origen (alivia su prácticamente insostenible presión demográfica), como para los de destino (rejuvenece su envejecida población y - si es regular - contribuye al sostenimiento financiero de sus sistemas de protección social" (p. 262).

⁷⁴⁷ "Una prospectiva sobre el futuro de las migraciones hacia Europa ha de recordar que Europa seguirá necesitando más inmigrantes por razones demográficas y económicas que ya están en el presente: la mayor esperanza de vida, la menor fertilidad y la existencia de desajustes notables en los mercados de trabajo no son un futuro: ya están aquí". CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., p. 85.

grado de pluralidad cultural de los Estados de acogida seguirá aumentando conforme la globalización se acentúa. Asimismo, se prevé que la pluralidad religiosa en España no pare de acrecentarse, tal y como ha ocurrido en los últimos años, y como se verá a continuación, con lo que un Estado democrático no puede permanecer indiferente; pues precisamente es consubstancial a la democracia la acogida y persistencia de cosmovisiones de toda índole⁷⁴⁸.

1.3. Secularización y pluralismo religioso

Como se ha podido comprobar en apartados precedentes, para que pueda existir la libertad religiosa es requisito *sine qua non* que se esté ante una sociedad religiosamente plural⁷⁴⁹. Es decir, primero han de darse actitudes religiosas; y, en segundo lugar, que dichas actitudes y conductas tengan su origen en creencias de diferentes tipologías, no sólo en una religión exclusivamente. Serían supuestos minoritarios, aunque no imposibles, casos en que la sociedad fuera totalmente homogénea y los centros de trabajo en los que se insertan fueran religiosamente heterogéneos. Un supuesto así sería, por ejemplo, la creación de presas hidráulicas a principios del siglo XX: se trataba de pequeñas poblaciones de alta homogeneidad católica, pero en cambio en los centros de trabajo prestaban servicios ingenieros y otros trabajadores especialistas extranjeros cuyas creencias mayoritariamente protestantes. Tal elemento característico otorgaba a dicho centros y obras públicas cierta heterogeneidad, en todo caso muy por encima del grado de heterogeneidad de la zona donde se ubicaban.

Para poderse hacer una idea del estado de la cuestión en España será necesario tener en cuenta el fenómeno de la secularización. Desde el ámbito de la sociología de la religión se ha definido la secularización como *"un proceso propio de algunas sociedades modernas a través del cual las ideas y las organizaciones religiosas pierden influencia social; la ciencia social ha diagnosticado que esta pérdida es debida al desarrollo de la racionalidad, la ciencia y la tecnología que acompaña al proceso de industrialización y urbanización de esas sociedades. El de secularización es un proceso complejo que se refiere a una pluralidad de dimensiones individuales, sociales y políticas de la religión"*⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ "The diversity of reasonable comprehensive religious, philosophical, and moral doctrines found in modern democratic societies is not a mere historical condition that may soon pass away; it is a permanent feature of the public culture of democracy. Under the political and social conditions secured by the basic rights and liberties of free institutions, a diversity of conflicting and irreconcilable - and what's more, reasonable - comprehensive doctrines will come about and persist if such diversity does not already obtain". RAWLS, John: *Political liberalism*. 1ª edición. Nueva York: Columbia University Press, 1993, p. 36.

⁷⁴⁹ "Until some measure of divergence in fundamental believe systems emerge in a society. The question of religious liberty does not even arise". DURHAM JR: "Perspectives on religious...", en AAVV: *Religious...*, op. cit., p. 13.

⁷⁵⁰ PÉREZ-AGOTE PAVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., p. 4. Otra definición es la siguiente: "By secularization we mean the process by which sectors of society and culture are removed from the domination of religious institutions and symbols. When we speak of society and institutions in modern Western history, of course, secularization manifests itself in the evacuation by the Christian Churches of areas previously under their control of influence - as in the separation of Church and state, or in the emancipation of education from ecclesiastical authority. When we speak of culture and symbols, however, we imply that secularization is more than a social-structural process. It affects the totality of cultural life and of ideation, and may be observed in the decline of religion contents in the arts, in philosophy, in literature and, most important of all, in the rise of science as an autonomous, thoroughly secular perspective on the world. Moreover, it is implied here that the

En ningún caso "secularización" es igual a "desaparición de la religión"⁷⁵¹, un proceso social que ha sido correctamente matizado por los investigadores⁷⁵²; y menos aún de la religiosidad y la espiritualidad⁷⁵³. Eso sí, la constante secularización provoca que en la sociedad contemporánea las personas dejen de identificarse paulatinamente según la religión que profesan, y que sus conductas se vean afectadas cada vez menos por normas de inspiración religiosa, con lo que la religión se ve debilitada en su función de elemento cohesionador, legitimador⁷⁵⁴, de control social y "cimentador" de la sociedad⁷⁵⁵.

process of secularization has a subjective side as well. As there is a secularization of society and culture, so is there a secularization of consciousness. Put it simply, this means that the modern West has produced an increasing number of individuals who look upon the world and their own lives without the benefit of religious interpretations". BERGER.: The social..., op. cit., p. 113. Desde la teología católica se ha distinguido entre lo "secular" y lo "natural" del siguiente modo: "Con «secular» quiero significar todo el conjunto de pensamiento y actividad que se refiere a la vida del hombre en lo que llamamos a veces «este mundo», una vida que comienza con la fecundación de un óvulo por un espermatozoide y que termina por la muerte corporal. Se excluye por lo tanto de la esfera de «lo secular» toda preocupación que el hombre pueda tener por una posible vida futura después de la muerte y la que pueda tener, incluso durante «esta vida» por un orden de realidades (si es que existe), que trascienda la experiencia de los sentidos. De forma que, tal como la empleamos, la palabra «secular» corresponderá a uno de los significados tradicionales de esa otra palabra tan sobretrabajada que es la palabra «natural»". MASCALL, Eric L.: Cristianismo secularizado. 1ª edición. Barcelona: Kairós, 1969, pp. 251-252.

⁷⁵¹ "Con la Modernidad emerge un nuevo modelo de hombre que, en contraste con el hombre medieval, ve y vive la realidad desde la inmanencia, se considera el centro del mundo y, desde esta nueva perspectiva, organiza su relación con Dios, con la naturaleza y con la sociedad. Los resultados a nivel macroestructural son que las instituciones sociales organizan sus actividades «como si Dios no existiera»; pero, en contra de los pronósticos de la Ilustración, la religión no desaparece de la sociedad, sino que se especializa en su propio campo". CARMONA FERNÁNDEZ: "Cristianismo, laicismo...", en AAVV: *Historia...*, op. cit., p. 685. Sostiene asimismo la idea que la religión no desaparece con la secularización BILBAO, Andrés: "La racionalidad económica y la secularización". *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 1996, núm. 74, pp. 240-241. Para dicho autor el desarrollo de la racionalidad moderna evoluciona en paralelo a la religión, no la disuelve. Mientras la razón se convierte en un elemento comunicable, la religión es restringida a la conciencia del individuo.

⁷⁵² "El estudio de los procesos entreverados que han constituido la espina dorsal de esa gran mudanza a la que con desaliño (y a falta de mejor vocablo) llamamos secularización ha sido fértil, aunque ha traído consigo no poca perplejidad. Así, las enmiendas que los sociólogos e historiadores de la religión han impuesto a las ya obsoletas teorías de la secularización progresiva, inevitable y universal de la humanidad han dado sus frutos. Han aportado una cierta sobriedad al ambiente ideológicamente pesado en que se movía antaño el estudio de la religión y de las creencias. Por fin, nadie sostiene que la secularización general simple y unívoca como corolario al proceso de modernización. Pocos arguyen aún que las fes sobrenaturales sean sólo reliquias del pretérito". GINER DE SAN JULIÁN: "Religión civil", op. cit., pp. 24-25.

⁷⁵³ PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., p. 358.

⁷⁵⁴ "Religion has been the historically most widespread an effective instrumentality of legitimation. All legitimation maintains socially defined reality. Religion legitimates so effectively because it relates the precarious reality constructions of empirical societies with ultimate reality. The tenuous realities of the social world are grounded in the sacred realissimum, which by definition is beyond the contingencies of human meanings and human activity". BERGER: *The social...*, op. cit., p. 41. Y el autor completa la citada idea del siguiente modo: "Religion legitimates social institutions by bestowing upon them an ultimately valid ontological status, that is, by locating them within a sacred and cosmic frame of reference. The historical constructions of human activity are viewed from a vantage point that, in its own self-definition, transcends both history and man" (p. 42).

⁷⁵⁵ Uno de los sustentadores de la teoría de la secularización ha afirmado muy gráficamente: "The point of religion was to create and to sustain a common sense of identity. Even if one does not accept that religion came into being and persisted because of its role as social cement, one can readily recognize that religion traditionally ritualized and legitimated local life. When every birth, marriage, and death in generation after generation was celebrated and marked with the same

Se produce una inadecuación entre lo que el concepto de "religión" teóricamente implica y la vertiente práctica de las instituciones religiosas; en muchas sociedades lo religioso se desplaza fuera del templo y lo abandona⁷⁵⁶.

A estas alturas del siglo XXI es fácilmente constatable que aquel proceso secularizador que nació en el seno de la Ilustración, que elevó la incompatibilidad entre razón y religión al grado de dogma, no ha erradicado la religión en las sociedades occidentales en la era postmoderna: ni en el ámbito público, ni menos aún en el ámbito privado⁷⁵⁷. Y más teniendo en cuenta que en España las ideas de la Ilustración tuvieron un alcance limitado (los Pirineos se erigieron como una barrera "natural" difícil de franquear), y que la preeminencia de las doctrinas católicas ha perdurado durante siglos con la ayuda del Estado y hasta la Transición política⁷⁵⁸. Incluso en ese momento, como se ha visto, la preeminencia de la Iglesia Católica en relación al Estado es superior al de resto de confesiones minoritarias a través del sistema concordatario que se diseñó antes de promulgarse la actual Constitución. Todo apunta a que Dios no ha muerto, al contrario de lo apuntado por NIETZSCHE en *La Gaya ciencia*, [*"Die fröhliche Wissenschaft"*] y ha provocado la reconsideración de HABERMAS⁷⁵⁹. Y si bien la secularización ha hecho en

rituals in the same building, then the religion that legitimated those rituals was powerful and persuasive because it was woven into the life of the village. When the total, all-embracing community, working and playing together, gives way to the dormitory town or suburb, there is less held in common to celebrate. The decline of the community and the previously mentioned process of social differentiation means that people are no longer raised in one shared set of values and can no longer be controlled by the «conscience» placed in them by the community and reinforced by informal social controls". BRUCE: Religion in the modern..., op. cit., p. 44.

⁷⁵⁶ "Debido a causas muy complejas y muy diversas en las distintas culturas de la humanidad, pero que podríamos resumir diciendo que se trata del impacto de la Modernidad, el hecho es que para la conciencia contemporánea una gran parte de los dogmas y preceptos éticos de las religiones tradicionales no parece responder a lo que se entendía ser la función de las religiones, esto es, la salvación o la liberación del hombre. Quizá un par de ejemplos nos evitarán que tener que hacer disquisiciones más elaboradas (...) Es un hecho (...) inconcuso que dentro de una gran parte de la ortodoxia cristiana el celibato sacerdotal y la no interferencia en el acto de procreación pertenecen a la antigua tradición del cristianismo. Pero el cristiano moderno se resiste a ver un vínculo esencial entre la naturaleza misma del cristianismo y tales prácticas de origen cultural. El intelectual musulmán contemporáneo quiere igualmente reinterpretar muchas de las prácticas sancionadas por el Corán sin por eso claudicar en su fe islámica". PANIKKAR ALEMANY: "La religión...", en AAVV: *Filosofía de la religión...*, op. cit., p. 737.

⁷⁵⁷ "El papel de la religión en las sociedades industrial y postindustrial sigue siendo importante y, lo que es más significativo, en los últimos años ha aumentado. A comienzos del siglo XXI asistimos a un retoñar de los modos de pensamiento religiosos o para-religiosos, especialmente en los países más desarrollados, cuya explicación no resulta sencilla". DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., p. 521.

⁷⁵⁸ La Iglesia Católica durante los siglos XVIII y XIX, y hasta el Concilio Vaticano II bien entrado el siglo XX, a diferencia de las confesiones minoritarias, se erigió en Europa como una institución partidaria de mantener el estado de las cosas a través, por ejemplo, de su influencia en la legislación de los Estados: "Puritanism in England and America, and Pietism, its counterpart on the European continent, were the last great movements within the institutional church to influence the development of Western law in any fundamental sense. In the eighteenth and nineteenth centuries both the Roman Catholic Church and the various protestant denominations continued, of course, to exert pressures upon law in various directions. Undoubtedly, prophetic Christianity as such continued to play an extremely important part in effectuating law reform - for example in the abolition of slavery, in the protection of labor, and the promotion of welfare legislation generally. And undoubtedly, on the other side, «organized religion» continued to support the status quo, whatever it happened to be". BERMAN: *The interaction...*, op. cit., p. 67.

⁷⁵⁹ "La importancia de la religión aún es capaz de extrañar a pensadores seculares que la creían destinada a extinguirse ante el empuje de la Ilustración y la modernidad. Jürgen Habermas, el

España estragos en las actitudes religiosas (católicas fundamentalmente), existe cierto resurgimiento de otras religiones, lo que ha sido denominada por los estudiosos como la "revancha de Dios"⁷⁶⁰. Pese a reconocerse formalmente el derecho a la libertad religiosa, el fenómeno religioso se niega a autorecluirse, o que sea recluido desde postulados secularistas que van más allá de la concepción secular del Estado, al ámbito puramente privado de los creyentes y las comunidades religiosas⁷⁶¹.

La secularización es un fenómeno que ha afectado esencialmente toda la Europa occidental, la parte más desarrollada económicamente, y constituye un factor clave para entenderla, aunque se discute hasta qué grado ha sido afectada (o incluso si es correcta la utilización del término "secularización" en este supuesto)⁷⁶². La secularización no ha sido precisamente un fenómeno social generalizado mundialmente, ni ha incidido en igual medida en las sociedades altamente avanzadas y tecnológicas⁷⁶³ como la estadounidense o la de Corea del Sur, por citar dos ejemplos. Por ejemplo, el 40% de los estadounidenses declara que asisten al templo semanalmente, un porcentaje que se ha mantenido bastante estable en los últimos tiempos. Al mismo tiempo, el 90% de los

teórico social y político más importante de nuestro tiempo, puede haber sido uno de ellos. Pero lo cierto es que fue él quien alarmó a otros cuando, tras pasar décadas analizando la esfera pública en términos estrictamente seculares, hizo hincapié en que el fenómeno religioso merecía una atención especial". CALHOUN, Craig: "Epílogo", en AAVV: El poder de la religión en la esfera pública. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2011, p. 111.

⁷⁶⁰ La "revancha de Dios" puede ser descrito como "un fenómeno complejo en el que intervienen múltiples factores: las dudas éticas suscitadas por una aceleración aparentemente sin límites del progreso científico, el vacío dejado por el ocaso de las grandes ideologías seculares, la inseguridad generada por la rápida transición de sociedades culturalmente homogéneas a sociedades multiculturales, la desorientación provocada por la globalización de los mercados económicos y los sistemas de comunicación. Tales transformaciones, sintetizadas, a veces en términos de paso de la Modernidad a la posmodernidad, han creado un clima favorable a la inversión de la tendencia a la privatización de la religión, que parecía un dato adquirido en los países occidentales". FERRARI: *El espíritu...*, op. cit., p. 71.

⁷⁶¹ La paradoja de ciertos postulados liberales es el reconocimiento del derecho a la libertad religiosa por un lado a ciudadanos y comunidades religiosas, y por otra el intento de que se mantengan en la esfera puramente privada. Ello ocurre cuando el liberalismo traspasa el límite de sus postulados seculares a posiciones secularistas: "Aunque una constitución liberal está diseñada de forma que garantiza a todas las comunidades religiosas un ámbito igual de libertad en la sociedad civil, se supone al mismo tiempo que protege de toda influencia religiosa a los cuerpos políticos encargados de tomar decisiones vinculantes para todos. Se supone que las mismas personas a las que expresamente se autoriza a practicar sus creencias y llevar una vida religiosa participan en su papel de ciudadanos en un proceso democrático cuyos resultados deben estar libres de cualquier «contaminación» religiosa. El secularismo pretende resolver esta paradoja mediante la completa privatización de la religión. Pero en la medida en que las comunidades religiosas desempeñan un papel vital en la sociedad civil y en la esfera pública, la política deliberativa es producto de un uso público de la razón tanto por parte de los ciudadanos creyentes como los no creyentes". HABERMAS: "Lo político: el sentido...", en AAVV: *El poder...*, op. cit., p. 33.

⁷⁶² "I am hesitant about the unqualified use of the term secularisation even in the European context. Indeed it seems to me considerably more accurate to suggest that West Europeans remain, by and large, unchurched populations rather than simply secular". DAVIE, Grace: *Europe: The exceptional case*. 1ª edición. Londres: Longman and Todd, 2002, p. 5. Tal y como afirma dicho autor: "Many Europeans have ceased to connect with their religious institutions in any active sense, but they have not abandoned, so far, either their deep-seated religious aspirations or (in many cases) a latent sense of belonging" (p. 8).

⁷⁶³ Los avances tecnológicos, y la cultura inherente a tal eclosión tecnológica, han sido señalados como uno de los causantes del fenómeno secularizador. Así, desde la teología católica se ha afirmado lo siguiente: "La causa principal es el continuo impacto sobre los sentidos de una cultura tecnocrática en la que todo el acento recae sobre lo que puede hacer el hombre con las cosas y raramente sobre lo que las cosas realmente son". MASCALL: *Cristianismo...*, op. cit., p. 62.

estadounidenses afirma que cree en Dios⁷⁶⁴. Es decir, los Estados Unidos no sólo es un país muy plural, sino que al mismo tiempo es un país muy religioso y en el que la secularización ha actuado de forma débil⁷⁶⁵.

Es más, mundialmente se puede afirmar que la población con creencias religiosas, de la tipología que sea, no para de crecer y se prevé que siga creciendo en los próximos lustros. Si se parte de que la población mundial era de 6.988.019.000 habitantes en 2011 y que la revisión para el año 2025 es de 8.011.538.000 habitantes, la evolución sería la siguiente en relación a las creencias religiosas, y con indicación del % sobre el total de población (se añaden los datos de 1900, con una población mundial de sólo 1.619.625.000 habitantes, para una mayor constatación de la evolución seguida y de su tendencia)⁷⁶⁶:

- Año 1900:

- Cristianos: 558.131.000 (34,46%).
- Musulmanes: 199.728.000 (12,33%).
- Hindúes: 202.973.000 (12,53%).
- Budistas: 126.956.000 (3,44%).
- Neorreligionarios: 5.986.000 (0,37%).
- Sijs: 2.962.000 (0,18%).
- Judíos: 12.292.000 (0,76%).
- Ateos: 226.000 (0,01%).
- Irreligiosos: 3.029.000 (0,19%)

- Año 2011:

- Cristianos: 2.306.609.000 (33,01%).
- Musulmanes: 1.578.470.000 (22,59%).
- Hindúes: 951.587.000 (13,62%).
- Budistas: 468.403.000 (6,70%).
- Neorreligionarios: 63.888.000 (0,91%).

⁷⁶⁴ DAVIE: *Europe: The exceptional...*, op. cit., p. 28.

⁷⁶⁵ "Some sociologists have maintained a so-called «secularization», which holds that with increasing scientific awareness and educational attainment, religious conviction will tend to wither away. But this shows no sign of taking place. In some cases the resurgence of religion has been very troubled and has contributed to horrible consequences - witness the role of certain kind of radical Islam in the attacks of September 11, 2001. But in the United States itself, the very heart of modernity, religion is potent, too - witness the fact that the most prevalent song at patriotic services after the September attacks has been «God Bless America». Well over 90 percent of the Americans claim to believe in God; and while that mere claim does not necessarily indicate a real commitment, there are many millions of Americans for whom religion truly is a source of worldview, identity, and community". AAVV: *Religion and the Constitution...*, op. cit., pp. 1-2.

⁷⁶⁶ PALOMINO LOZANO, Rafael: *Neutralidad del Estado y espacio público*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2014, p. 23.

- Sijs: 24.085.000 (0,34%).
 - Judíos: 14.876.000 (0,21%).
 - Ateos: 137.555.000 (1,97%).
 - Irreligiosos: 657.864.000 (9,41%).
- Año 2025 (previsión):
- Cristianos: 2.703.179.000 (33,74%).
 - Musulmanes: 1.973.345.000 (24,63%).
 - Hindúes: 1.082.411.000 (13,51%).
 - Budistas: 545.647.000 (6,81%).
 - Neorreligionarios: 66.808.000 (0,83%).
 - Sijs: 29.519.000 (0,37%).
 - Judíos: 15.629.000 (0,20%).
 - Ateos: 133.631.000 (1,67%).
 - Irreligiosos: 630.007.000 (7,86%).

Como se puede apreciar, el proceso secularizador ha hecho mella desde 1900 a 2011, con un crecimiento muy relevante de personas que se declaran irreligiosas, y en menor medida de los ateos. Ahora bien, en los próximos años a mundialmente parece que ambos grupos de poblaciones mantendrán sus ratios en relación al total, y sobre todo el número de cristianos y musulmanes seguirán aumentando progresivamente. Así, se ha apuntado por algunos teóricos, aunque se trata de un punto controvertido, y en el que se está lejos de alcanzar el consenso, que precisamente Europa es la excepción y no la regla en relación al proceso de secularización. En todo caso, sí que resulta patente afirmar que la religión de forma genérica, y el cristianismo en particular, son compatibles con la Modernidad, como demuestran algunas de las sociedades económicamente más avanzadas, particularmente Estados Unidos y Corea del Sur, entre otras⁷⁶⁷. En el caso europeo, además el panorama religioso se ha visto en las últimas décadas asimismo afectado por las conversiones; es decir, por el cambio de creencias de algunos europeos de una religión a otra. Asimismo Europa se ha visto afectada por el dinámico fenómeno de personas que de no creer en nada pasan a creer y ser miembros de alguna confesión⁷⁶⁸; o el fenómeno inverso, pero eso ya es una consecuencia inherente al proceso de secularización.

⁷⁶⁷ A su vez, la vitalidad religiosa de las otras partes del mundo donde existe tal vitalidad es difícilmente comparable entre sí: "*Europe may indeed be exceptional in terms of its comparative secularity, but the rest of the world (or more modestly other parts of the Christian world) demonstrate not one but many examples of religious vitality, which are - and this is the crucial point - as different from each other as each of them is from West Europe*". DAVIE: *The exceptional...*, op. cit., p. 137. Tal autor se expresa en los siguientes términos: "*It is hardly possible to argue that religion, and more specifically Christian religion, is incompatible with modernity, even in its advanced forms. Both in the United States and in South Korea (...) the economic indicators are some of the highest in the world, yet the religious indices are equally impressive*" (p. 141).

⁷⁶⁸ "Europa, que para muchos era un continente tradicionalmente cristiano - especialmente desde el siglo IV de la era cristiana -, ha visto en los últimos decenios cómo se iba incrementando la diversidad religiosa no sólo, y principalmente, debido a la inmigración sino también a un número

A pesar de las dificultades metodológicas inherentes al estudio de la evolución de las creencias religiosas en España⁷⁶⁹, se puede hablar de tres oleadas secularizadoras, que si bien sus orígenes son sucesivos, desde un punto de vista no ideal no pueden darse por terminadas⁷⁷⁰, y que han ido mutando la fisonomía religiosa del país⁷⁷¹:

1) Primera oleada secularizadora: dicha fase comprendería del siglo XVIII (liberalismo, influencia de las ideas ilustradas) hasta la Guerra Civil (1936-1939). Se caracteriza por su anticlericalismo. Como la Iglesia católica no se interesaba por el mundo, las personas que se incorporaban a la Modernidad y, por lo tanto, si tenían un interés mundano (sectores sociales minoritarios) debían situarse contra la Iglesia, pues la Iglesia acaparaba monopolísticamente todos los ámbitos sociales⁷⁷². Especialmente virulentos fueron los años anteriores al inicio de la Guerra Civil⁷⁷³.

2) Segunda oleada secularizadora: comprendería de los años 60 a los años 80 del siglo XX. Se corresponde con el mayor desarrollo del país, con la sociedad de consumo. No se trata de una fase secularizadora anticlerical. La gente se interesa por el mundo y se desinteresa por la Iglesia y la religión. España deja de ser un país de religión católica y pasa a ser un país de cultura católica. El acceso a la universidad y los estratos más bajos del proletariado son factores de secularización⁷⁷⁴.

3) Tercera oleada secularizadora: comprende de los años 90 del siglo XX hasta la actualidad. La secularización es llevada a cabo por jóvenes que no se han educado en

no desdeñable provenientes de la decepción de los fieles de las grandes iglesias cristianas y de la insatisfacción de muchos no creyentes". TORRADEFLOT, Francesc: "El cristianismo y el diálogo interreligioso", en AAVV: Historia del cristianismo. Vol. IV. El Mundo contemporáneo. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2010, p. 561.

⁷⁶⁹ De gran interés sobre esta materia se muestra COMAS ARNAU, Domingo: "Pluralismo moral y religioso en la España actual", en AAVV: *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 75-118. Dicho trabajo analiza desde el punto de vista de la sociología de la religión, incluidas las citadas problemáticas metodológicas, la evolución de las creencias religiosas en España.

⁷⁷⁰ PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit. pp. 112-115, 134-145 y 340-341. Vid. asimismo PÉREZ-AGOTE POVEDA: "Los límites...", en AAVV: *Sagrado/Profano...*, op. cit., p. 306.

⁷⁷¹ "La religiosidad española, al igual que la de otros países católicos que hasta hace muy poco se consideraban baluartes de la fe, ha sufrido importantes mudanzas". GINER DE SAN JULIÁN y SARASA URDIOLA: "Religión y Modernidad...", en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., p. 72.

⁷⁷² "En España la contrarreforma tuvo un éxito especial; la temprana expulsión de los judíos y más tarde de los restos de la presencia islámica, el fracaso inicial y después la persecución de toda disidencia religiosa, todo contribuyó a hacer de España una de las sociedades católicas más homogéneas. La hegemonía política y cultural española coincidió con el catolicismo, e incluso un político liberal anticlerical como Azaña pudo plantear en uno de sus grandes discursos la cuestión de si la Iglesia debía más a España de lo que ésta debía a la Iglesia". LINZ STORCH DE GRACIA: "Religión y política...", en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., p. 1.

⁷⁷³ "En los años 30 secularizar la sociedad requería una autoridad secularizadora militante que socavara lo que se percibía como control de la Iglesia sobre las masas sin educación, los campesinos, las mujeres, las clases medias bajas y, a través del confesionario, de las élites. El objetivo sólo se podía alcanzar además de con propaganda, aislando a la Iglesia, prohibiéndola que educara a los jóvenes, etcétera. Hoy la secularización es el resultado de un cambio cultural, social y económico y de la debilidad de la estructura eclesial - por lo menos debilidad numérica - y todo el que esté a favor de la secularización es consciente de que un ataque frontal sólo activaría la comunidad católica en defensa de la Iglesia y su campo de influencia". LINZ STORCH DE GRACIA: "Religión y política...", en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., p. 47.

⁷⁷⁴ "El acceso de la universidad, pero también la pertenencia a los estratos más bajos de las clases trabajadoras, son condiciones igualmente ligadas al secularismo". GINER DE SAN JULIÁN y SARASA URDIOLA: "Religión y Modernidad...", en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., p. 77.

ambientes religiosos, por lo que no guardan relación ni con la religión, ni con la Iglesia. Existe una lejanía e ignorancia respecto de ambas, un amplio desapego y desconocimiento como no se había producido nunca con anterioridad⁷⁷⁵. Se puede hablar en este caso de una verdadera exculturación, puesto que la cultura pierde las raíces católicas⁷⁷⁶. Esta tipología de secularización predomina en zonas económicamente más desarrolladas, especialmente en Cataluña, Madrid y País Vasco. No se da ninguna agresividad contra la religión o la Iglesia, pero se trata de una posición más reactiva que la segunda oleada, especialmente como consecuencia de las doctrinas sostenidas por la Iglesia sobre los modelos morales y sociales que deberían prevalecer en la actualidad. Si durante la Transición la Iglesia Católica jugó un relevante papel acorde con los nuevos tiempos, desde hace unos lustros se detecta cierta involución en sus posturas respecto a los valores que deben prevalecer en la sociedad, una involución, que ha provocado un claro desapego social, especialmente entre las personas más jóvenes que han nacido y crecido durante la democracia⁷⁷⁷. En todo caso, y lo que es muy importante a los presentes efectos, es que no ha de equipararse de ningún modo la decadencia de una religión con la pérdida de religiosidad, pues frecuentemente seguirán estando presentes, aunque de forma difusa y a veces difícilmente identificables, trazas de cultura religiosa⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ "El Cristianismo duda entre lo puramente religioso, el dominio y posesión de las instituciones religiosas y de la comunidad de creyentes, por un lado, y por otro lado, una cultura europea que se define cada vez más como totalmente laica, totalmente seglar, en la que la gente ya no sabe lo que es la religión, donde los jóvenes ya no la reconocen ni siquiera desde un punto de vista histórico, cultural, etc.". ROY: *El Islam en Europa...*, op. cit., pp. 19-20.

⁷⁷⁶ "La religión, un credo religioso concreto, tiene una institucionalización, mientras que la cultura, entendida aquí como la pluralidad de conjuntos de significados compartidos dentro de una realidad social, tiene un mucho más débil nivel de institucionalización; en el sentido de que no hay una institución física, visible y única encargada de velar por el mantenimiento de la cultura; existen muchas instituciones que se empeñan en velar por el mantenimiento de parcelas de la cultura; pero la inmensa mayor parte de la cultura de una sociedad está mantenida por la pura intersubjetividad entre sus miembros, por el uso que estos miembros hacen de ella. Por ello las creencias preservadas que proceden del credo católico son, en la medida en que son mantenidas subjetiva o, incluso, intersubjetivamente, sin referencia a la institución eclesiástica, son ahora parte de la cultura, sin mediación eclesiástica; y son parte de la cultura junto a otros elementos que provienen de la ciencia, de la política o de otras esferas de la sociedad". PÉREZ-AGOTE PAVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., pp. 346-347.

⁷⁷⁷ Tal involución respecto a los postulados del Concilio Vaticano II ha provocado que se haya afirmado que "la Iglesia tiene el riesgo de convertirse en una subcultura, en un gueto, confundiendo el pequeño rebaño con una secta (Rahner), contra lo cual surge un clamor creciente: un clamor contra el gueto. Estamos ante una gran crisis eclesial, que algunos comparan con la crisis que precedió a la Reforma en el s. XVI. Hay una pérdida de credibilidad de la Iglesia que se ubica con dificultad en el nuevo contexto social y cultural: es clerical en una sociedad muchas veces anticlerical; tutela sobre seglares en una sociedad laica; es vertical en una sociedad democrática; silencia a las mujeres en momento de auge del feminismo en el mundo. La Iglesia vuelve a impregnarse de rasgos antimodernos". CODINA: "Hace 50 años...", op. cit., p. 24.

⁷⁷⁸ "La decadencia de una religión como institución no significa necesariamente el declive de la religiosidad, que puede subsistir en formas menos institucionalizadas. Una religión, como institución, requiere de una forma organizativa que llamamos Iglesia (o fórmulas similares). Es claro que el desuso social progresivo de una religión supone un proceso de pérdida, de degradación de ésta (...). Pero la decadencia de la religión como institución no tiene por qué llevar consigo un declive paralelo de la organización religiosa, de la institución religiosa llamada Iglesia. Las relaciones entre la secularización individual, de las conciencias, y esta forma de secularización institucional no tienen por qué ser simples, porque puede ocurrir que la organización religiosa cobre grados de autonomía en relación con las conciencias de los individuos. La situación contemporánea española, con un grado muy alto de secularización individual y un peso muy grande de la Iglesia católica en la esfera pública nos proporciona un ejemplo muy interesante; el grado de autonomía para ejercer su peso en la esfera pública puede tener que ver con su grado

Son fácilmente comprobables los efectos de la secularización en España si se analiza la evolución de la autodefinición religiosa desde 1965 hasta la actualidad⁷⁷⁹:

- 1965:

- Católicos practicantes: 83%
- Católicos no practicantes: 15%
- No creyentes: 2%
- Indiferentes:
- Otra religión: 0
- No contesta: 0

- 1975:

- Católicos practicantes: 74%
- Católicos no practicantes: 14%
- No creyentes: 2%
- Indiferentes:
- Otra religión: 0,2%
- No contesta: 4%

- 1982:

- Católicos practicantes: 51%
- Católicos no practicantes: 38%
- No creyentes: 9%
- Indiferentes:
- Otra religión: 0,5%
- No contesta: 2%

de relación con ciertos sectores de las élites, pero también con ciertos aspectos de la cultura religiosa difusa". PÉREZ-AGOTE POVEDA: "Los límites de la secularización...", en AAVV: *Sagrado/Profano...*, op. cit., pp. 307-308. Por tal razón es tarea del jurista identificar esa cultura religiosa difusa en las normas. Aunque su presencia sea "difusa" puede otorgar un sello de identidad confesional a ciertas instituciones, que no sólo pondría en entredicho la neutralidad Estatal, sino que puede dificultar la convivencia religiosa inclusiva. Lo que para un ciudadano es un elemento neutro y completamente secularizado, para otro puede constituir una amenaza o un obstáculo al pleno respeto de sus creencias religiosas.

⁷⁷⁹ PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., p. 114. "Los diversos datos existentes sobre la evolución de la autoidentificación religiosa de los españoles entre 1965 y 1990 coinciden en señalar una misma tendencia: una espectacular reducción de los que se definen a sí mismos como «católicos practicantes» y un aumento considerable de los autoproclamados «católicos no practicantes»". DÍAZ-SALAZAR MARTÍN DE ALMAGRO, Rafael: "La transición religiosa de los españoles", en AAVV: *Religión y sociedad en España*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1993, p. 94. Una tendencia que se acrecienta una vez entrado el siglo XXI.

- 1988:
 - Católicos practicantes: 41%
 - Católicos no practicantes: 40%
 - No creyentes: 6%
 - Indiferentes: 7%
 - Otra religión: 1%
 - No contesta: 5%

- 2008:
 - Católicos practicantes: 27,7%.
 - Católicos no practicantes: 45,8
 - No creyentes: 14,5
 - Indiferentes:9,6%
 - Otra religión: 1,6
 - No contesta: 0,7

Como se ha dicho, los jóvenes españoles se sienten alejados de la religión y la Iglesia, son actores de la tercera oleada de secularización, en un punto que nunca había acontecido en la historia del país. Ahora bien, tal alejamiento de la religión, que conduciría a una sociedad altamente secularizada, no se produce (por el momento) con los inmigrantes que han ido llegando a España, incluidos los jóvenes inmigrantes. Examínese a continuación la autodefinición religiosa de los jóvenes entre 15 y 24 años en el año 2009 comparando los jóvenes españoles con los jóvenes inmigrantes⁷⁸⁰:

- Muy buen católico:
 - Jóvenes españoles: 2,3%
 - Jóvenes inmigrantes: 5,4%

- Católico practicante:
 - Jóvenes españoles: 7,9%
 - Jóvenes inmigrantes: 14,3%

- Católico no muy practicante:
 - Jóvenes españoles: 13,6%
 - Jóvenes inmigrantes: 18,3%

- Católico no practicante:
 - Jóvenes españoles: 29,7%
 - Jóvenes inmigrantes: 11,3%

⁷⁸⁰ PÉREZ-AGOTE POVEDA, Alfonso: *Cambio religioso...*, op. cit., p. 40.

- Indiferente:
 - Jóvenes españoles: 16%
 - Jóvenes inmigrantes: 4,6%
- Agnóstico:
 - Jóvenes españoles: 9,3%
 - Jóvenes inmigrantes: 2,4%
- Ateo:
 - Jóvenes españoles: 17,1%
 - Jóvenes inmigrantes: 3,4%
- Creyente de otra religión:
 - Jóvenes españoles: 2%
 - Jóvenes inmigrantes: 40,4%

Se puede apreciar que los jóvenes inmigrantes, un gran número de los cuales permanecerán definitivamente en España, no son sólo mucho más creyentes que sus homólogos españoles; sino que un gran porcentaje de ellos lo son de otra religión diferente a la católica. Así pues, en un futuro habrá que estudiar cómo evolucionan las creencias de los jóvenes inmigrantes en España, pues según sean los ratios de inmigración, podrían acelerar la secularización o bien frenarla. Es posible que los hoy jóvenes inmigrantes mantengan en buena parte la fortaleza de sus creencias, pero quizás sus hijos sufran el día de mañana un proceso de secularización parecido al de los jóvenes españoles al no estar ya en un contexto parecido al del país de origen, donde se habrían socializado sus padres y donde se encuentran las estructuras sociales que reprodujeron la religiosidad de generación en generación. Todo ello está obviamente muy relacionado con la identidad de los inmigrantes cuando se encuentran en un país que ni es el suyo, ni se asemeja⁷⁸¹.

Interesa destacar que los centros de trabajo españoles se están nutriendo y se nutrirán de jóvenes españoles con unas creencias religiosas débiles, pero que en cambio pueden tender a posiciones ateas y agnósticas de cierta enjundia; lo que, por ejemplo, habrá de tenerse en cuenta especialmente en las empresas ideológicas o de tendencia, cuya característica principal desde un punto de vista laboral es que requieren personal que profese ciertas creencias para llevar a cabo la prestación de servicios relacionada con la parte más nuclear de su actividad. Asimismo, tal fenómeno se deberá tener en cuenta respecto aquellas empresas ordinarias en que el empresario pretenda homogeneizar a

⁷⁸¹ Dicha alteración del proceso "natural" de la secularización ha sido puesto de manifiesto por la sociología de la religión del siguiente modo: "*Quisiera traer a primer plano el proceso que en algunos países está interfiriendo de modo central el proceso de secularización religiosa: la llegada masiva de población inmigrante que tiende a sedentarizarse, que trae consigo formas menos diferenciadas de religión y que, como consecuencia de su asentamiento en la sociedad de llegada, produce nuevas formas religiosas (...). La religión, en estos casos de minorización social, adquiere nuevas funciones de identidad, de integración/conflicto, de refugio. La sociedad de llegada pierde así homogeneidad, naciendo una nueva pluralidad religiosa, socialmente jerarquizada*". PÉREZ-AGOTE POVEDA: "Los límites de la secularización...", en AAVV: *Sagrado/Profano...*, op. cit., p. 319

sus trabajadores según unas creencias religiosas que obviamente no serían compartidas por definición por trabajadores ateos, agnósticos o simplemente indiferentes.

Por este lado, se produciría una suerte de re-secularización, o nuevo impulso, de los centros de trabajo. Ha de suponerse una primera secularización de los centros de trabajo durante la Transición política y con la fuerte implantación en las empresas de los denominados sindicatos de clase. Además, el proceso secularizador y el progresivo vaciamiento de creencias religiosas, que provoca una dificultad de identificar al creyente del no creyente en la vida pública (incluido en el puesto de trabajo), parece ir acompañado en ocasiones de un auge de la religión popular y del folklore religioso⁷⁸², así como la irrupción de novedosas creencias religiosas⁷⁸³.

Por otro lado, y lo que es mucho más relevante, acaecerá un hecho de consecuencias jurídicas interesantes y que ocurre desde hace lustros en sociedades económicamente más avanzadas. Los jóvenes inmigrantes que se están incorporando a sus puestos de trabajo no sólo son más religiosos que los jóvenes españoles, sino que en un gran número de casos son partidarios de creencias religiosas ajenas al catolicismo, como pueden ser las creencias musulmanas. Así pues, según consideren que dichas creencias han de regir todas sus conductas vitales en la esfera privada y en la esfera pública *ad maiorem Dei gloriam* (respecto aquellas confesiones teístas, por supuesto), incluida la laboral⁷⁸⁴, ello puede provocar que nazcan conflictos entre sus convicciones religiosas y

⁷⁸² "Se puede hablar de una pérdida de fe religiosa en las sociedades contemporáneas, aunque las iglesias gocen de buena salud, tengan un estatuto social estable y reconocimiento social. Hay un vacío de creencias, que favorece la fragmentación de los credos, la pertenencia selectiva y parcial de las iglesias, y la multiplicación de disidencias y heterodoxias. De ahí, la crisis interna de las iglesias, los conflictos de los distintos grupos dentro de ellas y la tendencia a una dinámica populista y educativa. Se valoran muchas instituciones religiosas, pero sin que la pertenencia a ellas signifique la aceptación del credo doctrinal y práctico que las inspira". ESTRADA DÍAZ: "Globalización, postmodernidad...", en AAVV: *Historia...*, op. cit., p. 436. Dicho autor completa la idea del siguiente modo: "El creciente desconocimiento de la doctrina, prácticas, devociones y rituales tradicionales ejemplifica el fracaso de las instituciones educativas en la transmisión de la fe. Se impone el escepticismo agnóstico, que es más permeable a la tolerancia y expresa mejor la duda y la carencia de ideologías. Al fallar la familia, la parroquia y la escuela como lugares de crecimiento en la fe, las iglesias se enfrentan a la crisis axiológica y doctrinal de todas las instituciones sociales. Es difícil establecer una demarcación clara entre cristianos no practicantes, indiferentes y ateos, y es fácil pasar de una postura a la otra" (p. 437).

⁷⁸³ "Ciertamente que en la sociedad europea las creencias religiosas tradicionales se encuentran en crisis. ¿Afecta esa crisis a la propia esencia de la vivencia religiosa, o sólo a las formas heredadas del cristianismo tal como tomó cuerpo en nuestras latitudes? La eclosión de las sectas durante las últimas décadas hace pensar en una búsqueda de renovación de vivencias, no en el olvido de la religión". BUENO SALINAS y GUTIÉRREZ DEL MORAL: *Proselitismo...*, op. cit., p. 13.

⁷⁸⁴ "La presencia de la religión en las sociedades democráticas se legitima desde los derechos de la ciudadanía, ya que es ella la que, en el ejercicio de su soberanía, decide sobre las formas concretas de organizar la convivencia. Tradicionalmente el pensamiento liberal ha defendido la presencia de la religión en la vida social pero a condición de que restringiera su acción al ámbito privado y de que ésta no incidiera en el ámbito público. Pero el problema actual es saber qué se entiende por esfera pública. Si por esfera pública se entiende el ámbito del Estado, la religión debe mantenerse al margen de ella como prescribe la laicidad; si por esfera pública se entiende la sociedad civil, donde se forja una opinión pública informada, capaz de orientar, apoyar y/o criticar la acción del Estado, no parece que haya razón para excluir la presencia y la voz de la religión en el ámbito público". CARMONA FERNÁNDEZ: "Cristianismo, laicismo...", en AAVV: *Historia...*, op. cit., pp. 739-740. En este trabajo se defiende que por "esfera pública" ha de entenderse también el ámbito laboral. Es decir, la libertad religiosa ampara al ciudadano-trabajador-creyente / ciudadano-trabajador-no creyente a que fuera de su domicilio, su ámbito familiar, el templo o su asociación pueda llevar consigo sus creencias al ámbito laboral, que aunque regida por una relación jurídica

las normas jurídicas laborales; o, en general, las respecto las obligaciones laborales, incluidas las órdenes empresariales.

Por tal razón es interesante comprobar hasta qué punto trabajar es considerado un deber religioso, ya que, según demuestra la sociología de la religión, la clase trabajadora es uno de los segmentos de población más afectados por el proceso de secularización⁷⁸⁵. Como se puede comprobar a continuación, en el caso de los españoles el trabajo como deber se separa cada vez más de las convicciones religiosas. Así, si en 1987 el trabajo era considerado un deber religioso por el 31% de la población, en el año 2008 "sólo" el 19,9% lo considera tal⁷⁸⁶. Aunque ha habido una disminución importante, debe destacarse que un 19,9% sobre el total de población significa que un gran número de trabajadores guían sus conductas en el trabajo en parte por sus convicciones religiosas, porque la religión está presente en su vida cotidiana, como legitimación moral de las actividades del día a día, incluso más allá de la puerta de su hogar⁷⁸⁷. Y aunque no consideren que el trabajo sea un deber religioso, ello no obvia que dichos ciudadanos puedan considerar que una obligación laboral dada colisione con sus convicciones religiosas, si las tienen naturalmente.

La antedicha cuestión hay que ponerla en relación con la importancia que la religión guarda a la hora de tomar decisiones, por lo tanto, hay que suponer que también las decisiones relacionadas con el trabajo⁷⁸⁸. La evolución en España ha sido la siguiente⁷⁸⁹:

inter privatos no ha de confundirse dicho plano con el hecho de que se esté en un ámbito público, y no privado, en la dimensión que trata el autor citado. Precisamente porque el ámbito laboral es una esfera pública, está fuertemente intervenida por el control de la Administración y rigen en ella muchas normas de carácter público, como es la normativa de prevención de riesgos laborales. No tendría sentido que si bien la mayoría de creencias establecen normas que regulan la relación con otras personas (creyentes o no) o respecto al trabajo, dichas creencias deban quedarse en el ámbito estrictamente privado, como un fenómeno indeseable no reconocido por el ordenamiento legal. Además, es notorio que las empresas de tendencia, entre ellas las religiosas, operan normalmente en el tráfico jurídico-económico. Sería un sinsentido que las empresas de tendencia religiosa vieran reconocido su estatus en el ámbito laboral (aunque como se analiza en el apartado correspondiente no existe una normativa expresa en la materia), pero en cambio los trabajadores con creencias religiosas no.

⁷⁸⁵ "It has been found that the impact of secularization has tended to be stronger on men than on women, on people in the middle age range than on the very young and the old, in the cities than in the country, on classes directly connected with modern industrial production (particularly the working class) than those of more traditional occupations (such as artisans or small shopkeepers), on Protestants and Jews than on Catholics, and the like". BERGER: *The social...*, op. cit. p. 114.

⁷⁸⁶ PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., pp. 120 y 147.

⁷⁸⁷ La religión cumple su misión legitimadora en primera instancia respecto las cuestiones cotidianas del día a día de los creyentes, lejos de toda sofisticación teológica: "*The dialecticity between religious activity and religious ideation points to another important fact - the rootedness of religion in the practical concerns of everyday life. The religious legitimations, or at least most of them, make little sense if one conceives of them as productions of theoreticians that are then applied ex post facto to particular complexes of activity. The need for legitimations arises in the course of activity. Typically, this is in the consciousness of the actors before that of the theoreticians. And, of course, while all members of a society are actors within it, only very few are theoreticians (mystagogues, theologians, and the like). The degree of theoretical elaboration of the religious legitimations will vary with a large number of historical factors, but it would lead to grave misunderstanding of only the more sophisticated legitimations were taken into consideration. To put it simply, most men in history have felt the need for religious legitimation - only very few have been interested in the development of religious «ideas»*". BERGER: *The social...*, op. cit., pp. 49-50.

⁷⁸⁸ Al respecto, la sociología de la religión entiende que la secularización ha polarizado las creencias religiosas en dos ámbitos, el privado y el público. Así, se ha comprobado "*a tendency for religion to be «polarized» between the most public and the most private sectors of the institutional*

- 1987:
 - Mucho: 11%
 - Bastante: 31%
 - Poco: 28%
 - Nada: 24%

- 2008:
 - Mucho: 5,5%
 - Bastante: 17,3%
 - Poco: 27,5%
 - Nada: 47,7%

Así pues, aunque ha disminuido el número de personas que tienen en cuenta sus convicciones religiosas para tomar decisiones⁷⁹⁰, también en el trabajo, aún hay un buen

*order, specifically between the institutions of the state and the family. Even at a point of far-reaching secularization of everyday life as lived at work and in the relationships that surround work one may still find religious symbols attached to the institutions of state and family. For instance, at a point where everyone takes for granted that «religion stops at the factory gate», it may nevertheless be also taken for granted that one does not inaugurate either a war or a marriage without the traditional religious symbolizations". BERGER: *The social...*, op. cit., p. 133. Lo cierto es que la jurisprudencia de origen anglosajón (por ejemplo, la estadounidense, la canadiense o la británica) indican lo contrario: la religión ni se tiene que abandonar en la puerta de la fábrica, ni en la puerta de la oficina, ni en general al firmar el contrato de trabajo. Una hipótesis plausible sería que si bien parece correcto constatar los efectos respecto al trabajo de una fuerte secularización entre las poblaciones con creencias cristianas (católicas y protestantes) y judías que residen habitualmente en su territorio de origen, sin perjuicio de que algunas minorías no se han visto tan afectadas, tal y como muestran las sentencias de algunos Tribunales; no es menos cierto que las migraciones hacia el occidente desarrollado estarían provocando un resurgir de los sentimientos religiosos en los centros de trabajo. Por ello, hay que ser cauteloso hacia las manifestaciones realizadas por el citado autor en los años setenta del siglo pasado, que muestran una tendencia, pero una tendencia que dista de haber afectado por igual a todos los segmentos de la población transcurridos los años: "The values pertaining to private religiosity are, typically, irrelevant to institutional contexts other than the private sphere. For example, a businessman or politician may faithfully adhere to the religiously legitimated norms of family life, while at the same time conducting his activities in the public sphere without any reference to religious values of any kind. It is not difficult to see that such segregation of religion within the private sphere is quite «functional» for the maintenance of the highly rationalized order of modern economic and political institutions" (pp. 137-138).*

⁷⁸⁹ PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., p. 128.

⁷⁹⁰ Se trata de un fenómeno característico de la secularización en curso: "The decline in the mainstream religious traditions allows space for people to entertain a very wide range of diffuse and privatized beliefs is precisely what we would expect. The point that needs to be made is that individual beliefs which are not regularly articulated and affirmed in a group, which are not refined and burnished by shared ceremonies, which are not the object of regular and systematic elaboration, and which are not taught to the next generation or to outsiders are unlikely to exert much influence on the actions of those who hold them and are even less likely to have significant social consequences". BRUCE: *Religion in the modern...*, op. cit., pp. 58-59. Hay que resaltar que se trata de un elemento a tener en cuenta respecto a la transformación de las creencias de las confesiones mayoritarias, en España respecto al catolicismo; pero parece ser que tal declive no afecta ni mucho menos o del mismo modo a las creencias de los trabajadores que van llegando de otras confesiones aquí minoritarias. A medio y largo plazo se podrá analizar si la secularización les

número de personas que toman en consideración dichas convicciones⁷⁹¹. Además, es evidente que la mayoría de las personas toma las decisiones según sus convicciones, sean religiosas o no, y es posible que muchas personas que se encuentren en dicho supuesto consideren que unas convicciones en concreto no son religiosas cuando lo cierto es que quizás sí lo sean, pero debido a la secularización las observen como nociones más "culturales" que religiosas en sí. Por ejemplo, un trabajador se puede negar a trabajar en domingo porque considere que tradicionalmente no parece adecuado o conveniente trabajar el domingo, porque así lo marca la tradición; y así se hace en el núcleo familiar, por ejemplo en relación al cónyuge que también libra los domingos. Muchas conductas no han cambiado demasiado con los años, pero, en cambio, sí dejan de ser percibidas como de naturaleza "religiosa" por los sujetos que las llevan a cabo. El auge de la religiosidad popular dificulta aun más dicha percepción y provoca que los límites entre religión y tradición sean más difusos⁷⁹².

En todo caso, sí que existe la percepción general de que el trabajo no guarda relación alguna con preceptos de tipo religioso, extremo que se va acentuando con el paso del tiempo⁷⁹³. Aunque no forma parte del objeto del presente trabajo, sí que es necesario poner de relieve que, en el ámbito europeo, la incidencia de la secularización y de otros factores se ha traducido en una pérdida del peso político de la democracia cristiana, probablemente por la progresiva pérdida de uniformidad de los códigos morales de la población cristiana⁷⁹⁴.

Un buen índice para conocer la relevancia de las convicciones religiosas es la disposición a dar la vida por ellas. En 1987 el 28% de la población afirmaba que daría la vida por sus

afecta por igual una vez van arraigando en el país, o cuando se trate de una segunda o tercera generación de inmigrantes.

⁷⁹¹ "No siempre hay una correlación exacta entre el nivel de importancia concedido a Dios y a la religión y el grado de influencia de la misma en la orientación de la conducta o en la configuración de la mentalidad y de las actitudes, pero sí se puede constatar cierta correspondencia. Así un 47% de españoles afirman que sus creencias religiosas les preocupan mucho y bastante cuando tiene que tomar decisiones relevantes". DÍAZ-SALAZAR MARTÍN DE ALMAGRO: "La transición religiosa...", en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., p. 105.

⁷⁹² El aumento de la pluralidad cultural en Europa, junto con los efectos de la secularización, ha tenido como consecuencia cambios importantes en la religiosidad: "El eclecticismo cultural favorecía el sincretismo religioso y un ecumenismo incontrolado de la base, tanto con otras religiones como con las iglesias cristianas. Hubo una decadencia de las escuelas de espiritualidad, desplazadas por las técnicas de autoestima, de autoayuda y de introspección, que impregnaron muchos libros devocionales. La falta de creatividad y renovación, unida al rechazo de las prácticas devocionales anteriores, generó un vacío de espiritualidad. Sólo la religiosidad popular se sustrajo a este proceso. Ha conocido un gran auge en el último cuarto de siglo XX, con proliferación de cultos, peregrinaciones, fiestas y romerías, que hacían posible un cristianismo más cálido y cercano, además de ofrecer más espacio a la participación de los laicos". ESTRADA DÍAZ: "Globalización, postmodernidad...", en AAVV: *Historia del cristianismo*, op. cit., p. 441.

⁷⁹³ "La religiosidad influye también en una serie de actitudes sociales relacionadas con el individualismo, el igualitarismo, el trabajo, el asociacionismo, etc. (...) La satisfacción en el trabajo aparece asociada también a la religiosidad, aunque ha disminuido la religiosización de la actividad laboral; sólo un 31% de los españoles están de acuerdo con que cumplir bien con el trabajo es una obligación religiosa y un 41% creen que el trabajo es una mandato divino". DÍAZ-SALAZAR MARTÍN DE ALMAGRO: "La transición religiosa...", en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., p. 106.

⁷⁹⁴ "In Catholic Europe the restructuring of the political scene in recent decades has largely resulted in a loss of power on the part of the Christian Democrats. Why this is so is a story in its own right (it does not pertain only to secularisation), but it does indicate the incapacities of more conservatives Christians to impose their will on the majority of citizens in terms, most notably, of uniform moral codes". DAVIE: *Europe: The exceptional...*, op. cit., p. 31.

creencias religiosas, cuando el 50% no la daría. En el año 2008 la darían un 13,4% de la población y el 78% no. Hay que tener en cuenta que el mismo año un 44% de los encuestados afirmaban que darían la vida por la paz o un 52% por otra persona, pero sólo 22% por la democracia, un 22% por la patria o un 29% por la justicia. Por el contrario, el 81% daría su vida por la familia⁷⁹⁵. Resulta evidente que la religión está perdiendo centralidad en la vida de las personas.

Ello no significa, tal y como se analiza a la hora de tratar del objeto del derecho a la libertad religiosa y la sinceridad de las convicciones, que sólo puedan considerarse "convicciones religiosas" a efectos jurídicos si se está dispuesto a dar la vida por ellas. Una persona puede colocar las convicciones de tipo religioso en un lugar preeminente de su cosmovisión y no por ello estar dispuesto a dar la vida; y menos aún el ordenamiento jurídico ha de requerir tal nivel de compromiso para proceder a su protección dentro del derecho a la libertad religiosa. Si así fuera, el ordenamiento jurídico estaría incentivando actitudes fundamentalistas, que tienden a anteponer una interpretación literal de los preceptos religiosos por encima de la vida de los creyentes o de terceros (es fácil tener en mente países en los que inmolarsé por la religión está al orden del día y es socialmente bien visto por amplios sectores de la población)⁷⁹⁶, cuyos valores que protegen dichos bienes están positivados; es decir, la actitud fundamentalista antepone la aplicación de la norma religiosa cuando entra en conflicto con una norma jurídica, incluso cuando la norma jurídica en liza protege aquellos valores considerados mínimos y fundamentales para la convivencia en democracia⁷⁹⁷. Así pues, se puede decir que ha disminuido el porcentaje de personas que darían su vida por las convicciones religiosas, pero tales datos no describen qué porcentajes de la población estaría dispuesta a

⁷⁹⁵ PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., p. 131.

⁷⁹⁶ Sería el caso, por ejemplo, de los terroristas suicidas: "When the shy young man grinned into the video camera the day before he was to become a martyr in a Hamas suicide operation, proclaiming that he was «doing this for Allah», he was demonstrating one of the remarkable facts about those who have committed acts of terrorism in the contemporary world: they would do virtually anything if they thought it had been sanctioned by divine mandate or conceived in the mind of God. the power of this idea has been enormous. It has surpassed all ordinary claims of political authority and elevated religious ideologies to supernatural heights". JUERGENSMEYER: *Terror in the...*, op. cit., p. 216.

⁷⁹⁷ Se ha afirmado que la Modernidad "al exigir a todos los grupos religiosos, cuando menos en teoría, una aceptación de la ley civil común resultado de consensos y adaptaciones cambiantes, conlleva una necesaria desvalorización de la ley religiosa como norma global de convivencia. Como consecuencia algunos grupos religiosos no aceptan el marco moderno, puesto que estiman que las leyes y el entramado político de carácter civil tienen menor legitimidad que la leyes de Dios, que desde su perspectiva de eternidad (frente a la contingencia y mutabilidad de las otras) han de prevalecer sobre las normas de los hombres que se encuentren en disonancia con ellas". DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., p. 528. En un Estado democrático contemporáneo no es cierto que se "desvalorice" la ley religiosa. Al contrario, se reconoce la autonomía de las confesiones para promulgar y mantener su propio ordenamiento religioso, que es paralelo al civil o secular. Así, el fiel puede obedecer sin problemas las obligaciones jurídicas del ordenamiento civil y al mismo tiempo guiar su conducta según sus convicciones, que a su vez, pueden estar conformadas de acuerdo con las normas religiosas. El conflicto surgirá cuando el fiel sea destinatario de una obligación jurídica civil que entre en contradicción con una obligación religiosa. En el apartado correspondiente se analiza cómo han de resolverse estos conflictos, en los que entra en juego la objeción de conciencia y el derecho a la libertad religiosa. En ningún caso se minusvalora el ordenamiento religioso, lo que ocurre es que nunca prevalecerá una obligación de origen religioso que no respete los valores mínimos de convivencia de la sociedad democrática (por ejemplo, porque atente contra la dignidad de otro ciudadano), extremo frecuente cuando el fiel es partidario de una posición fundamentalista.

defender sus convicciones religiosas por encima de la legalidad y, por lo tanto, estarían dispuestas a ser sancionadas por desobediencia a obligaciones jurídicas en virtud del cumplimiento de obligaciones religiosas. Tal dato sería relevante a los efectos del estudio de la objeción de conciencia. También sería interesante saber qué datos arrojaría la encuesta si se llevara a cabo sólo sobre una muestra conformada por personas inmigrantes, en los que la secularización hubiera hecho menos mella y la centralidad de la religión es mayor normalmente⁷⁹⁸; y especialmente en relación a personas cuyas convicciones han sufrido menos los embates de la secularización, como es el caso de las personas que profesan creencias musulmanas⁷⁹⁹. Ha de suponerse que una persona que es capaz de dar la vida por sus convicciones religiosas estará plenamente dispuesta a sufrir sanciones o consecuencias jurídicas negativas (que han de suponerse bastante más livianas que la pérdida de la vida) cuando dichas convicciones se confronten con las obligaciones jurídicas, por lo que deberían tender más a la objeción de conciencia (incluida la objeción de conciencia *contra legem*).

Si es interesante examinar cómo se distribuye la población extranjera según las comunidades autónomas, no es menos interesante la distribución según creencias religiosas. A continuación se tendrán en cuenta datos de 2002, por lo que aún faltaban por llegar muchos inmigrantes a España⁸⁰⁰, aunque muchos otros han abandonado el país por efecto de la crisis económica. La comunidad autónoma donde residían más personas que se declaraban católicas era Extremadura, con el 94,4%, y en la cual sólo había un 0,8% de personas con otras creencias religiosas y un escaso 5,5% de agnósticos, indiferentes y ateos.

La comunidad autónoma donde la secularización se ha notado más es Cataluña, aunque probablemente se ha visto en parte frenada por la llegada de inmigrantes. En dicha comunidad "sólo" el 69,5% de la población se declaraba católica, cuando el 3,5%

⁷⁹⁸ "La centralidad de la religión es mucho más relevante en la población inmigrante que en la autóctona. El nivel de quienes dicen tener una pertenencia religiosa es parecido, en torno al 85 por ciento. Pero entre los autóctonos, para muchos la pertenencia es algo puramente genérico, cultural, mientras que entre los inmigrantes para la mayoría se trata de una pertenencia activamente vinculante, ocupando las creencias religiosas una posición central en la vida". PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., p. 39. Esa centralidad vital de las creencias, probablemente hará que condicionen, en mayor medida que en el caso de los trabajadores españoles, sus conductas laborales.

⁷⁹⁹ "Parte de la desconfianza con que algunas personas de nuestro ámbito geográfico contemplan el islam proviene en que buena parte de sus fieles mantienen una firmeza en sus valores morales que hoy es desusada en el occidente cristiano (muchos de cuyos ciudadanos han terminado por ser bastante acomodaticios en lo tocante a reglas éticas que no vienen refrendadas e - impuestas - por la fuerza de la norma jurídica). Esa firmeza explica que muchos musulmanes estén en desacuerdo con parte del estilo de vida occidental, lo cual tiene que ver con una serie de cuestiones muy heterogéneas que incluyen, a menudo, la falta de respeto a la vida humana, la pérdida de peso de la institución familiar en la organización social y política, o una obsesión por el consumo y las comodidades materiales a costa de la dimensión espiritual del ser humano. Sus argumentos convencerán a unos y no a otros, pero - como todo ciudadano - están en su pleno derecho de discrepar; y si por algo han de distinguirse nuestras democracias es por su capacidad de acomodar la pluralidad de concepciones religiosas y éticas, sin imponer un pensamiento uniforme. En eso consiste justamente su principal fortaleza". MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: "La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2015, núm. 50, p. 24.

⁸⁰⁰ PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., p. 137.

correspondía a creyentes de otras religiones, pero el 26,4% se declaraban agnósticos, indiferentes o ateos⁸⁰¹.

En la comunidad de Madrid los datos son parecidos a los de Cataluña, al tratarse de una zona económicamente avanzada y donde la población es eminentemente urbana, pero, como se verá, los porcentajes de otras religiones son más bajos. Así, el 68,7% de la población se consideraba católica en el año 2002, el 1,9% correspondía a otras religiones y el 23,2% se consideraban agnósticos, indiferentes y ateos. Curiosamente consta un porcentaje alto de "Ns/nc": un 6,2%, cuando en Cataluña sólo constaba un 0,7%. ¿Se trataría de agnósticos, indiferentes y ateos que no querían exteriorizar sus convicciones? Precisamente si tal porcentaje se añadiera a dicha tipología de encuestados, los datos serían parecidos a los de Cataluña.

El País Vasco está dividido entre católicos, como no podría ser de otro modo como consecuencia de su historia y tradiciones; y agnósticos, indiferentes y ateos, lo que resulta coherente con una sociedad económicamente desarrollada y, por lo tanto, donde ha pesado más la secularización. En dicha comunidad se definían como católicos un 73,4% de la población, un porcentaje levemente superior a Madrid y Cataluña; y un 23,5% se consideraban agnósticos, indiferentes o ateos. El aspecto que marca la diferencia con las otras dos comunidades autónomas es el bajo porcentaje de personas de otras creencias: 0,3%. Dicho dato es coherente con el que indica el bajo porcentaje de población inmigrante que reside en el País Vasco en comparación con otras sociedades económicamente avanzadas. Algo parecido ocurre con Navarra.

Obviamente en Ceuta y Melilla, por su proximidad con Marruecos y su historia, poseen porcentajes muy altos de personas que se definen como seguidores de creencias no católicas: el 16,7% y el 29,6% respectivamente.

En teoría, en aquellas comunidades autónomas donde resida un mayor número de personas con creencias no católicas es donde deberían producirse más conflictos jurídicos en los centros de trabajo. En primer lugar porque es donde existirán más probabilidades de que no coincidan el *ethos* del Derecho del Trabajo actual con las convicciones religiosas propias de los trabajadores; y, en segundo lugar, porque todo apunta a que son los creyentes no católicos los trabajadores que estarían quizás más dispuestos a desobedecer obligaciones jurídicas si entran en contradicción con sus convicciones religiosas más íntimas. Naturalmente, ello no es óbice para señalar que aunque en principio las normas laborales se adecúan más a las convicciones católicas, por razones históricas por todos conocidas y que se ponen de manifiesto a lo largo de la presente investigación, tal grado de mayor adecuación no significa ni mucho menos que no se puedan materializar conflictos de conciencia respecto algunas cuestiones que puedan guardar relación con aquellos dogmas católicos más señalados y que puedan ser muy relevantes para los trabajadores católicos: la vida (aborto, eutanasia...), la homosexualidad, el respeto del domingo como festivo si el trabajo alcanza grandes cotas de flexibilidad, etc.

⁸⁰¹ "Mientras tomamos conciencia de que la sociedad catalana del siglo XXI es una sociedad secular, o secularizada, una sociedad laica, una sociedad emancipada de las antiguas y tradicionales tutelas religiosas sobre todo los ámbitos de la vida, descubrimos que es una sociedad religiosamente rica y plural, en la cual hay un florecimiento - incluso insospechado para muchos - de movimientos religiosos en plena efervescencia". AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 417.

De hecho, a pesar de que la secularización ha afectado fundamentalmente los creyentes católicos, lo cierto es que aunque a veces unas normas morales concretas puedan ser calificadas de "tradicionales", o no se sepa o quiera apreciar su origen católico, es destacable que un gran número de españoles entiende que la religión es importante para la educación de los hijos. En el año 2008 así lo consideraba un 43,1% de la población frente a un 50,3% que estaba en desacuerdo. De las personas que estaban de acuerdo con la importancia de la religión para educar a los hijos, la afirmación de "*porque la religión proporciona un conjunto de normas morales claro y conveniente para los hijos*" se puntuó en un 8,3 sobre 10, incluso por encima de la importancia anudada a formarse como creyentes⁸⁰². Es decir, para los padres es relevante encontrar un "código ético", un código de conducta sistematizado más allá de las creencias religiosas propias. Todo ello, naturalmente, puede incidir en el comportamiento de los trabajadores en sus puestos de trabajo, que se regirán por normas morales que incluso puede ser que no aprecien como "religiosas", como sí ocurría con generaciones anteriores⁸⁰³.

Por otro lado, en las comunidades autónomas donde resida un mayor número de personas de creencias no católicas y de agnósticos, indiferentes y ateos⁸⁰⁴ es donde podrán surgir mayores conflictos en las empresas de tendencia, que en su mayoría en lo que aquí interesa serán regidas por convicciones católicas; puesto que por el momento existen pocas empresas de tendencia en España que se rijan por doctrinas religiosas no católicas, y aunque sería conveniente profundizar más desde un punto de vista sociológico y jurídico las interacciones de las denominados empresas o negocios "étnicos" en su medio (se sitúan especialmente en las ciudades más plurales y globalizadas).

Como se puede comprobar, la secularización no ha significado en España la desaparición de la religión, o que las conductas humanas dejen de guiarse por ella. De hecho, se puede afirmar que Europa es la excepción a la regla, pues mundialmente la religión sigue rigiendo las vidas de la mayoría de la población⁸⁰⁵. Al contrario, España va ganando en

⁸⁰² PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., pp. 148-149.

⁸⁰³ "La inmensa mayoría de los españoles han estado influidos por la religión católica en los últimos cincuenta años. La victoria del «bando nacional» en la guerra civil conllevó un proyecto de restauración católica del país con apoyo estatal. Por este motivo son muy pocos los españoles que no han recibido una socialización religiosa". DÍAZ-SALAZAR MARTÍN DE ALMAGRO: "La transición religiosa...", en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., p. 103.

⁸⁰⁴ "El proletario moderno, caso de adoptar una posición religiosa particular, así como amplios estratos de la burguesía propiamente moderna, se caracterizan por la indiferencia o el rechazo de lo religioso. La dependencia del trabajo propio es limitada o compensada por la conciencia de la dependencia de situaciones puramente sociales, de coyunturas económicas y de relaciones de poder garantizadas legalmente (...). El racionalismo proletario así como el racionalismo de una burguesía que tiene el poder económico en un capitalismo plenamente desarrollado, que es un fenómeno complementario, no pueden por sí mismos mostrar fácilmente un carácter religioso, y en todo caso no pueden producir fácilmente una religiosidad. Más bien la religión suele sustituirse con otros sucedáneos ideales". WEBER: *Sociología...*, op. cit., p. 157. Si bien no le falta parcialmente razón a Weber en cuanto a los efectos de la secularización en un capitalismo cada vez más avanzado; lo cierto es que los datos sociológicos disponibles de la España contemporánea muestran claramente que la religión sigue estando presente en la sociedad, y concretamente en el mundo del trabajo, que obviamente no se trata de un ámbito estanco de las otras realidades sociales.

⁸⁰⁵ Respecto a la "muerte de la religión" se ha afirmado que "*la sociología clásica no tenía razón al anunciarla, ni tan siquiera para el trozo de realidad social que estaba observando; la sociología contemporánea conviene en que Europa occidental es la excepción (...) dentro de un mundo que*

pluralidad religiosa año tras año, fenómeno provocado a su vez por una evolución positiva e *in crescendo* de una sociedad cada vez más multicultural motivada por la fase avanzada de la globalización y con la llegada constante de inmigrantes⁸⁰⁶. Sí que se ha podido comprobar que en el caso de los españoles la religión es vivida de forma diferente a la de hace unos años. La secularización empezó más tarde, pero ha ido más rápida y ha sido muy profunda, mutando las actitudes religiosas en un tiempo mucho más corto que en otras sociedades económicamente avanzadas⁸⁰⁷. En pocas palabras, la religión no ha muerto en España durante la postmodernidad, sino que se está viviendo de forma diferente⁸⁰⁸; evitando la institucionalización; de forma más privada, menos reglamentada⁸⁰⁹; los creyentes ya no comparten muchos de los dogmas de la Iglesia,

no está secularizado, o lo está poco, desde el punto de vista de las conciencias individuales". PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., p. 358.

⁸⁰⁶ Una pluralidad religiosa que ya era notada, aunque con otras magnitudes, a principios de los años noventa del siglo XX cuando aún estaba por llegar el grueso de la inmigración: "*Hablar de una diversificación religiosa de la sociedad española puede parecer demasiado irreal si tomamos en cuenta el número de seguidores de las «nuevas» religiones. Sin embargo, aunque sus seguidores son muy pocos, o incluso relativamente numerosos en algunas partes del país, su muy activa, a veces militante, presencia ha significado que, desde mediados de los años ochenta, se haya extendido entre los españoles el sentimiento de que existe un cierto pluralismo religioso en el país*". GINER DE SAN JULIÁN y SARASA URDIOLA: "Religión y Modernidad...", en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., pp. 63-64. Dichos autores añaden con certeza: "*A pesar de las conversiones, las nuevas religiones y el incipiente pluralismo religioso en algunos sectores sociales, España en su conjunto parece reacia a perder su identidad religiosa tradicional, aunque nunca antes tantas gentes se hayan distanciado como hoy de la Iglesia, sobre todo tornándose católicos laxos*" (p. 74).

⁸⁰⁷ "*Se trata de un cambio concurrente con las transformaciones experimentadas por la sociedad española, que en 1950 era también más parecida a la de un siglo atrás que a la de 1975. La secularización fue posible gracias a los efectos acumulativos del desarrollo económico y el crecimiento de la renta per cápita, la industrialización y la transformación de las fuerzas de trabajo, la urbanización y la difusión de una mentalidad moderna, el surgimiento de las nuevas clases medias y la cristalización de nuevos valores, usos o comportamientos sociales; gracias, en suma, a ese cambio estructural tan gigantesco que llevó a España en sólo dos décadas a la situación similar que a Estados Unidos, por ejemplo, le costó las seis décadas que van desde 1880 a 1940, y a Canadá las cinco transcurridas desde principios de siglo hasta 1951*". MONTERO GIBERT, José Ramón: "Las dimensiones de la secularización", en AAVV: *Religión y sociedad en España*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1993, p. 176.

⁸⁰⁸ "*Los ideólogos de la Modernidad pronosticaron que el destino inexorable de la religión era su declive. Según entendían, la Modernidad y la religión resultaban incompatibles. Los procesos que acompañaban a aquélla (diferenciación, racionalización, industrialización, urbanización, pluralismo, etc.) socavarían las bases sociales de las representaciones y prácticas religiosas, haciendo así inevitable el desarrollo del proceso de secularización. Este pronóstico parece no haberse cumplido*". PÉREZ-AGOTE POVEDA, Alfonso y SANTIAGO GARCÍA, José A.: *La situación de la religión en España a principios del siglo XXI*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2005, p. 7. "*En la sociedad postmetafísica que vive tras la muerte de Dios lo divino retorna de tal modo que requiere ser pensado desde categorías distintas, plurales y heterogéneas. La religiosidad adquiere un sentido fragmentado, heterogéneo y múltiple con distintas formas de presencia, creencia, experiencia. Esta expresión religiosa no se da ya de forma unitaria, sino dispersa y maleable*". SÁNCHEZ GÓMEZ, Elena: "Modos de religiosidad en la contemporaneidad", en AAVV: *Europa, Siglo XXI: secularización y Estados laicos*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006, p. 272.

⁸⁰⁹ "*Las últimas fases del proceso de secularización no han significado la victoria final de una religión «privada» o «sin reglamentar», aunque ambas formas de vida religiosa, tan propias de la Modernidad, han experimentado un notable progreso. Ni la completa privatización religiosa, ni un efectivo confinamiento de las instituciones religiosas a la esfera de la sociedad civil, han tenido lugar todavía. Hay señales, empero, de que el camino hacia ellas puede haber quedado abierto definitivamente*". GINER DE SAN JULIÁN y SARASA URDIOLA: "Religión y Modernidad...", en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., p. 81.

como la existencia del infierno o el purgatorio, especialmente en materia social o sexual; se distancian de la ortodoxia⁸¹⁰; los creyentes son menos practicantes, asisten menos a los cultos de forma regular, excepto en aquellos casos de ceremonias de gran arraigo tradicional (bautizos, bodas, funerales).

Al mismo tiempo los nuevos residentes extranjeros están haciendo revivir la religión de una forma más tradicional, lo que constituye hasta cierto punto una ironía⁸¹¹; aunque según los cauces tradicionales de sus países, no según los cánones europeos postmodernos. Serán necesarios nuevos estudios empíricos para determinar cómo evoluciona la secularización en España⁸¹², dado que están concurriendo en la actualidad muchos elementos que la pueden afectar y que distan de ser lineales o invariables en el tiempo, especialmente en relación al modo de vivir la religión por parte de la segunda y tercera generación de trabajadores inmigrantes, respecto de los cuales habrá que calibrar cómo afecta el proceso secularizador en relación al eventual desarraigo geográfico que provoca el proyecto migratorio seguido por los padres o abuelos, o los problemas identitarios de adscribirse a religiones cada vez más globales y deslocalizadas⁸¹³.

Ahora bien, es momento de determinar cuál es la presencia en España de creyentes de otras religiones que no sea la católica, que en la actualidad sigue siendo de forma indiscutible la religión hegemónica; aunque como se ha visto de una forma muy diferente

⁸¹⁰ "Es verdad que los españoles, en un 80% siguen definiéndose como católicos. Pero también lo es que, sin embargo, esta definición no lleva implícitas, en la misma medida, ni una preocupación por la ortodoxia de sus creencias, ni un cumplimiento de las prácticas obligatorias según la Iglesia católica, ni una atención a la doctrina de ésta a la hora de comportarse en las diferentes esferas de la vida personal y social". PÉREZ-AGOTE POVEDA y SANTIAGO GARCÍA: *La situación de la religión...*, op. cit., p. 123.

⁸¹¹ Así, por un lado, Europa y España se han visto afectadas de forma importante por el proceso secularizador, pero al mismo tiempo los inmigrantes han hecho revivir el fenómeno religioso: "It is ironic that at precisely the moment when the historic religions in Europe are losing control of both the belief systems and life-styles of many modern Europeans, there should arrive in Europe representatives of religious communities from diverse (mostly pre-colonial) parts of the world, whose religions lives are far more tightly controlled, at least in the short term, than those of the average European". DAVIE: *Europe: The exceptional...*, op. cit., pp. 38-39.

⁸¹² No por casualidad existe una íntima relación entre sociología, trabajos empíricos y calidad democrática: "Es bien sabido que las investigaciones sociológicas están hoy más avanzadas en los países que cuentan con una larga tradición de gobierno democrático. Aquí me limito a una observación: donde para gobernar se recurre menos a la fuerza y más a la persuasión se precisa un conocimiento más ajustado de los interesados, las necesidades, las ideas de los distintos grupos que componen la sociedad. Las investigaciones sociológicas son uno de los instrumentos que propician ese conocimiento". BOBBIO: *Iusnaturalismo y positivismo...*, op. cit., p. 71. Así, es evidente que el legislador español debería potenciar los estudios empíricos en materia de actitudes y valores religiosos, un buen ejemplo es la magnífica tarea llevada los últimos años por el Centro de Investigaciones Sociológicas, para poder adecuar de la mejor manera posible su actividad legislativa a las necesidades de los ciudadanos, pero también para poder aprovechar las potencialidades existentes en esta materia.

⁸¹³ "Al desarraigo de un lugar geográfico se une la secularización: las religiones no se reconocen ya en una cultura que ellas mismas generaron (el caso de Europa y el cristianismo es claro) o en el que se desenvuelven actualmente (Europa y el mundo musulmán). En este contexto, las religiones parecen separarse del marcador socio-cultural y «reinventarse» apelando a una universalidad y autenticidad hasta ahora poco conocida. Así, el Islam autóctono que viven los inmigrantes de primera generación no es el de sus hijos o el de sus nietos: el de estos últimos no se alimenta de las tradiciones de la aldea de origen, sino de un ordenador conectado a internet y apela a una autenticidad de orígenes no territorializados, virtuales. En definitiva, la combinación de deslocalización, globalización y secularización significa una especie de «reinvención» de lo religioso, que se expande con fuerza a través de un mundo globalizado". PALOMINO LOZANO: *Neutralidad del Estado...*, op. cit., pp. 35-36.

a la de hace unos siglos, incluso a la de hace unas pocas décadas. A pesar del aumento de ciudadanos que sostienen visiones agnósticas, ateas o indiferentes, por el momento la mayoría de la población en España es religiosa, aunque de una forma más difusa que hace unos años⁸¹⁴.

No existe ningún censo, ni oficial ni extraoficial, que pueda ofrecer unos datos reales del número de residentes en España, españoles o no, con un desglose de las creencias religiosas que ostenten⁸¹⁵. De hecho, como es sabido, el art. 16.2 CE establece que "*nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*". Ello no obsta a que, por motivos estrictamente científicos y con las máximas garantías, se pudiera llevar a cabo algún registro voluntario.

Como se verá a continuación, las religiones minoritarias gozan en España de buena salud a pesar de los impedimentos tradicionales que han sufrido. Unas religiones resurgen, ya sea a través de incorporación de nuevos miembros a las confesiones ya existentes, ya sea a través de conversiones, especialmente de católicos al islam⁸¹⁶ o al budismo⁸¹⁷. En otros casos, los nuevos inmigrantes engrosan las filas de las religiones que ya estaban en España, como los evangélicos o los musulmanes, sin que parezca que el sincretismo religioso sea un fenómeno apreciable tal y como ha acontecido en otros

⁸¹⁴ "España no es ni un país eclesialmente católico (la mayoría de los ciudadanos ni son católicos practicantes ni aceptan el magisterio oficial de la Iglesia) ni una nación poblada por personas agnósticas e indiferentes (los españoles religiosos duplican en número a los no religiosos). La religión, tanto en la historia como en la actualidad, es un hecho público relevante, pero no se puede sociológicamente identificar al catolicismo - con su gran carga de religiosidad difusa y popular - con Iglesia. Otra cosa es que, ciertamente, dicha institución es una de las más grandes de España, pues pocas abarcan el número de ciudadanos que pertenecen a la misma". DÍAZ-SALAZAR MARTÍN DE ALMAGRO: "La transición religiosa...", en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., p. 122.

⁸¹⁵ "Según datos del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), algo menos de la mitad de la población inmigrada sería de origen católico. Los cálculos expertos sitúan en torno a 1.500.000 el número de evangélicos residentes en España, pero hay que tener en cuenta que parte de esta población proviene de aproximadamente la mitad (datos del CIS) de la población gitana convertida a esta confesión. Los musulmanes representarían una población ligeramente inferior a los evangélicos. Y los ortodoxos conformarían una población algo superior al medio millón. Estos son cálculos de expertos más o menos coincidentes. Mientras el censo español no recoja datos religiosos no podemos tener datos fidedignos. Tanto los católicos como los evangélicos y musulmanes provienen de sociedades en las que la religión no ha sufrido un proceso de secularización y de diferenciación social (sobre todo entre las esferas, religiosa, cultural y política)". PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., pp. 38-39. Sobre la problemática de realizar estadísticas en materia religiosa vid. DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., pp. 558-561.

⁸¹⁶ La religión preconizada por Mahoma frecuentemente ha sido denominada en Occidente como "mahometismo". Sin embargo, Mahoma la denominaba "islam", sumisión, una sumisión al único Dios verdadero, Allah. SANS, Isidro María: "Síntesis de historia de las religiones", en AAVV: *Filosofía de la religión. Estudios y textos*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2005, p. 63. Por tal razón, en el presente trabajo se utiliza la denominación "islam" o "musulmán", y se obvia el término "mahometano".

⁸¹⁷ "Las religiones han resurgido como fuerza social, han cobrado relevancia política, han recuperado el espacio público perdido en las décadas anteriores y se han convertido en elemento fundamental de identidad cultural y nacional, sobre todo en algunos países donde el fenómeno religioso fue severamente reprimido o simplemente neutralizado". TAMAYO ACOSTA: "Las fuentes mítico-religiosas...", en AAVV: *Europa, Siglo XXI...*, op. cit., pp. 137-138. El proceso de secularización es un fenómeno relativo en las sociedades contemporáneas.

momentos históricos⁸¹⁸; o incluso aparecen nuevas religiones, algunas de nuevo cuño que ofrecen originales señas de identidad a sus adeptos⁸¹⁹ y una fuerte disciplina⁸²⁰, y otras creencias simplemente ausentes de la geografía española en tiempos precedentes. De todas formas, es evidente que el principal motivo del resurgir religioso en España está directamente motivado por el fenómeno migratorio, por el hecho de haber pasado a ser un país de emigrantes, católicos; a un país de acogida de inmigrantes, católicos y de otras muchas creencias, así como comunitarios y extracomunitarios, los últimos con un rigor religioso superior a los ciudadanos de otros estados de la Unión⁸²¹. Se ha constatado empíricamente que de forma progresiva los españoles se van acostumbrando a la pluralidad y ya no creen que su religión, que normalmente es la católica, sea la única verdadera y los creyentes de otras religiones tengan creencias erróneas⁸²²; un fenómeno que se produce habitualmente cuando unas religiones están en contacto directo con otras e interaccionan continuamente conforme crece el pluralismo⁸²³.

⁸¹⁸ "Los sistemas de creencias viajan con las personas, forman parte de su bagaje cultural y se incorporan cada vez con más intensidad dentro de los patrones de definición de las migraciones. Si durante las migraciones coloniales se produjeron importantes procesos de sincretismo religioso, fundamentalmente entre las religiones animistas africanas y el cristianismo y el catolicismo, derivando en formas de culto mestizas, tanto en el Caribe como en el Brasil, las tendencias contemporáneas sin llegar a excluir el sincretismo como proceso de interculturación, lo dejan en un segundo término". LACOMBA: *Historia de las migraciones...*, op. cit., p. 214.

⁸¹⁹ "Los nuevos movimientos religiosos se canalizan en la línea de un sincretismo vitalista y heterodoxo, ya que hay un gran relativismo de las creencias y desconocimiento de los rasgos esenciales de cada credo específico. Funcionan como grupos cerrados que ofrecen ley y orden, seguridad e identidad, en una sociedad en la que el individuo se siente cada vez más perdido. Las estrategias con las que responden los nuevos movimientos religiosos a las demandas sociales se basan en una religiosidad cada vez más difusa y moralista, y una identidad grupal fuerte". ESTRADA DÍAZ: "Globalización, postmodernidad...", en AAVV: *Historia...*, op. cit., p. 443.

⁸²⁰ Algunas de ellas incluso puede vulnerar las libertades más básicas. Sobre un supuesto de "desprogramación" de unos adeptos respecto a los postulados de una secta y los problemas jurídicos que ello plantea puede consultarse la STEDH de 14 de octubre de 1999, caso Riera Blume y otros contra España (TEDH 1999, 47).

⁸²¹ "Un fenómeno absolutamente nuevo y de una vitalidad enorme se comienza a producir en España en el último cambio de siglo. España había sido tradicionalmente un país de inmigración. Este proceso ya se había detenido, pero en el momento señalado, el proceso se invierte. España comienza a recibir importantes flujos de inmigración de América Latina, de África y también de Asia. Y un poco más tarde de Europa del Este. El proceso es tan vigoroso que España en un decenio pasa de ser un país de fuerte homogeneidad cultural y religiosa, a ser una sociedad con una fuerte diversidad cultural y religiosa. Una parte de los llegados son católicos y otra parte aporta una fuerte variedad de confesiones religiosas. Y el grado de religiosidad de estas poblaciones es, en general, mayor que el de los españoles". PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., pp. 33-34.

⁸²² "La desarticulación de un sistema de creencias compacto, trabado y homogéneo puede seguir profundizándose. Esta tendencia (...) está reforzada por el creciente número de españoles que afirman que no existe una única religión verdadera, sino verdades y significados fundamentales que se pueden encontrar en todas las grandes religiones del mundo. En 1989 sólo un 41% de españoles afirmaba que la religión verdadera era la cristiana (un 24,3% decía que lo era la católica)". DÍAZ-SALAZAR MARTÍN DE ALMAGRO: "La transición religiosa...", en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., p. 99.

⁸²³ Un ejemplo claro de dicho fenómeno lo conforma el caso escocés: "It is easy to believe that one's religion is absolutely right in every detail when there is no competition. Every increase in competition makes that certainty, that dogmatism, more and more difficult to maintain. If the competing faith belongs to some subordinate social minority, it can be dismissed as only fitting for that kind of people, but when small communities of socially similar people start to fragment, so that some stay in the Church of Scotland and some go to the Free Church down the road and some attend a Baptist meeting around the corner, and you live and work with these people, it becomes

A continuación se describen algunas de las religiones minoritarias con presencia en España y que por su número de fieles y características es más probable que puedan tener alguna relevancia jurídica, en un sentido u otro, en el desarrollo de la relación laboral respecto al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y la prohibición de discriminación por razón de creencias religiosas. Es interesante destacar que la mayor litigiosidad laboral a principios de los años noventa del siglo XX en Estados Unidos de América corresponde a adventistas, confesiones protestantes y los denominados "sabatarians", es decir, aquellas confesiones como los adventistas que son partidarios de centrar en el sábado el día festivo semanal por antonomasia⁸²⁴. Quizás el futuro de los conflictos jurídico-laborales en España no sea tan diferente del pasado reciente estadounidense en cuanto a los colectivos afectados. Aunque sí lo fuera lo que probablemente no variará son las posibles causas: indumentaria, festivos, etc⁸²⁵.

Aunque existe un pequeño número de musulmanes no inmigrantes formado por conversos españoles y un número mucho mayor de musulmanes nacionalizados, el grueso de los musulmanes que residen en España lo forman musulmanes que han inmigrado por motivos económicos principalmente, y que en su mayoría son trabajadores por cuenta ajena⁸²⁶. Por tal razón, se asientan fundamentalmente en las zonas más dinámicas económicamente del país, como es Cataluña, donde reside el mayor número de ellos con diferencia⁸²⁷. Por lo tanto, resulta obvio que el Derecho del Trabajo no los puede obviar, pues si el motivo de la migración es de índole económica-laboral será el Derecho del Trabajo una de las disciplinas que jugará un rol especial a la hora de conseguir que dichos trabajadores se adapten perfectamente a los centros de trabajo mediante el respeto de los derechos fundamentales individuales, entre ellos el derecho a la libertad religiosa. Se calcula que residen en España unos 500.000 musulmanes⁸²⁸. Si los moriscos fueron expulsados en el año 1611 (obviamente ello no significa que en

more and more difficult to insist that your own link with God is unique and that the others are all wrong". BRUCE: Religion in the modern..., op. cit., p. 77.

⁸²⁴ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 165-167.

⁸²⁵ "The cultural disestablishment of Christianity and a more religiously diverse workforce arguably lead to a greater potential for tensions. When two workers discuss their faith around the water cooler, the likelihood that they are coming from the same broad tradition is lower than it was even a few decades ago. The outfits or dress that people wear to work varies widely, partly based on religion. Many people are likely to ask for vacation time to celebrate religious holidays and, at a minimum, the number and variety of those holiday dates have increased. Even as we recall the potential for positive opportunities to arise from religious encounter, it becomes important to explore the nature of potential conflicts that occur when people seek to live their faith - diverse faiths - in the workplace". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 68.

⁸²⁶ "¿Cuál es, en efecto, la tipología de los musulmanes que residen en Cataluña? Una pequeña minoría, numéricamente bastante insignificante, de diplomáticos, profesionales, empresarios y universitarios; unos cuantos conversos, unos cuantos refugiados políticos y unos cuantos comerciantes; y una inmensa mayoría de mano de obra poco o nada cualificada, fundamentalmente de origen rural. Los musulmanes son hoy, en la Cataluña de principios del siglo XXI, el equivalente de lo que representaron las sucesivas olas migratorias peninsulares del siglo anterior". AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 192.

⁸²⁷ CIÁURRIZ LABIANO, María José: "La situación jurídica de las comunidades islámicas en España", en AAVV: *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2004, p. 28.

⁸²⁸ DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., p. 503. La necesidad de acomodación lógicamente es enfatizada en toda Europa donde existe presencia de musulmanes: "Finding ways to accommodate the growing Muslim presence in this part of the world is, in my view, one of the principal challenges facing twenty-first-century Europeans (and at all levels of institutional existence)". DAVIE: *Europe: The exceptional...*, op. cit., p. 10.

realidad hubiera presencia de personas de fe musulmana que ocultara sus convicciones) la primera institución islámica que se fundó en España desde entonces fue la Asociación Musulmana de Melilla en 1968⁸²⁹.

Según la Federación de Comunidades Judías de España había en el año 2006 unos 20.000 judíos inscritos en alguna de las comunidades existentes, pero es posible que su número alcance los 40.000 creyentes, ya que muchos optan por no inscribirse⁸³⁰. Se calcula que en la actualidad residen 8.000 judíos en Cataluña, que residen en su mayoría en el área de Barcelona, lo que se erige en una de las comunidades más numerosas. Cerca de la mitad pertenece a la Comunidad Israelita de Barcelona y unos doscientos cincuenta son miembros de la Comunidad Judía Atid de Cataluña, de creación más reciente⁸³¹.

Según la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) en el año 2006 había en España 400.000 protestantes aproximadamente y más de 2.000 congregaciones⁸³². Sólo en Cataluña habría unos 30.000 protestantes, de los cuales 15.000 serían pentecostales, y existirían 400 lugares de culto⁸³³.

Los Testigos de Jehová, a pesar de su origen estadounidense, tienen presencia en España desde hace décadas, siendo especialmente activos durante el franquismo por su lucha contra el servicio militar, tal y como se explica en el capítulo correspondiente cuando se trata la objeción de conciencia. Se calcula que podría haber en España unos 100.000 fieles⁸³⁴. Su actividad en España se remonta al período en que tuvo lugar la Primera Guerra Mundial. Como ocurre con otras confesiones religiosas, se desconoce el número de creyentes o lugares de culto existente durante la II República. Pero dada la importancia de las publicaciones para dicha confesión religiosa, su actividad editorial puede servir como termómetro para conocer su implantación en España. Desde dicho punto de vista, se estima que hacia el año 1930 había más de 1.500 suscriptores a la revista "La Torre del Vigía", cuya tirada alcanzó los 40.000 ejemplares en 1931. Antes del advenimiento de la Guerra Civil, se habían impreso unas cuarenta obras en diferente formatos, como son libros, revistas y folletos. Al mismo tiempo, la emisora catalana Radio EAQ, Radiodifusión Iberoamericana, emitió en esos años tres programas semanales preparados y presentados por los Testigos de Jehová⁸³⁵. Inauguraron una primera oficina en Madrid, que fue clausurada a causa de la Guerra Civil. En 1947 reemprendieron sus

⁸²⁹ PÉREZ VAQUERO, Carlos: "La observancia de los ritos funerarios musulmanes y la policía sanitaria mortuoria (Española y Europea)". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2015, núm. 50, p. 39.

⁸³⁰ BENASULY: "Los judíos en la España...", en AAVV: *La nueva realidad...*, p. 113. En el mismo sentido: "Es difícil estimar el número de judíos que viven hoy en España, porque muchos de los que llegaron en los últimos años o no se dan a conocer o, simplemente, no quieren estar inscritos en una Comunidad. Calculo que la población judía puede estar entre las 20.000 y 40.000 almas, pero la cifra de inscritos y conocidos no superan los 14.000 judíos (fuentes del Congreso Judío Europeo). La mayoría proviene de una inmigración de habla española, procedente de comunidades judías del norte de Marruecos o de países sudamericanos, principalmente la Argentina". BENASULY, Alberto: "Asistencia religiosa, alimentos y festividades en los Acuerdos de cooperación de 1992", en AAVV: *Pluralismo religioso y Estado de derecho*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 339-340.

⁸³¹ AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 30.

⁸³² GRAU BELTRÁN, Silvia: "El protestantismo en España...", en AAVV: *La nueva realidad...*, op. cit., p. 75.

⁸³³ AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 99.

⁸³⁴ DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., p. 476.

⁸³⁵ VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, op. cit., p. 48.

actividades y desde entonces el número de fieles en España no ha parado de aumentar. Se calcula que en 1951 había en España 121 miembros, en 1959 había 1.394 miembros, y en 1963 había 3.303 miembros⁸³⁶. En cambio, en abril de 1970 se contabilizaron 11.013 Testigos de Jehová en España, lo que da una idea del aumento de seguidores en los últimos años. Los Testigos de Jehová solicitaron su inscripción legal en el Ministerio de Justicia el 22 de diciembre de 1967, pero no fueron legalizados hasta el 10 de julio de 1970⁸³⁷.

La presencia adventista en España es relativamente lejana en el tiempo. En 1903 llegaron los primeros adventistas a Barcelona desde California, concretamente se trataba de tres misioneros que venían para propagar sus doctrinas. La Asociación de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día en España, que se acogió a la Ley de Libertad religiosa promulgada por el régimen franquista, contaban en 1967 con unos 6.700 fieles, y en la actualidad dispone de unos sesenta lugares de culto y cuenta entre siete y ocho mil creyentes⁸³⁸.

El establecimiento en España de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (mormones) se remonta a los años 70 del siglo XX. Dicha presencia empezó en Madrid y desde la capital se expandió al resto de territorio. Se calcula que viven en España unos 30.000 miembros y existen 150 congregaciones en funcionamiento⁸³⁹.

Los cuáqueros eran en España unos cincuenta fieles en los años 70 del siglo XX. Como muchas otras creencias, encuentran su origen en los Estados Unidos. El nombre de cuáqueros proviene de su fundador, George Fox (1624-1690), que indignado advirtió a los miembros de un Tribunal que un día temblarían ante la justicia del tribunal de Dios. A lo que el Tribunal respondió: "*Ustedes no son más que tembladores*" (*to quake*: temblar, vibrar). Dicho movimiento se ha caracterizado siempre, hasta la actualidad, por su pacifismo acérrimo. Los cuáqueros reconocen firmemente la libertad de conciencia de cada uno de los creyentes. El cuáquero goza de una libertad absoluta en materia de interpretación religiosa. Sobre su vida y el desarrollo de la fe rige el libre albedrío⁸⁴⁰.

La Fe Baha'í es una religión o conjunto de creencias universalista que sincretiza todas las religiones. Proclama, entre sus principio básicos, la abolición de los prejuicios raciales, religiosos, de nacionalidad y de clase social⁸⁴¹. Cuenta aproximadamente con unos 4.000 fieles en España⁸⁴².

Anteriormente ya se han cuantificado el número de sijs mundialmente. Se calcula que fuera de la India, en la diáspora, en el año 2004 vivían unos 2.151.000 sijs. La mayoría de ellos vivían en el Reino Unido (750.000), en los Estados Unidos (500.000) y en Canadá (400.000). En el año 2002 había registrados en España unos 25.000 surasiáticos, pero la mayoría eran paquistaníes musulmanes. Aunque se desconoce el número de sijs en España, se estima que por aquel entonces había en España unos 500 sijs, la gran

⁸³⁶ VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, op. cit., p. 158.

⁸³⁷ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, op. cit., pp. 273-275.

⁸³⁸ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, op. cit., pp. 151-173. AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., pp. 143-144.

⁸³⁹ AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 158.

⁸⁴⁰ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, op. cit., pp. 230-244.

⁸⁴¹ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones...*, op. cit., p. 255.

⁸⁴² AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 222.

mayoría de ellos residiendo en Barcelona, que es donde se encuentran la mayoría de templos (*gurduaras*)⁸⁴³.

Es entonces evidente que la sociedad española está sometida a una mutación continua en materia religiosa, fenómeno que goza de gran vitalidad y dinamismo.

1.4. Situación de los extranjeros, identidades y nuevo rol del Derecho del Trabajo: inclusión de los trabajadores de religiones minoritarias en una sociedad multicultural

"Queríamos mano de obra y vinieron personas". Se trata de una célebre cita del escritor suizo MAX RUDOLF FRISCH (1911-1991) que guarda plena actualidad. Las personas que abandonan su tierra y llegan a España para trabajar no dejan de ser personas, con sus necesidades, con su dignidad, con sus costumbres, con sus creencias, en definitiva: con su identidad. De todo ello en su conjunto se hablará a continuación.

Se ha podido comprobar que la religión está muy presente en la sociedad española y que la secularización la ha afectado decisivamente, pero no la ha hecho desaparecer, ni mucho menos⁸⁴⁴. De una sociedad que había tendido fuertemente a la homogeneidad, resulta que en la actualidad está formada por personas de infinidad de nacionalidades; algunos son de origen extranjero pero tienen la condición de ciudadanos españoles (por ejemplo, porque se han nacionalizado, porque ya nacieron aquí aunque fueran hijos de extranjeros), otros son extranjeros de países comunitarios o familiares que tienen relación con ellos y les es de aplicación la normativa comunitaria, otros son titulares de autorizaciones de residencias según la normativa de extranjería, y otros son extranjeros en situación administrativa irregular. A partir de dichos datos fácticos se ha constatado que la pluralidad cultural, pero también la étnica y la religiosa se ha disparado en España, sin que el proceso secularizador se haya detenido⁸⁴⁵.

Y en este punto se centra uno de los problemas clave. Aunque hasta el siglo XIII no parece que es usado el término "español"⁸⁴⁶, pues hasta entonces todos los pueblos

⁸⁴³ PÁNIKER, Agustín: *Los sikhs*. 1ª edición. Barcelona: Kairós, 2007, pp. 316-320.

⁸⁴⁴ *"La tesis sociológica de las relaciones contradictorias entre Modernidad y religión ha pasado por una serie de períodos históricos, en cada uno de los cuales se señala una excepción a la regla. Hasta la época contemporánea, en que la secularización llega a convertirse en la excepción y la pervivencia de la religión en la regla"*. PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., p. 13.

⁸⁴⁵ *"España ha sufrido un proceso de secularización individual muy tardío, tanto que se puede decir que en nuestros días estamos de lleno inmersos en él; pero además, el sistema democrático que se instala, a la muerte de Franco en el último cuarto del siglo XX, sigue teniendo fuertes problemas para separar claramente el Estado de la Iglesia católica. Y sin que estos procesos hayan alcanzado una cierta distensión, un nuevo proceso viene a hacer más complejo el devenir de la religión. Y es que la fuerte expansión de la economía española durante este último cuarto de siglo ha tenido un efecto llamada en poblaciones de sociedades económicamente más débiles. Y, con ello, el paisaje religioso se ha vuelto mucho más complejo"*. PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., pp. 32-33.

⁸⁴⁶ *"Los romanos llamaban Hispania a la Península Ibérica, provincia de su imperio. En el latín hablado por quienes no leían, ni ante vocal sonaba ñ hacia el siglo III d. de C. Por su parte, la i de Hispania ya se pronunciaba como e en los primeros siglos del imperio. Es decir, hacia el año 300 la mayoría de los latinoparlantes decía España, aunque los cultos escribieran Hispania. Cuando la*

cristianos que moraban en la Península eran simplemente denominados "cristianos"; desde su aparición la identidad española ha pivotado en la "raza" (denominada impropriamente española)⁸⁴⁷ unida a la religión católica, apostólica y romana; interpretada además la religión de una forma normalmente inflexible y apegada fuertemente al credo tridentino. Obviamente, no sólo se ignoraba que España se basaba en una situación inicial de pluriculturalidad y plurilingüismo (el monarca absolutista Felipe V es un ejemplo de ello), una pluriculturalidad que ha marcado decisivamente por mucho que se haya querido minimizar el devenir de todos los habitantes de la Península (ciencia, filosofía, lengua, técnica, modos de observar el mundo, etc.)⁸⁴⁸; sino que simplemente era considerado un anatema que un español pudiera ser musulmán, protestante o judío. El no católico, o no blanco, por definición era considerado "extranjero" (un católico no blanco o un blanco no católico también era considerado extranjero). Y el esclavismo de indios o negros africanos estuvo al orden del día hasta bien entrada la Modernidad, junto con la vigencia de la Inquisición. De hecho, según parece y defendió denodadamente AMÉRICO CASTRO, la denominación "español" paradójicamente posee una etimología asimismo extranjera.

De este modo, si la España actual dista de estar formada exclusivamente por personas blancas, que hablen castellano (estadísticamente aún es más difícil que un extranjero

lengua castellana comenzó a escribirse en los siglos XI y XII, quienes moraban en los reinos cristianos carecían de un nombre no religioso que a todos los abarcara. En diplomas extranjeros anteriores al siglo XIII, al habitante de la España cristiana lo llamaban Hispanus o Hispaniscus (...). Habría que añadir a esto que en la época visigótica - según revela la toponimia - aquellos se llamaban Romanos, Romanillos, Godos, Godiellos, Goda, Godina, Romanones, etc. (...) Iniciada la Reconquista, los topónimos con sentido étnico fueron Astures, Galleguitos, Toledanos, Basconcillos, Castellanos, etc. Los habitantes de los reinos cristianos, antes de fines del siglo XIII, se llamaban gallegos, navarros, castellanos, aragoneses, etc. El adjetivo español no aparece hasta fines del siglo XIII; el nombre común de los habitantes de los reinos cristianos era sólo el de cristianos". CASTRO: Sobre el nombre..., op. cit., pp. 29-30.

⁸⁴⁷ Es conocido que durante el régimen de Franco se celebraba el denominado "Día de la raza". En todo caso, aunque los científicos nieguen incluso la existencia de razas, hay que decir que la españolidad iría unida a una piel más o menos blanca.

⁸⁴⁸ Las identidades son un reflejo de la realidad, pero no de toda la realidad, sino de una parte de ella; y a su vez, aparte de ignorar aspectos de la realidad, se conforma a partir de ideas abstractas, míticas, frecuentemente desligadas de la realidad. En el caso de la identidad española, dado sus antecedentes históricos, es absurdo intentarla derivar de cierta concepción de pureza étnica, cultural o religiosa de signo eterno e inmutable en el tiempo, pues como tales nunca han existido: *"El problema (...) no es de «razas» ni de pervivencia inalterada de los celtíberos. El habitante de la Península (nunca unificada en la Antigüedad) no se ha conducido en sus obras usuales o historiables como una «cosa en sí»; (...) carece de sentido seguir diciendo que los habitantes de al-Ándalus, a pesar de su lengua, su religión y cultura, eran más bien «españoles» que orientales, todo ello porque el número de los descendientes de los árabes de Arabia que ocuparon la Península era pequeño comparado con el de la gente dominada por ellos. Lo cierto es que el musulmán inculcó sus modos de comportarse en la vida, en quienes creían y hablaban como él, los cuales, descendieran o no de antepasados romano-godos, al cabo de dos o tres generaciones no tenían ni remota noción de ello. Nos lo ha hecho ver lo que acontece con el pensamiento de Abenmasarra y de Abén Házam, que es oriental y no «español»; y lo mismo es aplicable a los otros pensadores que florecieron en al-Andalus, fuesen puros filósofos como Averroes, o místicos como Aben Arabí. Lo hace ver asimismo lo acontecido con el arte, y todavía veremos otras manifestaciones de la misma realidad. De lo cual se desprende que no es posible ignorar la existencia del Islam del al-Andalus, y afirmar que musulmanes y cristianos son una mera continuación de un inexistente tipo de eterno español. Téngase, además, presente que los romanos que ocuparon Hispania también eran una minoría comparados con los íberos y celtíberos y, sin embargo, al cabo de dos siglos casi toda la Península estaba romanizada". CASTRO: Sobre el nombre..., op. cit., pp. 175-176.*

extracomunitario hable una lengua cooficial y no domine el castellano, o las dos a la vez) y que profesen una inquebrantable fe en la doctrina católica según la ortodoxia fijada por la Iglesia Católica (ya se ha tratado del estado de secularización en España), entonces ¿cómo habrá de estar definida la identidad del país para considerarse apta para configurar una ciudadanía inclusiva?⁸⁴⁹, ¿cuál ha de ser el rol del Derecho del Trabajo respecto a la vigencia del derecho a la libertad religiosa y la prohibición de discriminación cuando en el presente no parece existir aún una identidad inclusiva y, por lo tanto, puede ser frecuente la vulneración de dicho derecho fundamental o se puede incurrir en discriminación?

Como se tendrá ocasión de examinar a continuación, los trabajadores españoles distan en la actualidad de poseer creencias homogéneas, por lo que el Derecho del Trabajo ha de cambiar necesariamente de paradigma una vez se evidencia que ha cambiado la realidad social que regula y que, al mismo, tiempo justificó su eclosión. Ya no es válida la presunta "desconexión" existente entre religión y Derecho del Trabajo⁸⁵⁰; o mejor dicho, entre creencias religiosas por un lado, y derechos y deberes laborales por otro. A la citada desconexión o autonomía entre la evolución y desarrollo del Derecho y la religión en España se han citado dos excepciones: 1) la prohibición de realizar determinadas actividades a ciertas personas por razón de su estatuto personal (ministros de culto) o de sus creencias religiosas (fieles de religiones minoritarias); 2) la consideración de ciertas manifestaciones de culto, como son misas y servicios religiosos, como contenido de deberes laborales. Y todo ello se limitaría, principalmente, a un estado inicial o germinal del Derecho del Trabajo; es decir, en el contexto de la denominada "legislación industrial".

Pero lo cierto es que el Derecho del Trabajo en países donde se ha mantenido una fuerte homogeneidad religiosa, como es claramente el caso español, el Derecho del Trabajo ha

⁸⁴⁹ El Estado - nación actual se basa en identidades superétnicas: "*Since modern nation - states arose in the West, roughly from 1500 AD onward, they had to overcome the boundaries of ethnicity among their citizens, and they did so by turning the nation into a superethnos. The nation is thus both postethnic, in that it denies the salience of old ethnic distinctions and portrays these as a matter of a dim and distant prestate past, and superethnic, in that it portrays the nation as a new and bigger kind of ethnos. Most nation-states, however, have failed to complete this project in that they included some ethnic groups and excluded others, or privileged some and marginalized others. It is precisely this exclusion that turns numbers of people into «minorities» and thereby creates the key problem between the nation-state and the multicultural project. Every nation-state has one superethnos, called the Germans, the French, or the American people, whose members think they have founded it or should have a special role in running it*". BAUMANN: *The multicultural...*, op. cit., pp. 31-32. En el caso de España se ha construido la noción superétnica de "español". Así, si desde un punto de vista jurídico es muy claro quién ostenta la nacionalidad, y qué derechos y obligaciones lleva anudada dicha sujeción jurídica al Estado (con la problemática inherente en cuanto a su influjo en la creación de identidades), no es tan claro ni parece existir un consenso sobre quiénes quedan incluidos y quiénes no en la noción de "español" como identidad. En todo caso, en cuanto más exclusivo y excluyente sea el término desde un punto de vista cultural, étnico, religioso o lingüístico es evidente que se identificarán mayores grupos de identidades minoritarias dentro del Estado. Como bien indica el autor: "*To be truly postethnic, that is, truly inclusive, the nation-state would have to cease constructing its nation as a superethnos. A multicultural nation-state is, in some ways, a contradiction in terms*" (p. 32).

⁸⁵⁰ "En los países en los que, por razones vinculadas a su historia y a su identidad cultural, los ciudadanos han profesado un credo religioso homogéneo o, al menos mayoritario, la religión y el trabajo por cuenta ajena y dependiente se han desarrollado y han madurado, en su condición de realidades sociales juridificadas, sin apenas lazos de conexión". VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: "Libertad religiosa y contrato de trabajo", en AAVV: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española: estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, p. 567.

hecho cuyas las doctrinas y postulados de la religión mayoritaria. En España resulta evidente que manifestaciones tales como la institución del domingo como día de descanso por antonomasia; el Fuero del Trabajo, que fue promulgado bastante después de que la "legislación industrial" fuera parte de la historia (Derecho del trabajo histórico, no positivo); o la previsión de la "blasfemia" como falta laboral recogida en varios convenios colectivos; son algunos ejemplos gráficos, entre otros muchos posibles, de cómo el Derecho del Trabajo español no ha sido nunca neutral (ni lo ha pretendido hasta ahora, formalmente desde la promulgación de la Constitución de 1978) desde un punto de vista religioso y siempre ha mantenido estrechos lazos con la doctrina de la Iglesia Católica.

Cuestión distinta es que la legislación laboral española no haya mostrado nunca preocupación por regular el derecho a la libertad religiosa en el ámbito laboral, pues ha partido de la falsa premisa que tal preocupación no era necesaria al adaptarse perfectamente las instituciones laborales, y la doctrina jurisprudencial que las interpreta y las adecúa a los casos concretos, a las necesidades religiosas de todos los trabajadores; cuando lo cierto es que se adapta a una mayoría, que cada vez lo es menos.

En una sociedad de mayorías y minorías, en este caso religiosas, pero también culturales, étnicas, lingüísticas, etc.; la mayoría se siente amenazada por las minorías, en una muy buena parte conformada por inmigrantes que poseen unas características muy diferentes a las suyas, por lo que, si no se gestiona bien el fenómeno, se puede producir un "choque de culturas". Pero al mismo tiempo, las minorías también se sienten amenazadas por la posibilidad de que sus identidades se diluyan en el contexto de la globalización. Al respecto, las minorías se sienten básicamente amenazadas por dos factores: la homogeneización de sus rasgos por la mayoría del Estado o comunidades donde residen; o lo que es lo mismo, tienen miedo a una amenaza local. Y, por otro lado, las minorías tienen miedo a perder sus identidades en el maremágnum de la globalización, que es entendida por muchos no como un conjunto de identidades plurales, sino como un medio por el cual se impone la hegemonía cultural de las civilizaciones más poderosas, que a través de los tentáculos globales (economía, medios de comunicación de masas, ayudas al desarrollo, etc.) imponen sus puntos de vista y socializando a las minorías a su semejanza y sin sentir como barreras las fronteras establecidas por los Estados-nación⁸⁵¹. De ahí, si las minorías se sienten amenazadas y temen perder su identidad, el contexto social resultante puede ser un caldo de cultivo para las doctrinas más fundamentalistas, que buscan el reencuentro del creyente con un período fundacional, totalmente idealizado, de la religión de que se trate y rechazan toda occidentalización, incluidos los derechos humanos, que son vistos como un producto

⁸⁵¹ "La amenaza a las identidades culturales no hegemónicas desde el proceso de globalización procede del hecho de la introducción inexorable de la lógica del mercado mundial en el ámbito también de la cultura, una penetración todavía más lesiva en el caso de identidades culturales que no tienen recursos políticos para presentarse con capacidad de intervención en este proceso. Ésta es la razón de la sensación de amenaza (y de menosprecio) que viven los grupos que se identifican a través de ellas y que ven multiplicado de esta manera en detrimento de un elemento clave de su dignidad". DE LUCAS MARTÍN, Francisco Javier: *Globalización e identidades. Claves jurídicas y políticas*. 1ª edición. Barcelona: Icaria, 2003, p. 37. La inclusión de las minorías debería conllevar la desaparición de la sensación de amenaza mutua, al menos en la escala local. Una problemática distinta y más difícil de resolver será la de las homogeneizaciones que viajan con la globalización, aunque probablemente una ciudadanía local bien asentada puede minimizar dicho riesgo. Y una suma de ciudadanía locales bien asentadas pueden conformar una ciudadanía más global con la creación de una identidad que abarque personas de más territorios.

occidental. Incluso llegan a poner en duda la concepción de orden público estatal y desafían el monopolio de la violencia⁸⁵². Un ejemplo de ello es el neofundamentalismo islámico⁸⁵³ o los integristas protestantes estadounidenses que niegan la legitimidad del poder federal.

Cuando la integración no funciona de forma óptima, y la pluralidad no es correctamente gestionada, los inmigrantes optan por mantener a ultranza sus identidades previas, o recién creadas como mecanismo de defensa, principalmente a través de recursos propios, como pueden ser la religión⁸⁵⁴, las asociaciones culturales, etc. Naturalmente ello no significa que tales recursos sean solamente utilizados en caso de fracaso en el proceso de integración, sino que su utilización se ve potenciada en dicho supuesto y ello constituye un indicio, entre otros posibles, de dicho fracaso. En ese caso, al no existir una identidad compartida entre los llegados y los miembros de la sociedad de acogida, cobra especial relevancia la cultura e identidad originarias⁸⁵⁵. Es desde dicho prisma que hay que analizar fenómenos como el de llevar el pañuelo musulmán. Que una joven inmigrante lleve un pañuelo o *hiyab* para cubrirse el cabello en una sociedad secularizada como la española, cuando quizás si viviera en su país de origen no lo llevaría, no hay que analizarlo sólo como un símbolo puramente religioso, sino como una conducta con connotaciones culturales, familiares, incluso de reivindicación política⁸⁵⁶. En definitiva,

⁸⁵² "The very act of killing on behalf of a moral code is a political statement. Such acts breaks the state's monopoly on morality sanctioned killing By putting the right to take life in their own hands, the perpetrators of religious violence have made a daring claim of power on behalf of the powerless, a basis of legitimacy for public order other than that on which the secular state relies. In doing so, they have demonstrated to everyone how fragile public order actually is, and how fickle the populace's assent to the moral authority of power can be". JUERGENSMEYER: *Terror in the...*, op. cit., p. 215.

⁸⁵³ Es interesante destacar que Robert Bellah a finales de los años sesenta del siglo pasado advirtiera ya en su trabajo "Islamic tradition and the problems of modernization" que precisamente uno de los retos del Islam en la Modernidad sería ver si sería capaz de satisfacer las necesidades actuales de los creyentes musulmanes. Así, dicho trabajo terminaba del siguiente modo: "*Perhaps the greatest problem of modernization of all for Islam is not whether it can contribute to political, familial, or personal modernization, but whether it can effectively meet the specifically religious needs of the modern Muslim peoples*". BELLAH: *Essays on religion...*, op. cit., p. 166.

⁸⁵⁴ El rol cohesionador de la religión es indiscutible: "*Migration itself gives religion an important additional significance as one of the few sources of cohesive identity for the migrating people*". BRUCE: *Religion in the modern...*, op. cit., p. 60.

⁸⁵⁵ "Cuanto menos funcionen los mecanismos de integración de la sociedad general (principalmente el sistema educativo, el mercado de trabajo y la adecuación entre ambos) para la población inmigrante, mayor será la necesidad para esta población de obtener estima social y autoestima a partir de recursos propios. Cuanto peor funcionen aquellos mecanismos generales más importantes serán las funciones llevadas a cabo por la cultura y la religión originarias". PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., p. 41.

⁸⁵⁶ Recuérdese aquí la polémica generada el 29 de octubre de 2009 por la expulsión de estrados de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de una abogada musulmana por negarse a remover el pañuelo islámico o *hiyab* que llevaba durante la vista por la comisión de delitos relacionados con el terrorismo islámico. La abogada tuvo que seguir el juicio desde el espacio reservado para el público. Según el Magistrado la razón de dicha expulsión era la prohibición de cubrirse la cabeza durante la vista, que no consta en ninguna norma; cuando es conocido que se admite el uso de birrete igualmente para cubrirse la cabeza y la abogada puso de manifiesto que normalmente asiste a las vistas con dicha prenda de vestir. El fenómeno del fortalecimiento de los símbolos de la cultura de origen y el rol cohesionador de la religión entre los inmigrantes se ha podido examinar bien entre los inmigrantes asiáticos asentados en el Reino Unido: "*They congregate where others have gone before. They establish a religious community and its appropriate institutions and roles as soon as they can, and within that community they can reassert their cultural integrity, their commitment to its values, and a sense of the worth of the identity which it has created in them.*"

llevar el pañuelo musulmán es una exteriorización de una identidad que es valorada por el sujeto por representar una continuidad de su cultura y religión originarias, un mecanismo para mantener y reafirmar su cosmovisión en un ambiente diferente y muchas veces identitariamente hostil en relación al lugar de origen⁸⁵⁷. Hay supuestos, como es el caso del islam de forma paradigmática, en que no es posible separar aquello que constituye "cultura" de aquello que es "religión", suponiendo que disfrutáramos de una definición pacífica de ambos conceptos, lo que tampoco es el caso⁸⁵⁸.

Entre las funciones de la religión está de la de aportar al individuo minorizado una identidad diferenciadora (según se trate de una religión mayoritaria o minoritaria), como método colectivo de integración social⁸⁵⁹. Así, en aquellas situaciones en las que el individuo está faltado de una identidad inclusiva y el ambiente en el que está inserto es hostil, como es el caso del trabajador inmigrante con creencias religiosas minoritarias y recién llegado a un país, la función identitaria tendrá un peso superior; pues servirá como freno a la pérdida de la identidad propia (un valor que se deseará conservar a capa y espada) dentro del maremágnum de la globalización⁸⁶⁰. Cuanto más inserto esté el

They may often fall away from observance before they reconstruct their families, they often become more observant (perhaps even more observant than they were in the home country) when these are established". BRUCE: Religion in the modern..., op. cit., p. 109.

⁸⁵⁷ "En Francia, por ejemplo, cuando una joven de origen inmigrante lleva el velo islámico, para los franceses es portadora de un símbolo religioso. Pero cuando prohíben a esa joven llevarlo en la escuela, para ella le están prohibiendo un símbolo indiferenciado que es religioso, cultural, familiar y político, todo a la vez. En el fondo de esta cuestión radica el que si no tenemos en cuenta el nivel de diferenciación de la sociedad de la que hablamos, se puede llegar a utilizar la categoría religión de forma etnocéntrica. En una sociedad cristiana, la Biblia tiene una significación claramente religiosa. En una sociedad musulmana, el Corán no es un libro simplemente religioso, pues su importancia en la escuela y en la universidad, así como en la cultura en general, es central, y no pueden separarse claramente estos aspectos entre sí". PÉREZ-AGOTE POVEDA: Cambio religioso..., op. cit., p. 13.

⁸⁵⁸ "En relación con la diferenciación funcional, cabe apuntar la importancia que ha tenido a la hora de interpretar la significación del velo, pañuelo, etc. A lo largo de los conflictos suscitados en torno a estos símbolos en países cercanos como Francia, el pañuelo es un símbolo religioso para quienes se hallan en un estadio avanzado de la diferenciación funcional. Pero para quienes no han pasado un proceso de separación clara entre cultura, como conjunto de significados compartidos de una población, y religión, el símbolo no es simplemente religioso; es algo más. Y la vuelta a una religión musulmana por las segundas generaciones magrebíes una vez comprobada la exclusión del mercado de trabajo implica la vuelta a una religión separada de la cultura en gran parte, pues ellos han salido de una escuela francesa republicana. Y tal vez sea éste uno de los factores de que la religión se haga fundamentalista: se ha separado de la cultura que la informaba". PÉREZ-AGOTE POVEDA: "Los límites de la secularización...", en AAVV: Sagrado/Profano..., op. cit., p. 318.

⁸⁵⁹ "Las entidades religiosas son (...) mecanismos de integración social. Contribuyen a la formación de estructuras de plausibilidad para el mantenimiento de una identidad originaria con una valoración o estima positiva; un lugar donde «los otros», los diferentes dentro de la sociedad española, pueden sentirse «normales»; claro está que estos centros no son el único mecanismo de reproducción de la identidad original, pero sí uno importante; y constituyen, sin duda ninguna, un medio poderoso de integración social. La integración de una persona socialmente minorizada pasa, al menos en parte, por su participación en mecanismos de integración colectiva, como estas entidades religiosas". PÉREZ-AGOTE POVEDA: Cambio religioso..., op. cit., pp. 41-43.

⁸⁶⁰ Se configuraría así una de las posturas resistencialistas a la globalización más frecuentes que se pueden encontrar en las sociedades occidentales y que recuerdan que dicho fenómeno es económico, pero también cultural: "Resulta evidente que, sin el impacto de los cambios tecnológicos y económicos, hoy no estaríamos hablando de globalización. Pero el desarrollo de estos procesos tiene también dimensiones y consecuencias sociales, políticas y culturales. De ahí la plausibilidad tanto de las posturas reactivas y resistencialistas (resulten viables o no), como de las posturas que reclaman una presencia clara de las dimensiones social, política y cultural en la configuración de los procesos de globalización. Más aún, si cabe, cuando todavía somos

inmigrante en la sociedad de acogida y de forma más satisfactoria, la función puramente religiosa de la religión tendrá una relevancia muy superior a la identitaria⁸⁶¹. Por tal razón es erróneo ver los templos de las religiones minoritarias o las necesidades de culto de los trabajadores con creencias minoritarias como elementos meramente religiosos o teológicos. En el templo, al igual que en las asociaciones de inmigrantes o culturales, o simplemente religiosas, el trabajador inmigrante no sólo encuentra orientación religiosa o moral, sino que encuentra afecto, ayuda, compañerismo, instrumentos para solventar problemas (para resolver sus problemas burocráticos, para encontrar vivienda, para encontrar el curso más adecuado para adquirir las competencias lingüísticas necesarias, etc.)⁸⁶². Incluso puede servir como oportunidad para entrar en relación con la gente

conscientes de que vivir humanamente comporta construir de forma activa la respuesta a la pregunta «hacia dónde queremos ir», y no simplemente constatar pasiva o depresivamente hacia dónde nos conducen". LOZANO, Josep Maria: *La empresa ciudadana: un reto de innovación*. 1ª edición. Barcelona: ESADE, 2002, p. 15. Una persona religiosa querrá ir donde le conduzcan sus creencias, no hacia donde le remita la sociedad postcapitalista, o más concretamente postindustrial, que está inspirada en unos valores que muy probablemente distarán de sus más íntimas convicciones. De ahí la resistencia identitaria de muchos creyentes, especialmente de los desplazados de su contexto geográfico "natural", de latitudes donde son parte de una mayoría que construye la sociedad de acuerdo con dichos valores.

⁸⁶¹ En la Modernidad "la tendencia ha sido el convertir la religión en una señal de identidad individual y progresivamente menos colectiva, pero en este caso también esa tendencia se enfrenta al reto de su puesta en tela de juicio. La religión cumple múltiples funciones, siendo una de las más características la de ofrecer unas pautas de reconocimiento, una identidad diferenciadora. Pero las señas de identidad tienen la contrapartida de convertirse en factores de exclusión para los que no comparten dichas señas". DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., pp. 528-529.

⁸⁶² "Para los inmigrantes la religión presenta un fuerte valor social añadido, en términos de refugio social y de fuente de estima, de identidad y de solidaridad pragmática. Cuando vemos las razones por las que los inmigrantes acuden a su lugar de práctica podemos comprobar que la religión cumple para ellos unas funciones sociales distintas de las puramente religiosas, aunque, por supuesto, estas siguen siendo las más importantes. Allí, en el lugar de la práctica, encuentran paz y sosiego dentro de una vida que suponemos difícil; pero, además, en ese lugar reciben consejo sobre problemas de la vida, se encuentran con personas de su misma tierra. Ello corrobora la idea de que la religión redobla su importancia y funciones cuando sus adeptos se encuentra en una situación de minoría social". PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso...*, op. cit., pp. 40-41; "Puesto que los inmigrantes desconocen o tienen un conocimiento limitado del ámbito para el reclutamiento y el acceso a los puestos de trabajo en la nueva sociedad, se ven obligados a encontrar medios y vías de comunicación, y tomas de contacto informales que les resulta más operativas para acceder a un empleo que los métodos formales que en un principio desconocen (...). Estos métodos informales de acceder al empleo se basan en referencias de individuos que pertenecen a la misma red social que la persona interesada en encontrar empleo. Esta red social, en el caso de los inmigrantes en la nueva sociedad, suele estar basada en vínculos étnicos pero también de otro tipo de vínculos, religiosos, ideológicos, etc., que les permite una mayor relación con la sociedad de acogida. El pertenecer a un grupo o colectivo inmigrante y sentirse identificado con él lleva al desarrollo de relaciones interétnicas funcionalmente válidas para acceder a un empleo, pero el pertenecer a un grupo político o el participar en ciertas prácticas religiosas en la sociedad receptora puede generar relaciones entre la población migrante y autóctona, que resultan muy eficaces par el acceso al empleo". HERRANZ GÓMEZ, Yolanda: "La formación de empresariado inmigrante en el contexto español", en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, p. 88. Como se puede comprobar, la religión tiene un rol ambivalente en el caso de los trabajadores inmigrantes: puede ser un factor de discriminación laboral, como puede ser un factor de identidad, cohesión y fuente de trabajo, tal y como ocurre con la etnia o el origen. Por ejemplo, en un estudio empírico sobre las trabajadoras inmigrantes se ha constatado que tienen más relación con los templos o las asociaciones de inmigrantes que con los sindicatos: "Su experiencia cotidiana - en el trabajo y en relación a la legislación laboral - les demuestra que se mueven en un ámbito en el que prácticamente no hay reglas sociales en las que ampararse y lo más importante se juega en el mundo de los vínculos

oriunda de la zona. Son un elemento más de la pluralidad existente en la sociedad civil, como lo es la existencia de diferentes partidos políticos o sindicatos⁸⁶³. En el momento en que el centro de trabajo cubra muchas de dichas necesidades porque el trabajador se sienta integrado, apoyado y su identidad respetada, el templo pasará a cubrir fundamentalmente las necesidades religiosas. De ahí también la relevancia de la responsabilidad social corporativa, ya que muchas empresas han entendido correctamente que integrar equipos de trabajadores de naturaleza multicultural les conlleva retos, pero también es beneficioso para los implicados⁸⁶⁴. Y no sólo se beneficia la empresa o los trabajadores implicados (los que ayudan al acogido y el acogido mismo), sino que también salen beneficiadas las respectivas familias y la localidad donde se inserta el centro de trabajo.

Sobre los problemas generados por la identidad, individual y colectiva, en las plurales sociedades postmodernas existe una profusión de trabajos de calidad muy diferente. Ha de quedar claro desde un principio que el Derecho del Trabajo es una disciplina que no tiene en sus manos la potestad de definir quiénes son ciudadanos españoles o quiénes no. La regulación de la ciudadanía española, eje a partir del cual gira especialmente el problema de las identidades, queda más allá de las fronteras del Derecho laboral. Tampoco regula el Derecho del Trabajo cuestiones administrativas del régimen de extranjería, aunque sí resulta evidente que dada la conexión entre trabajo e inmigración existe una clara conexión entre el ordenamiento laboral y la normativa de extranjería; así como también el Derecho laboral ha demostrado en los últimos años que es un cauce idóneo para garantizar el respeto de los derechos fundamentales.

Así pues, teniendo en cuenta cuál es la función tuitiva del Derecho del Trabajo, de equilibrio entre las partes contratantes, de regulación de muchos derechos económicos y sociales, etc.; ha de recordarse, en definitiva, que el trabajo libre por cuenta ajena va más allá de la mera percepción de un salario como contraprestación por un trabajo realizado. Y ese "ir más allá", ese plus cualitativo del trabajo regulado por el Derecho laboral es el

personales. De ahí la desconfianza y distanciamiento de los cauces instituidos de representación colectiva, como los partidos políticos y los sindicatos (tan sólo está afiliado el 3% de las extranjeras asalariadas). Lo que no impide su participación en asociaciones de inmigrantes (15% de nuestras encuestadas) y en iglesias y mezquitas donde se encuentren habitualmente con paisanos (18%) (...)". PEREDA, Carlos: "Trabajadoras inmigrantes por cuenta propia. Una aproximación descriptiva", en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, p. 208.

⁸⁶³ En palabras de la STEDH de 5 de octubre de 2006, caso Delegación de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia (TEDH 2006, 54): "*Aunque en el contexto del artículo 11 el Tribunal se ha referido a menudo al papel esencial que juegan los partidos políticos para garantizar el pluralismo y la democracia, las asociaciones formadas para otros fines, incluyendo las que proclaman o enseñan religión, son también importantes para el correcto funcionamiento de la democracia. Pero el pluralismo se construye también sobre el genuino reconocimiento, y el respeto, de la diversidad y del dinamismo de las tradiciones culturales, las identidades étnicas y culturales, las creencias religiosas y las ideas y conceptos artísticos, literarios y socio-económicos. La armoniosa interacción de personas y grupos con identidades variadas es esencial para conseguir cohesión social. Es natural que, cuando una sociedad civil funciona de manera sana, la participación de los ciudadanos en el proceso democrático se consiga en gran medida a través de su pertenencia a asociaciones en las que se pueden integrar con otros y perseguir colectivamente objetivos comunes*" (61).

⁸⁶⁴ Por eso la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo COM (2003) 336 recordaba la importancia de "*sensibilizar a los empresarios ante esta diversidad y sus ventajas (conocimientos lingüísticos, multiplicidad de competencia, etc.)*".

que ahora interesa para examinar cómo puede contribuir esta disciplina jurídica a la inclusión de las minorías religiosas y los extranjeros en un Estado social y democrático de Derecho sin que deban deshacerse de sus identidades, costumbres y creencias, en definitiva ser aculturados, para poder sentirse plenamente integrados como ciudadanos de primera. Para volver a las tendencias homogeneizadoras no valía la pena haber recorrido el camino que ha avanzado el país desde el siglo XV. Además, si se parte de una identidad inclusiva mediante el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores con creencias religiosas, las que sean, la sociedad española no sólo evitará los errores del pasado, sino que tal inclusión fortalecerá la cohesión social y la hará avanzar desde todos los puntos de vista: económicos, culturales, científicos, etc., como así ocurre en otros países con grados de inclusión más elevados. Tampoco parece una solución correcta seguir mirando hacia otro lado, como parece ocurrir en la actualidad en España, y retrasar de forma artificial el momento de afrontar con todas las consecuencias el reto de la pluralidad, una realidad que ya está aquí y que, lejos de debilitarse, se irá acentuando⁸⁶⁵.

En los apartados precedentes se ha demostrado que, a pesar de los intentos por homogeneizar España, el país siempre ha gozado de cierta heterogeneidad. Desde un punto de vista constitutivo, los antiguos territorios que pasaron a formar el Estado estaba compuesto por varios pueblos, con lenguas y culturas propias. De ahí el redactado de los arts. 2 y 3 CE⁸⁶⁶. Sin embargo, aunque dicha constatación evidencia la heterogeneidad cultural del país *ab initio*, extremo que al fin y al cabo constata lo que es comúnmente sabido, que la Península Ibérica ha sido siempre un territorio muy rico en cuanto a la presencia de diferentes pueblos como consecuencia de su estratégica situación geográfica; lo cierto es que dicha heterogeneidad cultural es hasta cierto punto de poca relevancia a los presentes efectos, al no corresponderse la adscripción religiosa a la identidad cultural de aquellos pueblos. En cambio sí resulta relevante la anteriormente examinada presencia de protestantes, judíos y musulmanes durante largos lapsos de tiempo, independientemente de que se trataran miembros identificables con los pueblos presentes en la península o de ciudadanos extranjeros, fruto de intercambios económicos, culturales, o simplemente de funcionarios de oficinas consulares foráneas. Es necesario reconocer la heterogeneidad inicial, que fue duramente perseguida y reprimida; y la heterogeneidad actual, que es vista muchas veces con recelos, como una

⁸⁶⁵ "La buena o mala gestión del multiculturalismo está ya siendo en la actualidad un factor de gran importancia para la convivencia social y, en los próximos años, se convertirá, sin duda, en uno de los grandes problemas de nuestro tiempo. Resulta moralmente inaceptable y políticamente poco inteligente pretender configurar y desarrollar nuestra realidad social pasando por alto la personalidad y cultura de quienes, desde pueblos y culturas diferentes, llegan hasta nosotros para trabajar y vivir en nuestro país. No debemos olvidar que cualquier forma represiva de tratamiento de la diferencia se convierte fácilmente en caldo de cultivo de antagonismos y extremismos por parte de las minorías que se sienten excluidas". CABEDO MANUEL: *Filosofía y cultura...*, op. cit., p. 109.

⁸⁶⁶ "La democracia pluralista exige empezar reconociendo - en lugar de negando - el carácter multicultural de nuestras sociedades. Y esto obliga, ante todo, a descubrir la multiculturalidad interna, previa pero soterrada, ya que la gestión política de la diversidad cultural ha consistido sobre todo en negar, en eliminar esta diversidad. La multiculturalidad de nuestras sociedades, en Europa, no es ni un fenómeno nuevo ni únicamente debido a factores alógenos, externos. Por el contrario, la mayor parte de los estados-nación europeos se construyen sobre sociedades pluralistas y, por eso, multiculturales, aunque sin duda el factor externo hoy, los flujos migratorios, introducen una nueva dimensión de multiculturalidad". DE LUCAS MARTÍN: *Globalización e identidades...*, op. cit., p. 53.

amenaza más que como un reto, y cuyos derechos fundamentales no son siempre reconocidos. Si España cometió el error de no aprovechar todas las potencialidades de dicha heterogeneidad histórica, y optó por expulsiones o la limpieza étnica, no deberían cometerse nuevamente errores parecidos y rechazar las potencialidades para las empresas y la sociedad española en general de tener el privilegio de contar con una sociedad plural⁸⁶⁷.

Las grandes civilizaciones lo hicieron en el pasado y el resultado no fue precisamente negativo, tal y como se puede comprobar en los manuales de historia más solventes (Imperio otomano, colonias de Norteamérica, Provincias Unidas del Norte...); y están repitiendo la misma fórmula en la actualidad: los visados para trabajadores cualificados en los Estados Unidos (investigadores, profesores universitarios; profesionales con el título de doctor; personas con habilidades extraordinarias en ámbitos como las ciencias los negocios, las artes...)⁸⁶⁸; la innovación de los plurales centros de trabajo alemanes que se nutren del talento de otros países (muchos de ellos trabajadores cualificados españoles); la cosmopolita Gran Bretaña, que mezcla las tradiciones con centros urbanos multiculturales como la *city* de Londres; la "pequeña" Holanda, cuyo tamaño territorial no se corresponde ni mucho menos con su peso real en la geopolítica y la economía mundiales, etc⁸⁶⁹. El primer paso es diagnosticar el estado de la pluralidad en España, el

⁸⁶⁷ Por ejemplo, sin necesidad de vulnerar derecho alguno u de optar por una explotación económica indigna, se puede tener en cuenta la relevancia económica de la flexibilidad de los trabajadores inmigrantes (muy útil en situaciones de crisis económica o de cambios estructurales en la forma de trabajar): *"Las empresas tienden a recurrir a contratos temporales, de sustitución, de corta duración, etc., y los trabajadores migrantes están dispuestos a aceptar estas ofertas de trabajo, con lo cual se adaptan y responden bien a la flexibilización originada en el sistema productivo en períodos de crisis. Por lo general, responden mejor que los nativos a los cambios que la crisis impone llevar a cabo (movilidad geográfica o sectorial en el mercado de trabajo), contribuyen a reabsorber ciertos desequilibrios y desajustes en el mercado de trabajo. Podrán contribuir, igualmente, a la recuperación en la medida en que son más flexibles y reactivos, con una gran capacidad de adaptación a nuevas circunstancias"*. RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel: *"Acceso al mercado de trabajo y condiciones de trabajo de los inmigrantes en el contexto de la crisis económica"*. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, 2011, núm. 28, p. 32. Así pues, no es de extrañar que en los países más avanzados, y en diferentes períodos históricos, incluida la etapa globalizadora actual, hayan optado por acomodar la actividad económica y las circunstancias jurídicas del puesto de trabajo a las necesidades religiosas de los trabajadores migrantes para poder aprovechar toda una serie de ventajas competitivas que un trabajo en condiciones de flexibilidad como el descrito puede aportar a la sociedad de acogida. Naturalmente, no ha de confundirse la mentalidad abierta y tendente a la adaptación de los trabajadores migrantes, con un aprovechamiento empresarial de la desesperación que conlleva en ocasiones la precaria situación económica de tales trabajadores. De hecho, una sociedad democrática avanzada acomodará la situación para que se respeten al máximo los derechos fundamentales, Estados Unidos es un ejemplo en el reconocimiento del derecho a la libertad religiosa en el trabajo a través de la institución de la *accommodation*.

⁸⁶⁸ *"En los Estados Unidos el despertar del pluralismo tuvo mucho que ver con el diálogo interreligioso. De hecho es en el primer Parlamento de las Religiones del Mundo, que se celebró en Chicago en 1893, donde muchos cifran esta nueva aurora religiosa del país que pronto habría de convertirse en la gran potencia industrial, financiera, militar y política del planeta"*. TORRADEFLOT: "El cristianismo y el diálogo...", en AAVV: *Historia...*, op. cit., p. 557.

⁸⁶⁹ En general, la política migratoria de los Estados Unidos y otros países es más agresiva desde un prisma económico que la Europea: *"Los países europeos no ofrecen visas preferentes a los inmigrantes como sucede en Estados Unidos, Canadá y Australia. Hasta muy recientemente tampoco ofrecían visas preferentes a trabajadores cualificados en alta tecnología, que frecuentemente se convierten en empresarios. Como consecuencia los países europeos no han atraído a una diversidad tan amplia de recursos empresariales como Estados Unidos. Además, frente a Estados Unidos, los inmigrantes en muchos países europeos no disfrutaban de inmediato del*

segundo comprobar cómo reacciona el ordenamiento jurídico, aquí el laboral, frente a dicha pluralidad de creencias religiosas, el tercero es detectar dónde falla, por qué y cómo mejorarlo. A veces de *lege ferenda*, pero muy a menudo simplemente deberían aplicarse e interpretarse las leyes vigentes, que no son pocas en la materia (aunque no las de naturaleza laboral), desde el punto de vista menos restrictivo para el derecho a la libertad religiosa, ponderando correctamente los derechos en liza; y prestando una atención en especial en las discriminaciones materiales, más allá de las meras formalidades.

Ante unos centros de trabajo cada vez más multiculturales, el Derecho del Trabajo puede desarrollar un papel muy diferente según cómo inserte e interprete el derecho de libertad religiosa en las relaciones laborales, como un aspecto más, aunque básico, de la garantía del respeto de los rasgos culturales que identifican los trabajadores⁸⁷⁰. Así, puede ser un instrumento de asimilación, que coadyuve a la absorción de los trabajadores de cultura minoritaria, incluida los que profesan una religión minoritaria, a la masa de trabajadores que guíen sus estilos de vida por la cultura dominante en el país. En España unas leyes que regulen o incidan de manera refleja en las relaciones laborales y que hundan sus fundamentos en doctrinas, principios o costumbres de la religión católica mayoritaria, aunque sea de forma indirecta o netamente secular, permitirán que los trabajadores que profesen dicha religión o hayan sido educados según sus postulados cumplan más fácilmente y sin estridencias con sus requisitos y pautas. Si además dichas normas jurídicas no permiten excepciones, ajustes, acomodación o alternativas a los trabajadores de diferente ascendencia religiosa, el Derecho se puede convertir no sólo en un instrumento de asimilación, sino también de alienación, discriminación y origen de conflictos⁸⁷¹.

En cambio, el Derecho del Trabajo de la postmodernidad ha de ser diseñado y entenderse como un instrumento, más que de integración, de inclusión, de diálogo, que ayude a resolver el rompecabezas en que se ha convertido la multiculturalidad⁸⁷²; no en

derecho legal al autoempleo". LIGHT, Ivan: "Economías étnicas", en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, p. 50. La conclusión no puede ser más contundente: "En 1990, una cuarta parte del total de los empresarios de Silicon Valley había nacido en el extranjero. La empresa Yahoo es propiedad de inmigrantes así reclutados. El Reino Unido y Alemania, con la esperanza de atraer a trabajadores de elevada cualificación, ofrecen ahora visas comparables a la H1B de Estados Unidos" (p. 55).

⁸⁷⁰ "La magnitud social del fenómeno obliga a que las normas laborales tomen conciencia, más pronto que tarde y cada vez con mayor intensidad, y se dediquen a ir creando unas normas de convivencia capaces de permitir el libre ejercicio de los derechos culturales en la empresa. En este sentido, siendo como debe ser el Derecho un receptor de los cambios sociales y económicos, debemos ser conscientes de que tiene también la opción de anticiparse y orientar las transformaciones sociales y económicas, con objeto de armonizar las relaciones humanas y evitar posibles conflictos". NÚÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano: *Interculturalidad y derecho del trabajo. Una aproximación a la gestión no discriminatoria de la diversidad cultural en la empresa*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 46.

⁸⁷¹ En tal sentido, la doctrina estadounidense ha criticado los modelos europeos al respecto: "Most European traditions have been happy with establishments that preserve ample space for religious liberty. They have been content to send signals to minorities that the community's form of life is structured by the majority religion, and they don't think that this creates a problem for equality of citizens - or, if they do see a problem, they are expected to assimilate and conform". NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, op. cit., p. 25.

⁸⁷² "Multiculturalism, too, is a riddle. It asks how we can establish a state of justice and equality between and among three parties: those who believe in a unified national culture, those who trace their culture to their ethnic identity, and those who view their religion as culture. To solve this riddle,

un medio más que contribuya a dejar al margen los postulados minoritarios del trabajador a favor de los de la mayoría para así evitar el conflicto. En tal caso, un Derecho del Trabajo así estructurado no sería más que una versión políticamente correcta o encubierta de aquel Derecho asimilador a que se ha hecho referencia con anterioridad, y que resulta incompatible en una sociedad verdaderamente democrática que garantice la dignidad de todas las personas⁸⁷³. Al contrario, la inclusión se produciría por tratarse de un Derecho religiosamente neutro desde el punto de vista formal en cuanto a sus preceptos, pero materialmente garantista de las convicciones de cada cual, que evitara así discriminaciones⁸⁷⁴. Un Derecho respetuoso con la visión del mundo de cada trabajador, su personalísima cosmovisión, siempre y cuando dicha óptica vital respete el derecho de los demás trabajadores; y también, no se olvide, de los empresarios. Es decir, esta segunda opción, la inclusiva, que sería la que se ajustaría a un Estado social y democrático de Derecho, obligaría al legislador⁸⁷⁵ y a los intérpretes de la ley a

one needs to rethink what is meant by nationality or the nation-state, by ethnic identity or ethnicity, and by religion as a basis of culture". BAUMANN: The multicultural..., op. cit., p. vii. Desde un punto de vista más modesto, en el presente trabajo se defiende que, sin poder actuar directamente sobre la noción de nacionalidad, el Derecho del Trabajo puede contribuir a solventar el rompecabezas que plantea el autor a través del respeto de las identidades de los trabajadores en sus puestos de trabajo, garantizando que dichas identidades sean protegidas y que los trabajadores puedan actuar en el marco laboral de acuerdo con sus convicciones, sin ser discriminados por ello. La garantía del ejercicio de los derechos fundamentales por los trabajadores con creencias religiosas minoritarias, igualándolos en cuanto derechos y obligaciones al resto de trabajadores (con lo que se adquiere una nueva identidad como trabajador por cuenta ajena igual a los demás), puede suavizar las tensiones nacionales, étnicas y religiosas que plantea el autor, lo cual no es poca cosa en los tensos tiempos que corren.

⁸⁷³ Todas las personas tienen derecho a que se les respete su identidad (incluida la identidad religiosa, por supuesto), el camino que cada una de ellas se ha marcado para ser auténticas, coherentes consigo mismas. Todas ellas tienen derecho a disfrutar de los mismos derechos, sin tener que abandonar su identidad diferenciadora: *"Everyone should be recognized for his or her unique identity. But recognition here means something else. With the politics of equal dignity, what is established is meant to be universally the same, an identical basket of rights and immunities; with the politics of difference, what we are asked to recognize is the unique identity of this individual or group, their distinctness from everyone else. The idea is that it is precisely this distinctness that has been ignored, glossed over, assimilated to a dominant or majority identity. And this assimilation is the cardinal sin against the ideal of authenticity". TAYLOR, Charles: Multiculturalism and the politics of recognition. 1ª edición. Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 38.*

⁸⁷⁴ Ciertamente, es difícil que un ordenamiento jurídico sea religiosamente neutro, porque, de hecho, es imposible por definición que sea culturalmente neutro, pero ello no obsta a que deba intentarse en lo posible, pues, entre otros aspectos, se limitarían las situaciones discriminatorias en que se ponen de relieve diferencias culturales (por ejemplo, a la hora de interpretar conceptos jurídicos indeterminados, como pudiera ser el concepto de "orden público"): *"El énfasis en los aspectos culturales respecto a las características físicas dificulta la identificación de supuestos discriminatorios; en primer lugar, la cultura está directamente relacionada con comportamientos y, al menos prima facie, éstos tienen una incidencia objetiva mayor que los rasgos físicos en el desenvolvimiento de las relaciones laborales; en segundo lugar, el propio ordenamiento jurídico nunca puede ser culturalmente neutro, puesto que es un producto cultural; en tercer lugar, la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados necesariamente se remite al acervo cultural mayoritario de la sociedad". ÁLVAREZ DE CUVILLO, Antonio: "Géneros o categorías humanas y discriminación racial en el trabajo", en AAVV: La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, p. 91.*

⁸⁷⁵ *"Es aconsejable que el tratamiento de los conflictos derivados de la heterogeneidad cultural se produzca por la vía legislativa en lugar de la judicial, porque así se lleva la discusión a un terreno donde es posible examinar con más detalle y, a la vez, con más alcance (y con más legitimidad),*

conceptuar el Derecho del Trabajo como un instrumento que garantizaría que el derecho a la libertad religiosa se desplegara de forma natural en el seno de la relación laboral, sin renuncia a la identidad propia, con unos límites inevitables como son la convivencia, el respeto de los derechos, especialmente los humanos, de los demás y la prohibición de discriminación⁸⁷⁶.

De este modo, el trabajo reforzaría su rol de principal factor de cohesión en una sociedad tan plural como la española, evitándose cualquier atisbo de “guetización laboral” o la construcción de muros entre los trabajadores de cultura dominante y “los otros”, que la historia reciente y también el presente nos ha demostrado de forma reiterada que puede provocar verdaderas situaciones de conflicto social a partir de situaciones de mutua desconfianza⁸⁷⁷. El trabajo es probablemente una de las mejores oportunidades, junto, por ejemplo, la escuela pública o las asociaciones privadas (por ejemplo, un club deportivo), para que personas de diferentes culturas, religiones y estratos sociales interactúen y se conozcan, y aprehendan sus respectivos contextos culturales⁸⁷⁸. Aquí el

el contraste entre los diferentes modelos culturales, la justificación de sus pretensiones normativas y, si se tercia, el rechazo de algunas de ellas". DE LUCAS MARTÍN: *Globalización e identidades...*, op. cit., p. 90.

⁸⁷⁶ Pocos autores han puesto de manifiesto por el momento la potencialidad del Derecho del Trabajo en relación a su dimensión de respeto del, derecho fundamental a la libertad religiosa en la sociedad plural actual. Un ejemplo de dicha minoría doctrinal es el siguiente: "*Los movimientos migratorios habidos en los últimos años y que, en lo esencial, se han concentrado en los países económicamente más desarrollados, unido a la propia globalización cultural, han puesto en cuestión la homogeneidad cultural de la figura del trabajador en esas sociedades y, con ello, de algunos de los elementos de la organización productiva que se habían ido acomodando en el tiempo a los patrones o usos sociales normativizados. En este contexto, el universalismo de la igualdad y de los derechos fundamentales adquiere todo su vigor no sólo como doctrina ética sino como «convención jurídica». Las normas iusfundamentales y los derechos puestos para la protección de los individuos se perciben como cauce adecuado para lograr el respeto a las diferencias (religiosas o ideológicas, por ejemplo), las cuales se demandan, precisamente, a través del instrumento que mejor garantiza el valor de la igualdad jurídica*". VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: "Persona del trabajador, Constitución, principio de igualdad", en AAVV: *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pp. 1315-1316. Además, esta valoración de los derechos constitucionales en el contexto laboral como instrumento para hacer frente a los retos de la globalización tiene el mérito que se llevó a cabo en el año 2004, cuando la sociedad española aún no había alcanzado las cotas de pluralidad que alcanzaría posteriormente.

⁸⁷⁷ La confianza/desconfianza entre grupos (diferenciados por la religión o por otras características) es un elemento clave para la convivencia, de ahí la relevancia del conocimiento mutuo y la colaboración. Las sociedades de los Estados democráticos modernos "*requieren un fuerte compromiso de colaboración, y como sería intolerable una situación en la que unos soportaran el peso de la participación y otros disfrutaran de los beneficios, las sociedades libres requieren un alto grado de confianza mutua. Dicho de otro modo, son extremadamente vulnerables a la desconfianza de unos ciudadanos hacia otros, son vulnerables a la sospecha de que otros no están asumiendo realmente sus compromisos: por ejemplo, a que otros no pagan sus impuestos o abusan de los servicios sociales, o a que los empresarios se benefician de un buen mercado de trabajo sin asumir los costes sociales. Este tipo de confianza genera una tensión extrema y amenaza con deshacer toda la trama de compromisos que las sociedades democráticas necesitan para funcionar. Un compromiso continuo y constantemente renovado es una base importante para adoptar las medidas necesarias para renovar la confianza*". TAYLOR, Charles: "Por qué necesitamos una redefinición radical del secularismo", en AAVV: *El poder de la religión en la esfera pública*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2011, p. 49.

⁸⁷⁸ Precisamente esta es una de las potencialidades de los Estados Unidos, la posibilidad de interactuar con personas de perfiles muy diferentes en los puestos de trabajo: "*In contemporary America, the workplace is one of the principal places in which people encounter religious and other*

trabajo se transforma en una oportunidad de conocimiento mutuo, de cohesión social, de aprender a ejercer las libertades propias y respetar las libertades ajenas, traspasando una mera noción de tolerancia mutua como situación de no-agresión⁸⁷⁹; de una formación meramente profesional se pasa a una formación integral, por eso las leyes laborales deben acompañar correctamente dicho encuentro en la "esfera pública". Cada vez más el puesto de trabajo en una empresa privada forma parte de la esfera pública, que no ha de confundirse con el ámbito político tal y como se interpretaba en tiempos del liberalismo clásico, y en él el trabajador- ciudadano no sólo sigue siendo ciudadano y ejerce sus derechos fundamentales, sino que se forma como ciudadano⁸⁸⁰.

El Derecho del Trabajo, aunque es una disciplina desde un punto de vista histórico "novedosa", contiene por su origen un ADN que la hace moldeable a los cambios sociales que acontecen en el ámbito social que regula⁸⁸¹. Si a *grosso modo* la disciplina encontró

forms of difference. The ways in which employees from diverse religious backgrounds are either included or excluded in the corporate environment convey messages about who counts in public life. The public or quasi-public role of corporations also suggests that the workplace is a site which employees might learn from one another". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 162. De ahí también la importancia que no sólo el legislador, sino también la empresa, puede potenciar dichas actitudes positivas de conocimiento mutuo por ejemplo a través de los programas de Responsabilidad Social Corporativa.

⁸⁷⁹ De esta forma se podría ayudar a desterrar una nefasta, por limitada, noción de tolerancia: "*En los últimos decenios hemos llegado a dar por sentado que respetar las convicciones morales y religiosas de nuestros ciudadanos significa ignorarlas (al menos para fines políticos), dejarlas en paz y llevar nuestra vida pública sin referirnos - en la medida de lo posible - a ellas. Pero eludirlas de esta manera no consiste sino en un respeto espurio. A menudo, consiste más en suprimir la discrepancia moral que en eludirla. Ello puede provocar una reacción en contra mucho resentimiento. Puede también conducir a un discurso público empobrecido, que se precipita de las noticias del día a las del siguiente atento a lo escandaloso, lo sensacionalista y lo trivial. Una más decidida implicación pública en nuestras discrepancias morales proporcionaría un fundamento más sólido, no más débil, al respeto mutuo. En vez de hacer caso omiso de las convicciones morales y religiosas que nuestros conciudadanos llevan consigo a la vida pública, deberíamos tratarlas más directamente, a veces poniéndolas en entredicho y plantándoles cara, a veces escuchándolas y aprendiendo de ellas. No hay garantía alguna de que la deliberación pública sobre arduas cuestiones morales conduzca en toda situación a un acuerdo, o siquiera a que se aprecien los puntos de vista morales y religiosos de otros. Siempre es posible que conocer mejor una doctrina moral o religiosa haga que nos guste menos. Pero no lo sabremos i no lo intentamos".* SANDEL, Michael J.: *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?*. 2ª edición. Barcelona: Penguin Random House, 2014, pp. 303-304.

⁸⁸⁰ Tienen razón aquellos autores que insisten en que han de profundizarse los estudios de la religión en el puesto de trabajo como esfera pública: "*In terms of religion and economy, religious ethicists have analyzed the «meaning of work», the social responsibility of corporations, and questions of distributive justice. Scholars of religion have devoted scant direct attention, however, to religion and the workplace. Increasingly, the workplace has become a significant and public sphere in which people of diverse religious perspectives encounter one another; is thus merits scholarly attention".* HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 3.

⁸⁸¹ "*La existencia de transformaciones institucionales (o de cambios de contenido en la diferentes soluciones normativas adoptadas) originadas por causas políticas y económicas es absolutamente consustancial al Derecho del Trabajo, de las que ha dado muestra permanente en sus diferentes expresiones históricas, y que derivan de modo esencial de la propia función social de respuesta de la norma laboral frente a la realidad social objeto de regulación (la prestación de trabajo asalariado dependiente), cuya operación ha sido moldeada en cada caso naturalmente por las modificaciones históricas producidas a lo largo de la evolución del sistema de producción de referencia y los cambios sociales aparejados".* PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos: *Derecho del Trabajo e ideología*. 6ª edición revisada. Madrid: Tecnos, 2002, p. 44. Los retos que afronta el Derecho del Trabajo en la globalización con el aumento progresivo de la pluralidad religiosa de los trabajadores

su crisol en el momento en el que el Derecho Civil se vio incapaz de regular con solvencia la prestación de servicios por cuenta ajena, y ya no servía defender una formal igualdad entre los contratantes que no se correspondía con la realidad socio-económica; en la actualidad la sociedad ni es aquella en que se fraguó el Derecho del Trabajo, ni es aquella en la que se negoció la Constitución, ni es aquella en que entró en vigor el Estatuto de los Trabajadores. La sociedad actual es una sociedad plural, religiosamente multidimensional, y si bien la definición de trabajador por cuenta ajena contenida en el art. 1.1 ET es aún perfectamente válida, lo cierto es que los trabajadores que profesan creencias religiosas, especialmente las minoritarias, ven que sus relaciones laborales están reguladas por un mayor número de normas jurídicas, muchas de ellas formalmente extralaborales (normas de extranjería, normativa comunitaria e internacional, etc.). Así pues, uno de los retos del Derecho del Trabajo es que utilizando los instrumentos disponibles, o que se puedan crear *de lege ferenda*, sea capaz de que todo trabajador que sea encuadrable en el citado art. 1.1 ET pueda prestar servicios y evolucionar profesionalmente en condiciones de igualdad y no discriminación por razón de sus creencias. Naturalmente, se trata de un camino lleno de dificultades y que hay que recorrer, como el que aún se está recorriendo con perceptibles resultados para el caso de la mujer trabajadora, y que en buena parte no es ajeno a la problemática existente en otras disciplinas jurídicas⁸⁸².

A las funciones originales del Derecho del Trabajo, ha de añadirse la de contribuir a borrar las fronteras entre personas de diferentes culturas, ya sean de nacionalidad española, ya sean recién llegados al país; sin eliminar la identidad propia, construir una identidad común que se superponga al resto de identidades existentes y que no obste a su subsistencia. Si a todos ellos el ordenamiento jurídico les reconoce los mismos derechos y obligaciones, parece evidente que el espacio para eventuales discriminaciones será cada vez más estrecho. Y entre dichos derechos, la libertad religiosa ha de dejar de ser una asignatura pendiente en España, como lo ha sido en los

pondrán a prueba, sin duda, una vez más la capacidad de adaptación de la disciplina y de su marco normativo.

⁸⁸² Es el caso, a modo de ejemplo, del Derecho a la Seguridad Social, el Derecho Penal o el Derecho Civil. También el Derecho Procesal, incluido el Derecho Procesal laboral, ha de adecuarse a la nueva realidad de pluralismo cultural: BOTICARIO GALAVÍS, María Luisa: "Los retos del Derecho Procesal ante la diversidad cultural en la sociedad española", en AAVV: *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 267-279. Dicha idea es señalada del siguiente modo: "*En un contexto en el que el pluralismo religioso, además de alargar el listado de los registros de instituciones o comunidades portadoras de un credo religioso, altera las bases mismas de las relaciones, socialmente consolidadas, entre el derecho de las religiones y el derecho de los Estados, en el que hacen aparición esas nuevas dimensiones de la libertad religiosa. Unas dimensiones que (...) tienen un carácter de transversalidad, pues ponen en jaque la práctica totalidad del ordenamiento jurídico*". VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa y contrato...", en AAVV: *Las transformaciones...*, op. cit., p. 579. El autor cita el Derecho de familia, el Derecho de la función pública, el Derecho educativo o el Derecho sanitario. Se ha excluido expresamente del objeto de estudio del presente trabajo la incidencia de la religión en relación al Derecho de la Seguridad Social, pero al respecto se empiezan a notar ya la proliferación de estudios doctrinales que examinan la materia, como por ejemplo AAVV: *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía (Reflexiones sobre las implicaciones laborales derivadas de la pluralidad religiosa)*. 1ª edición. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2007, pp. 97-138. A modo de ejemplo, en relación al Derecho Penal se puede citar SANTAMARÍA LAMBÁS, Fernando: "La multiculturalidad-interculturalidad y el derecho penal español: presente y futuro", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013, pp. 243-272.

últimos siglos; y más cuando la máxima integración en la Unión Europea es ineludible. En Europa un Estado de Derecho no puede entenderse sin que la igualdad, la libertad y el respeto de las minorías y el derecho a la discrepancia sean conceptos realmente vigentes en el centro de trabajo. La cohesión social y el progreso económico saldrán ganando.

El aumento progresivo de la diversidad religiosa existente en España, incluido del número de personas que se declaran agnósticas o ateas, desde la promulgación de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa hasta la actualidad ha provocado que parte de la doctrina entienda que la regulación actual sea demasiado sencilla e insuficiente. Lógicamente, dicha voluntad reformadora se ha visto acrecentada por el hecho indiscutible de que dicha ley orgánica tampoco pudo tener en cuenta la relevante jurisprudencia que ha ido desarrollando el Tribunal Constitucional o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; o los importantes documentos elaborados por el Consejo de Europa en los últimos años⁸⁸³. Menos aún se podía prever el considerable aumento de la pluralidad religiosa que se iba a producir paulatinamente⁸⁸⁴. Sea a través de su reforma, o sea a través de una más certera interpretación del derecho a la libertad religiosa, tanto del precepto constitucional como de las normas que lo desarrollan, según los cambios sociales habidos y su finalidad (ex art. 3.1 CC), así como a la luz de la normativa y jurisprudencia internacional, lo que parece evidente es que España aún está en las antípodas de la posición legislativa y jurisprudencial de países como Estados Unidos o Canadá. Tarde o temprano un aumento sustancial de los conflictos será inevitable, razón por la cual España ha de dotarse de los instrumentos jurídicos necesarios⁸⁸⁵. Al mismo tiempo parece razonable que se reproduzcan al mismo tiempo debates a fondo sobre qué haya de entenderse por laicidad, como ocurre en Francia o en otros países europeos,⁸⁸⁶ o qué papel ha de jugar la Unión Europea en materia de extranjería.

⁸⁸³ MARTÍNEZ-TORRÓN: "La Ley Orgánica...", en AAVV: *La libertad religiosa...*, op. cit., pp. 50-68. En contra de la reforma de la ley orgánica vid. FORNÉS DE LA ROSA, Juan: "Consideraciones sobre la Ley Orgánica de libertad religiosa de 1980, con sus perspectivas de futuro", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Iustel, 2009, pp. 72-107.

⁸⁸⁴ "En 1978 se trataba fundamentalmente de organizar el pluralismo político y de acomodar la Iglesia en un nuevo marco de relaciones con el Estado. Entonces el ámbito de pluralidad a considerar en la sociedad española era únicamente el político, pues apenas existía, como consecuencia de cuarenta años de oscurantismo, represión ideológica y monopolio del nacionalcatolicismo una insignificante pluralidad moral y religiosa". MAYORAL CORTÉS, Victorino: "Libertad religiosa y laicidad: los límites del modelo", en AAVV: *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006, p. 247.

⁸⁸⁵ El reto de la inclusión de las minorías es un reto complejo, por lo que las soluciones jurídicas son sólo una parte del problema, y aún más parcial cuando dichas soluciones encuentran su origen sólo en el ámbito laboral. Así pues, las soluciones han de venir de varios ámbitos al unísono y de forma coordinada, pero mejor que se materialicen con previsión que cuando ya se han actualizado los conflictos y problemas. Cuando cunde la alarma social en esta materia se tiende a optar por medidas restrictivas: fortalecimiento e interpretación poco flexible del orden público, énfasis de las medidas penales, reformas draconianas de las normas de extranjería, etc.

⁸⁸⁶ La cada vez más plural sociedad española no sólo tensa las relaciones entre los sujetos privados, sino que de forma simultánea obliga a reformular las relaciones entre el sujeto privado y los poderes públicos. Se ha afirmado que la fuerte inmigración con creencias musulmanas, así como la aparición de nuevos movimientos religiosos, ha provocado que a pesar de que el concepto de Estado laico no sea ni mucho menos nuevo, todavía nos tengamos que preguntar sobre el contenido y límites de la "laicidad"; es decir, sobre la actitud del Estado frente al hecho religioso. ARECES PIÑOL, M^a Teresa: *El principio de laicidad en las jurisprudencias española y francesa*. 1ª edición. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida, 2003, p. 32. Así pues, con más

El problema de la identidad de las personas que viven en España ha de partir de un hecho anómalo y empíricamente constatado, cual es que los inmigrantes, por el sólo hecho de serlo, están a merced de continuas situaciones de discriminación. Como se ha dejado constancia en la presente investigación, la mayoría de inmigrantes llegan a España por motivos económicos y laborales, ya que por desgracia la institución del asilo en España es reconocida de forma extremadamente marginal. Asimismo, los familiares que eventualmente reagrupen dichos inmigrantes probablemente deberán trabajar en un momento u otro, con casi total seguridad por cuenta ajena en los primeros años. Se ha constatado que el desempleo afecta en el ámbito europeo, incluido España, en una mayor proporción a los inmigrantes que a los nacionales, y dentro de los inmigrantes el desempleo discrimina a menudo entre nacionalidades, género, creencias religiosas, etc.⁸⁸⁷. Además, el desempleo afecta especialmente a los extranjeros extracomunitarios en un grado muy superior si se compara con los ciudadanos comunitarios que residen en otros países de la Unión diferentes a los suyos⁸⁸⁸.

Los inmigrantes extracomunitarios no sólo sufren una tasa de desempleo superior a los nacionales o a los ciudadanos comunitarios de otros países, sino que perciben salarios inferiores, trabajan jornadas extenuantes y se concentran en sectores mucho más proclives a sufrir los ciclos económicos, como es la construcción, la agricultura, etc. y otros sectores, con diferencias según nacionalidad y género, en los que son empleados como mera mano de obra no cualificada y aunque estén en posesión de títulos que acrediten una formación en sus países de origen⁸⁸⁹. Si están sobrerrepresentados en sectores de actividad con poco valor añadido y baja productividad⁸⁹⁰, están

razón, por su novedad doctrinal en España, surge la necesidad de plantearnos cuál ha de ser la posición del empresario ante el hecho religioso.

⁸⁸⁷ "Generally, labour market performance as measured by employment rate of foreign nationals is significantly worse than that of immigrants more generally, although the general situation conceals considerable differences between different migrant groups, with particularly clear differences between non-nationals from Turkey and Maghreb countries and persons born in these countries, notably in Belgium, Denmark, France, the Netherlands, Austria and Sweden (Turks) and in France, Belgium, the Netherlands, Spain and Denmark (citizens of vs. persons born in Maghreb countries). This suggests particularly exclusionary mechanisms in the labour market in these countries, but also shows that legal status (citizenship) may make a difference". AAVV: *Migrants, minorities and employment...*, op. cit., p. 30.

⁸⁸⁸ "When distinguishing the unemployment rates of EU citizens and non-EU citizens, it becomes clear that the high unemployment rate of foreigners mainly stems from the unemployment of foreigners from non-EU countries. The unemployment rates of EU citizens living in another EU country were also higher than the overall unemployment rates, but much less so than that of non-EU citizens". AAVV: *Migrants, minorities and employment...*, op. cit., p. 34.

⁸⁸⁹ Se ha afirmado que la mayor vulnerabilidad de los trabajadores migrantes se manifiesta "en el hecho de que su empleo es mucho más volátil que el de los trabajadores autóctonos porque están sobrerrepresentados en las ramas de actividad más sensibles al ciclo económico (construcción o servicios), porque es mano de obra poco cualificada y porque, además, suelen enmarcarse en las categorías socioeconómicas más frágiles". GRAU PINEDA, Carmen: "De las facilidades al retorno voluntario de los trabajadores inmigrantes en España: ¿Medidas anticrisis o gestión de flujos migratorios?". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2011, núm. 28, p. 57.

⁸⁹⁰ "Es relevante destacar que en nuestro país durante el período de crecimiento y expansión económica (1996-2007) ha sido común y característica la ocupación de población inmigrante en sectores productivos como construcción, hostelería y servicio doméstico con una baja productividad, inferiores salarios respecto a los trabajadores locales, y elevado grado de precariedad en el empleo (modalidades contractuales) y en las condiciones de trabajo (tiempo de trabajo, seguridad y salud)". RAMOS QUINTANA: "Acceso al mercado...", op. cit., p. 33.

infrarrepresentados en otros sectores⁸⁹¹. A continuación se muestra la distribución del empleo en España de los extranjeros según el sector de actividad (media 2005-2006):

- Agricultura y pesca: 5,6%.
- Minería, manufactura y energía: 13%.
- Construcción: 19,7%.
- Ventas: 11,2%.
- Hoteles y restaurantes: 14,2%.
- Educación: 2,9%.
- Salud y servicios comunitarios: 2,8%.
- Servicio doméstico: 13,3%.
- Administración: 1,1%.
- Otros servicios: 16,1%.

Se puede apreciar que los extranjeros están concentrados en la construcción, sector muy mediatizado por los ciclos económicos, y que ha sido muy afectado por la crisis económica; y en los hoteles y restaurantes, sectores que necesitan mucha mano de obra no cualificada y que están condiciones por incrementos y decrementos de actividad estacionales. También están presentes en el sector doméstico, una actividad muy feminizada y con condiciones de trabajo muchas veces precarias; y en el sector de minería, manufactura y energía, donde es necesaria también un gran número de trabajadores no cualificados. En cambio, se aprecia que los extranjeros no participan de sectores estructurales y vitales en una sociedad avanzada, como son los sectores de la educación, la salud o la administración. A modo de ejemplo, en el año 2007 el sector de la construcción empleaba en España a 2.739.600 trabajadores (13,5% del total); mientras que en el año 2011 sólo eran empleados en el mismo sector 1.393.000 trabajadores (7,7% del total)⁸⁹². Si se tiene en cuenta que un gran número de dichos puestos de trabajo eran ocupados por trabajadores extracomunitarios con escasa formación, las conclusiones son fáciles de predecir.

La distribución del empleo en España de los extranjeros por grupos ocupacionales (media 2005-2006) es la siguiente⁸⁹³:

- Managers: 4,7%.
- Profesionales: 6,5%.
- Técnicos y profesionales medios: 5,8%.
- Empleados: 4,4%.

⁸⁹¹ "Across the EU, migrants are concentrated in agriculture, industry and the service sector, albeit with marked gender differences". AAVV: *Migrants, minorities...*, op. cit., p. 37. Pero al mismo tiempo están infrarrepresentados en otros sectores.

⁸⁹² MORAL DE BLAS, Alfonso y Martín Román, Ángel Luís: "Efectos de la crisis económica sobre los flujos migratorios: un análisis provincial", en AAVV: *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 369.

⁸⁹³ CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., p. 98.

- Trabajadores sector servicios: 19%.
- Agricultores y pescadores cualificados: 1,9%.
- Artesanos: 18,5%.
- Operarios de maquinaria: 6,6%.
- Ocupaciones no cualificadas: 32,7%.

Se puede observar que, con diferencia, el grueso de los trabajadores inmigrantes prestan servicios en ocupaciones no cualificadas. A cierta distancia se aprecia que muchos trabajadores están ocupados en el sector servicios y en la artesanía; pero en pocos casos como managers, profesionales, técnicos y profesionales medios o empleados. Es sintomático que pocos extranjeros operen maquinaria, hecho que denota que prestan servicios en grupos profesionales no especializados.

De este modo, cuando se da una situación de crisis económica y se empiezan a destruir puestos de trabajo, los primeros que se destruyen son los ocupados por inmigrantes⁸⁹⁴, que ocupan actividades más propensas a la afectación por las crisis económicas y dentro de ellas prestan servicios en los grupos profesionales no cualificados. Además, su despido es más barato al tener una menor antigüedad y un menor salario; y en un gran número de casos ni siquiera están sindicados y menos aún son representantes unitarios de los trabajadores o están representados por ellos. A continuación se muestran las tasas de desempleo en el segundo trimestre de 2008, tanto en Alemania como en España⁸⁹⁵:

- Alemania: Nacionales: 7%, UE-27 no nacionales: 8,7%.
- España: 9,3%, UE-27 no nacionales: 15,3%.

La tasa de desempleo de la población extranjera en España alcanzó el 36,5% de la población activa durante el cuarto trimestre de 2012, una cifra diez puntos superior a la tasa de desempleo media de la población española⁸⁹⁶. Concretamente, a principios del año 2000 la tasa de paro de los trabajadores inmigrados era un poco más elevada que la media en España, entre un 2 y un 4% superior; sin embargo, por efecto directo de la

⁸⁹⁴ "Available evidence suggests that employment and unemployment rates of migrants and minorities are subject to much greater variations than those of the majority population. In particular, migrants and minorities are much more vulnerable to economic downturns". AAVV: *Migrants, minorities...*, op. cit., p. 45. "La concentración de los inmigrantes en ramas de actividad más frágiles en caso de deterioro del ciclo económico, sus menores capitales sociales y la mayor exposición a factores discriminatorios explica ese notable diferencial de las tasas de paro". CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., p. 99. Es la conclusión del autor tras argumentar que como regla general los trabajadores extracomunitarios sufren una mayor tasa de desempleo que nacionales y comunitarios en los países de la Unión Europea.

⁸⁹⁵ CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., p. 99.

⁸⁹⁶ CARRASCO CARPIO, Concepción: "La vulnerabilidad de los inmigrantes en el mercado de trabajo español", Ponencia presentada en el *IV Congreso REPS 2013 sobre Las políticas sociales entre crisis y post-crisis*, Universidad de Alcalá, 6 y 7 de junio de 2013, p. 14. En dicho trabajo empírico se concluye que "las condiciones económicas a partir del año 2008 han golpeado especialmente a los extranjeros, lo que ha dado lugar a una pérdida de ocupación en la biografía de los individuos (en términos de reducción de sus tasas de empleo con respecto a las que tuvieron individuos de cohortes anteriores con su misma edad) que tardará años en recuperarse" (p. 14).

crisis económica, la citada tasa en el año 2011 se acercaba ya al 33%, un 10% superior que la media española⁸⁹⁷.

Si bien al llegar a los países de acogida los inmigrantes extracomunitarios perciben salarios inferiores que los nativos, dicha situación con los años se va equiparando. No obstante, factores varios harán que dicha equiparación tarde más o menos en materializarse. Por los condicionantes existentes hoy en día, muchos de ellos constitutivos de discriminación, la citada equiparación puede producirse al cabo de quince o veinte años de haber llegado al país, un lapso de tiempo poco razonable si las relaciones laborales se guiaran por elementos como los meritos o la capacidad de trabajo y no pesaran conductas discriminatorias ajenas a la racionalidad económica. Dicho fenómeno se da en los países de la Unión Europea⁸⁹⁸, pero también se ha comprobado en España⁸⁹⁹.

De tal manera que los trabajadores inmigrantes no sólo no perciben salarios equiparables al de los nativos, ni son promocionados del mismo modo que los nativos, o si hay que extinguir contratos de trabajo son más proclives a ver extinguidos sus contratos; las discriminaciones parten del ámbito laboral, ámbito a partir del cual se pueden ejercer otros muchos derechos, y se extienden a otros ámbitos que van más allá⁹⁰⁰. De hecho, se crea un círculo vicioso. Los trabajadores inmigrantes parten de situaciones desfavorables para incorporarse al mercado de trabajo, cual es su status jurídico regido por normas de extranjería que provocan desigualdades en el disfrute de derecho entre extracomunitarios y trabajadores nativos o su formación profesional y/o académica. Dicha situación de desigualdad provoca que su entrada al mercado laboral no se produzca o se produzca en peores condiciones (trabajos precarios, explotación laboral, no sujeción a convenios

⁸⁹⁷ MORAL DE BLAS y MARTÍN ROMÁN: "Efectos de la crisis...", en AAVV: *Nuevos retos...*, op. cit., p. 370.

⁸⁹⁸ "The results of the OECD pilot study suggest that migrants earn considerably less than the native-born population. An earlier study of migrant wages based on the European Community Household Panel (ECHP) suggests that wage disparities are particularly large at the time of arrival of migrants. The analysis shows that migrants' earnings are 38 per cent (men) and 42 per cent (women) below those of natives. The study, however, also shows that wage disparities vary greatly between countries, with migrants in Germany and Portugal faring the best, and those in Sweden, Denmark, Luxembourg and Spain the worst". AAVV: *Migrants, minorities...*, op. cit., p. 43. Según el mismo estudio los salarios se van equilibrando y se igualan a los de los trabajadores nativos a los 19 años de media de haber llegado al país.

⁸⁹⁹ "Los salarios medios para los trabajadores extranjeros (tanto hombres como mujeres) son prácticamente la mitad del salario medio de los trabajadores españoles (hombres y mujeres). Los salarios medios suelen aumentar con la edad, siendo relevante el aumento en mayores de 65 años en el caso de los extranjeros varones, que prácticamente se asimilan a los españoles de esa misma edad". CARRASCO CARPIO: "La vulnerabilidad...", op. cit., p. 15. Aunque el estudio no lo indica, hay que tener en cuenta que los trabajadores extranjeros de más de 65 años son pocos en comparación con las otras franjas de edad.

⁹⁰⁰ Se ha comprobado que existen varios factores que explican las desigualdades existentes entre los trabajadores migrantes y los nativos: "inequalities originate from weak and insecure legal statuses of migrants, including limited access to education and training possibilities and to the labour market. Last but not least discrimination is an important factor influencing labour market performance. However, discrimination against migrants and minorities is not only limited to the labour market (e.g. in hiring or promoting). Discrimination in education and in social life in general also influences the labour market performance of migrants and minorities. Therefore, policy responses which aim at eradicating inequalities need also to address several areas beyond that of employment". AAVV: *Migrants, minorities...*, op. cit., p. 45.

colectivos, no presencia sindical, etc.)⁹⁰¹; y que puedan ser expulsados con mayor facilidad. Ello a su vez provoca problemas con el régimen de extranjería (por ejemplo, imposibilidad de renovación de una autorización de residencia), una mayor falta de acceso al sistema educativo o a la vivienda por su bajo poder adquisitivo, o una imposibilidad de adquirir mayor experiencia profesional o promocionar profesionalmente. A menudo por tales razones los trabajadores inmigrantes acuden al autoempleo, pero tampoco el régimen de extranjería facilita especialmente dicha vía, todo al contrario, la dificulta. De este modo, si muchos optan por el sector formal como trabajadores autoempleados, a una gran parte no les queda otro remedio que acudir al sector informal de la economía, tanto como trabajadores autónomos, como trabajadores por cuenta ajena⁹⁰². Así, se puede calificar la vulnerabilidad de los extranjeros como jurídica, pero también material.

Así, la denominada tasa de riesgo de pobreza se elevó en España en el año 2012 al 21,1% de su población según la Encuesta de Condiciones de Vida en su primera estimación. Dicho umbral oscilaba entre el 19,8% si la persona era de nacionalidad española, y el 43,5% si su nacionalidad no era de ningún país miembro de la Unión Europea. Según el indicador agregado denominado "*at risk of poverty or social exclusion*" (AROPE), la tasa de pobreza y/o exclusión social en España era el 2012 del 26,8%, cuando para los extranjeros era del 50,6%⁹⁰³. Las causas de vulnerabilidad laboral de los extranjeros durante la crisis económica iniciada el 2008 se pueden resumir en cinco aspectos⁹⁰⁴:

1) Peor situación en la escala ocupacional: sobrerrepresentación en las ocupaciones de baja cualificación.

⁹⁰¹ "*Major disparities persist between the migrants and minorities on the one hand, and majority populations, on the other. Generally, migrants and minorities are more likely to experience disadvantage on the labour market, to be less likely to be in employment, and to be subject to unemployment more frequently and to a larger degree than the majority population. In addition, migrants and minorities are more likely to earn less than natives, to have lower educational attainments and to be employed in occupations at the lower end of the skill spectrum. And migrants and minorities are more likely to be employed in more precarious and undesirable jobs*". AAVV: *Migrants, minorities...*, op. cit., p. 45.

⁹⁰² "Los trabajadores inmigrantes y de minorías étnicas a menudo recurren al autoempleo debido a sus desventajas en el mercado laboral. Las discriminaciones racial, étnica y religiosa constituyen las principales causas de desventaja, pero la carencia de conocimientos lingüísticos y el hecho de no poder acreditar su capital humano, también juegan un papel importante. En cualquier caso, la desventaja principal es la provisión de fuerza de trabajo, que se produce cuando los trabajadores no pueden conseguir salarios o empleo asalariado que alcance a la compensación predominante del mercado por su capital humano. La desventaja más extrema del mercado laboral es el desempleo de larga duración. Llegados a este punto, los trabajadores con desventajas y que disponen de recursos sólidos (capital humano, social, financiero y cultural), buscando cómo mejorar su situación se autoemplean en el sector formal, y quienes tienen menos recursos en el informal". LIGHT: "Economías étnicas", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., pp. 43-44. Por ejemplo, una característica del mercado de trabajo almeriense es su carácter sumergido e irregular, que supone el 30% de la riqueza provincial. La mayor parte de trabajadores son inmigrantes que prestan servicios en los invernaderos ("agricultura bajo plástico"). ARJONA GARRIDO, Ángeles: "Emprendedores étnicos en Almería: un reto frente a la discriminación laboral, jurídica y social", en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, p. 158.

⁹⁰³ CARRASCO CARPIO: "La vulnerabilidad...", op. cit., p. 8.

⁹⁰⁴ CARRASCO CARPIO: "La vulnerabilidad...", op. cit., pp. 18-19.

2) Concentración en el sector de la construcción: especialmente afecta a los hombres. El 2008 el 18% de los extranjeros trabajaban en el sector de la construcción.

3) Exceso de contratación temporal:

- Temporalidad máxima: concurre cuando los extranjeros llevan en España menos de dos años y alcanza el 54,8%.

- Temporalidad mínima: es alcanzada cuando los extranjeros llevan más de veinte años viviendo en España, que alcanza aún el 24% a pesar del largo tiempo de permanencia en el país.

4) Rigidez normativa: la estructura normativa de las leyes de extranjería, especialmente del concepto "situación nacional de empleo" y el sistema de gestión colectiva de contrataciones en origen (el tradicionalmente denominado "contingente"), pueden limitar las oportunidades laborales de los extranjeros.

5) Descenso del poder negociador de los españoles: muchos españoles aceptan ahora empleos que antes rechazaban y eran ocupados por extranjeros.

La falta de integración de los trabajadores pertenecientes a minorías culturales, étnicas y/o religiosas provoca una falta de cohesión social, fenómenos de guetización y pueden convertir una sociedad en una nueva Babilonia ingobernable y de consecuencias sociales impredecibles⁹⁰⁵. Tales fenómenos de aislamiento social y cultural a veces son provocados por una visión multiculturalista que no tiene en cuenta que dicho posicionamiento al igual que comporta situar a todas las culturas al mismo nivel, al reconocer los derechos culturales colectivos y preservar las identidades culturales a toda costa, al mismo tiempo puede levantar muros infranqueables entre grupos⁹⁰⁶. Si el gueto en una primera fase puede servir para preservar la cultura e identidades propias, al cabo de poco tiempo se convierte en una barrera infranqueable para prosperar social, laboral y económicamente⁹⁰⁷. Es difícil, por no decir imposible, compartir valores comunes, cuando hay ciudadanos de primera y ciudadanos de segunda; cuando la sociedad se divide entre el "nosotros" y el "ellos" sin comprender que unos mismos valores ya son comunes por el mero hecho de ser personas⁹⁰⁸. Cuando la situación se descontrola y se enquistada, las

⁹⁰⁵ La secularización parece que no está afectando por igual a todos los estratos sociales, lo que a su vez puede tener unas consecuencias sociales más difíciles de predecir: "El número de no practicantes aumenta constantemente en el seno de todas las tradiciones religiosas y espirituales y la mayoría de ellos representa estratos de población de clase media o media-alta con un sólido nivel cultural, económico y profesional, a diferencia de los reductos estrictamente confesionales que tienden a «guetizarse» cada vez más y a marginarse del mundo cultural. Algunos apuntan a los riesgos de una tendencia a la anarquía religiosa y a una religión atomizada o «a la carta». Otros lo celebran. El hecho es que la religión ya no es el patrimonio exclusivo de nadie ni, muchos menos, de unos pocos. Por primera vez en siglos, al menos en el Occidente de matriz judeocristiana, el papel de la religión es una responsabilidad y una tarea de todos sin exclusión". TORRADEFLOT: "El cristianismo y el diálogo...", en AAVV: *Historia...*, op. cit., p. 563.

⁹⁰⁶ CASTRO JOVER, María Adoración: "Interculturalidad y Derecho en el ámbito regional y supranacional europeo", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 24.

⁹⁰⁷ SIMÓN ALFONSO: "El desafío de la diversidad...", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho...*, op. cit., p. 284.

⁹⁰⁸ Defensa de unos valores comunes de las personas y un rechazo frontal al relativismo cultural: "I can only repeat that we seem to distinguish subjective from objective appraisal by the degree to which the central values conveyed are those which are common to human beings as such, that is, for practical purposes, to the great majority of men in most places and time. This is clearly not an

sociedades de acogida se acuerdan de que son plurales y que están inmersas en un estado de globalización en el que todo está interconectado y puede tener consecuencias nefastas en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, o simplemente entre los ciudadanos, sean de la confesión que sean, o de ninguna, con la consecuente vulneración de derechos fundamentales⁹⁰⁹. Europa ha sido testigo de los efectos devastadores de mantener sociedades fragmentadas y de contar con amplios sectores de la población ajenos a una identidad común inclusiva, volviéndose más proclives a abrazar tesis fundamentalistas negadoras de los derechos humanos: asesinato del diputado xenófobo holandés Pym Fortuny el 6 de mayo de 2002; atentado en Madrid el 11 de marzo de 2004; asesinato del cineasta holandés Theo Van Gogh el 2 de noviembre de 2004 y amenazas a la diputada de origen somalí Ayaan Iris Ali, ambos autores del documental *Sumisión*; atentados en el metro de Londres el 7 de julio de 2005; reiterados disturbios en París, y sus alrededores, especialmente a finales del año 2005; altercados provocados por la publicación de unas caricaturas del profeta Mahoma en un periódico danés; el asesinato de miembros de la revista satírica *Charlie Hebdo*⁹¹⁰ y ciudadanos judíos en un supermercado *kosher* en París en enero de 2015, etc⁹¹¹. Las religiones pueden justificar la paz y el progreso, pero al mismo tiempo pueden utilizarse para alimentar posiciones violentas según sean interpretados sus textos y tradiciones⁹¹².

absolute or rigid criterion; there is variation, there are virtually unnoticeable (as well as glaring) national, local, and historical peculiarities, prejudices, superstitions, rationalizations and their irrational influence. But neither is the criterion wholly relative or subjective, otherwise the concept of man would become too indeterminate, and men or societies, divided by unbridgeable normative differences, would be wholly unable to communicate across great distances in space and time and culture". BERLIN: *Four essays...*, op. cit., p. XXXII.

⁹⁰⁹ "The issue of religious human rights is one of growing significance in today's world. The growth of religious pluralism is worldwide and constitutes one of the major challenges facing all of the religions of the world today. The increasing presence of multiple faiths in secular societies makes religious isolation impossible and interfaith encounters inevitable". WOOD: "An apologia...", en AAVV: *Religious human...*, op. cit., pp. 482.

⁹¹⁰ Respecto dicho atentado se ha dicho con razón lo siguiente: "Cuando tales actos tienen lugar en países de mayoría musulmana, nadie en esos países suele echar la culpa al islam: se sobreentiende que se trata de ataques contra la vida y la integridad de las personas cuyo origen está en el fanatismo y la intolerancia, y no, de suyo, en la religión de Mahoma; entre otras cosas porque no pocas veces se trata de enfrentamientos entre personas adscritas a distintas versiones del islam. En cambio, cuando la violencia que se atribuye inspiración religiosa se produce en países occidentales donde la población musulmana es minoría, es frecuente atribuir la responsabilidad no tanto a personas o grupos concretos, sino genéricamente a la religión que se esgrimen como causa de su conducta criminal. Es ya sabida la retahíla en la que vienen simplistamente a identificarse islam, intolerancia, violencia, discriminación y anquilosamiento intelectual". MARTÍNEZ-TORRÓN: "La tragedia...", op. cit., pp. 22-23. Una crítica parecida se ha realizado respecto al atentado a las Torres Gemelas de 11 de septiembre en Nueva York, en relación al cual siempre se ha enfatizado el fanatismo islamista de los terroristas, pero poco se ha dicho de la convivencia habitual hasta ese momento de diversas religiones en los puestos de trabajo sitios en los edificios caídos: "In the shocking aftermath of September 11, it was more «newsworthy» to focus on the stated beliefs and actions of the terrorists than to focus on the faith and backgrounds of the victims. In a long-term view, however, it is equally important to recognize that people of many religious traditions lived and worked together peaceably in the very buildings that were targeted by the extremists. In that respect, the coverage of these tragedies mirrors wider public coverage of religion in the United States: religiously motivated violence receives more attention than quiet religious understanding or cooperation". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 15.

⁹¹¹ LACOMBA: *Historia de las migraciones...*, op. cit., p. 78.

⁹¹² Tómese como ejemplo el islam, como se podía haber tomado el cristianismo o el judaísmo: "Islam is ambiguous about violence. Like all religions, Islam occasionally allows for force while

Por otro lado, muchas sociedades europeas en lugar de optar por la inclusión de los trabajadores inmigrantes que han llegado para cubrir los puestos de trabajo que los nacionales no han querido para ellos, por considerarlos indignos, duros, mal pagados; han optado por votar a partidos xenófobos, euroescépticos y partidarios de separar a los nacionales de los no nacionales, a hacer bandera de la "alteridad", a configurar el gueto como una solución plausible a los problemas inherentes a la inmigración y al fracaso de la integración por considerar que las culturas en contacto son fundamentalmente incompatibles⁹¹³. Cuando la agenda política y social está guiada por emociones, pasiones y tensiones, y no por unos cauces racionales (¡y razonables!) preestablecidos que ayuden a fijar puntos de encuentro entre normas, valores, identidades culturales y convicciones religiosas (aquí el Derecho juega un papel clave, y en especial el establecimiento de garantías para el ejercicio de la libertad religiosa), el conflicto está al orden del día y son difíciles de prever sus consecuencias⁹¹⁴.

Se ha dicho que los procesos migratorios pueden provocar tres tipos de relaciones entre las poblaciones de origen y acogida: 1) relaciones convergentes, 2) relaciones divergentes y 3) relaciones paralelas⁹¹⁵. Se puede definir dicha tipología de relaciones del siguiente modo:

1) Relaciones convergentes: coinciden las expectativas entre la población recién llegada y la población de acogida (simbiosis relacional).

2) Relaciones divergentes: las necesidades son opuestas y aparecen tensiones entre comunidades recién llegadas y comunidades de acogida como la competencia en el

*stressing that the main spiritual goal is one of nonviolence and peace. The Qur'an contains a proscription very much like the biblical injunction «Thou shalt not kill». The Qur'an commands the faithful to «slain not the life that God has made sacred». The very name Islam is cognate to salam, the word for peace, and like the Hebrew word shalom, to which it is related, it implies a vision of social harmony and spiritual repose". JUERGENSMEYER: Terror in the mind..., op. cit., p. 79. La presencia de elementos de paz y de guerra en una misma religión es enfatizada también por la doctrina española: "La tendencia globalizadora de las religiones universales puede comportar un cierto peligro: cuanto mayor es esa tendencia, puede presentarse la tentación de limitar el espacio autónomo de la sociedad, presentando una más radical exigencia a sus miembros, prefiriendo imponerse antes que sólo anunciarse, a pesar de sus propios principios. Más aún, el fenómeno religioso puede llegar a desarrollar vivencias de conciencia individual que, una vez desatadas y conducidas al extremo, en ocasiones lleven a la violencia y a la coacción en nombre de unas creencias idealmente pacíficas y liberadoras". BUENO SALINAS y GUTIÉRREZ DEL MORAL: *Proselitismo...*, op. cit., p. 8.*

⁹¹³ "Si cada grupo social subestima la alteridad y se cierra en sí mismo, defendiendo sus propios valores como únicos e incompatibles con otras manifestaciones culturales, si no mantenemos la existencia de valores universales compartidos por los hombres y las mujeres de todos los pueblos, necesariamente nos predisponemos a introducir la segregación y constituirnos en gueto. Hay reglas sin las cuales no podría existir una vida humana reconocible como tal, y hay otras reglas sin las cuales no podría desenvolverse siquiera en una forma civilizada". CABEDO MANUEL: *Filosofía y cultura...*, op. cit., p. 94.

⁹¹⁴ "The history of religious war and persecution shows that the choice of which gods to worship is a matter of special, transcendental importance to billions of people. Such people have shown themselves willing to kill others who worship different gods or the same gods in different ways, and also to be killed rather than abandon their own way of worshipping their own gods. That passion was the cause of the terrible religious wars in Europe that made religious toleration imperative there. It continues to spawn mass murder in our time in the Middle East and elsewhere. No other issue arouses that intensity of emotion, and the world has had and continues to have that reason for guaranteeing religious freedom in political constitutions and international conventions". DWORKIN: *Religion...*, op. cit., p. 110.

⁹¹⁵ LACOMBA: *Historia de las migraciones...*, op. cit., pp. 59-60.

mercado laboral o las diferencias respecto a las fórmulas de integración no consensuadas.

3) Relaciones paralelas: la movilidad permite un sistema dual, pero no existe una interrelación entre comunidades de origen y de destino.

Cuando la normativa de extranjería se centra en la inmigración laboral y la mayoría de los inmigrantes que entran en España, legal o ilegalmente, desean trabajar, ha de suponerse que existe un primer puente común entre la sociedad de acogida y los recién llegados: el trabajo⁹¹⁶. De todos modos, las sociedades europeas a menos que se produzca una revolución demográfica necesitan de forma acuciante rejuvenecer sus envejecidas sociedades del bienestar. Ahora bien, ni la sociedad de acogida puede esperar que los trabajadores extranjeros se despojen por completo de sus señas de identidad, no parece que el derecho a la libertad religiosa en su reconocimiento constitucional o en la normativa internacional pueda aceptar tal actitud como jurídicamente correcta; ni los recién llegados han de esperar sólo derechos de la sociedad que les ha acogido, sino también obligaciones, que consistirán algunas de ellas en compartir una valores comunes, básicos (los que la doctrina alemana denominada *Grundwert*)⁹¹⁷ sin renunciar a los propios.

El Derecho del Trabajo ha de permitir que el trabajador con creencias religiosas, minoritarias o no, pueda ser contratado y sea posicionado de forma óptima para ejecutar el contrato de trabajo sin más obstáculos que el de cualquier otra persona en su misma situación, sin que el hecho de sostener dichas creencias sea un gravamen que condicione su contratación, promoción profesional, cuantía salarial a percibir, o extinción contractual. Es decir, sin que sea discriminado por razón de sus creencias. Si los trabajadores con creencias religiosas prestan servicios de forma ordinaria, como cualquier persona nativa y/o con creencias mayoritarias, con pleno respeto de su conciencia, el Derecho del Trabajo no sólo desplegará la máxima potencialidad del orden constitucional en el seno de la relación laboral; sino que contribuirá a que los "otros" dejen de sentirse extraños y adquieran una identidad compartida con el resto de miembros de la sociedad, sin renunciar a la propia identidad⁹¹⁸. Su inclusión sólo puede partir del trabajo: sin trabajo en igualdad, con respeto de la conciencia, religiosa o no, no

⁹¹⁶ En España, entre los años 2000 y 2007 el 50% de los empleos fueron ocupados por trabajadores inmigrantes. Lacomba: *Historia de las migraciones...*, op. cit., p. 132.

⁹¹⁷ PÉREZ LUÑO: *Los derechos...*, op. cit., p. 20.

⁹¹⁸ El Derecho del Trabajo debe contribuir a crear una identidad común de todos los trabajadores, en cuanto portadores de unos derechos fundamentales, que en buena parte son a su vez universales; y ello sin renunciar a la propia identidad, porque en caso contrario estaríamos ante un proceso de asimilación, y no de inclusión. Todo ello ha de enmarcarse en un contexto superior al del ámbito de la ciudadanía en un mundo globalizado: "No hay que renunciar a la propia cultura, ciudadanía e identidad para convertirse en ciudadano del mundo. La fusión de horizontes y de culturas es lo que ensancha, desprovincializa y abre a lo universal; no desde la abstracción, sino desde las raíces culturales concretas. La interculturalidad implica reciprocidad, capacidad de aprendizaje, apertura a los otros y respeto a la alteridad como un valor positivo. Pero esto no significa renunciar a la cultura de pertenencia, ni presuponer que todas las culturas son igualmente válidas en su concreción material e histórica. Es inevitable la valoración selectiva de las identidades culturales, condicionadas por la propia pertenencia, que, sin embargo, puede relativizarse y abrirse en el diálogo de civilizaciones. Y esto es lo que también puede inspirar el diálogo religioso". ESTRADA DÍAZ: "Globalización, postmodernidad...", en AAVV: *Historia...*, op. cit., pp. 466-467.

puede existir inclusión social. El excluido ha de poder ser fiel a su conciencia en todos los ámbitos en los que interactúa socialmente, no sólo en su domicilio o en el templo⁹¹⁹.

De ahí la importancia de que se interprete en sede laboral el derecho a la libertad religiosa con las miras puestas en una sociedad plural que ha de mantener su cohesión; que se aplique la normativa antidiscriminatoria de forma novedosa y flexible a las nuevas necesidades sociales; y que *de lege ferenda* se legisle pensando en atribuir el mismo valor a todas las creencias religiosas, de modo neutral, sin favorecer por desidia la mayoritaria frente a las minoritarias, ni simplemente realizar una interpretación laicista y forzada de la Constitución que deje el asunto al albur de la autonomía privada⁹²⁰. La autonomía privada, sin restricción alguna, sólo puede contribuir a reproducir los esquemas de la mayoría, de ahí la importancia de legislar con una visión en su conjunto, teniendo en cuenta mayorías y minorías, sin que se otorgue espacio a una eventual automarginación⁹²¹. Y de ahí la relevancia de que aunque la objeción de conciencia haya de ser conceptualizada como un mecanismo jurídico excepcional en sede laboral, no por ello se ha de desechar su utilidad como instrumento a activarse como *ultima ratio*, cuando el quebranto de las convicciones religiosas es inevitable, porque no hay otros medios jurídicos al alcance que lo eviten. Hay que reconocer que en una sociedad plural el conflicto es inevitable, normal; y que un Estado democrático por muy perfecto que sea (el español no lo es tanto en cuanto su grado de madurez como se puede apreciar a lo largo de la presente investigación), a veces no puede solucionar los conflictos de forma satisfactoria simplemente legislando, decidiendo. La democracia también se construye

⁹¹⁹ “*Si partimos de la integración de los inmigrantes es un proceso de progresiva equiparación de derechos y deberes, que permite formar parte de una sociedad en condiciones de igualdad y que tiene como fin la paz social, el ejercicio de la libertad de conciencia en la inmigración se perfila como parte fundamental de dicho proceso. Es decir, el inmigrante, para poder sentirse integrado, tendrá que poder ejercer su libertad de conciencia, su ser «fiel a sí mismo» en la nueva sociedad en la que habita*”. LEMA TOMÉ, Margarita: *Laicidad e integración de los inmigrantes*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 22. Definición parecida en p. 30.

⁹²⁰ Sobre cómo legislar en la materia se ha apuntado que “*most texts on religious liberty were originally written to neutralize social conflict over doctrinal debates within the same religion. In the United States and in Western Europe, legal provisions protected minority Christian denominations from the dominant group. The practices of other religions were generally not included or even considered. Today, in spite of occasional government claims, states are invariably heterogeneous, composed of different racial, ethnic, cultural, and religious groups. Such diversity throughout the world presents each country with far more complex and thorny issues of religious liberty. Instead of doctrinal disputes over transubstantiation and papal infallibility, current religious conflicts may involve animal sacrifices, the status of women, religious objection to patriotic or civil duties, differences of dress, diet, days of rest and worship*”. SHELTON, Dinah y KISS, Alexandre: “A draft model law on freedom of religion, with commentary”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, pp. 566 y 567. Cada Estado debe decidir cómo afrontar dicha diversidad desde un punto de vista legislativo, pero debe afrontarla; no dejar toda la responsabilidad de gestionar la diversidad a los jueces de instancia. tal y como apunta otro autor: “The pluralism of religious communities –the division of society into different ways of thinking and believing- is the basic theological and sociological datum for all secular legislation on church and state today”. HECKEL, Martin: “The impact of religious rules on public life in Germany”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, p. 195.

⁹²¹ “*Hacer creer que los valores e intereses de una comunidad confesional determinada, sólo en razón del peso de la tradición y el número de sus fieles son los que deben gozar de una influencia mayor, de un plus de protección por parte de las leyes, del presupuesto del Estado y de los poderes públicos, es posiblemente uno de los gérmenes más nocivos que puede ocasionar en los demás colectivos reacciones de automarginación o de comunitarismo fragmentario*”. MAYORAL CORTÉS: “Libertad religiosa y laicidad...”, en AAVV: *La nueva realidad...*, op. cit., p. 267.

aceptando la disidencia, el inconformismo; naturalmente dentro de unos parámetros constitucionales aceptables⁹²².

Resulta fácil constatar que el modo de regular la ciudadanía y la nacionalidad por los Estados - nación y la legislación en materia de extranjería, y España no constituye una excepción, no ayuda en nada a la tarea que ha llevar a cabo el Derecho del Trabajo. No obstante, una vez se es consciente de dichos déficits, cada sector del ordenamiento jurídico ha de poner su grano de arena. Por todos es conocido que el Derecho del Trabajo ha sido pionero desde el restablecimiento de la democracia en España en ayudar a garantizar que los derechos fundamentales, laborales e inespecíficos, se apliquen de forma correcta en la relación laboral. Y el ejercicio del derecho a la libertad religiosa no ha de ser una excepción. El Derecho del Trabajo, a pesar de las normativa vigente en materia de nacionalidad y extranjería, no puede permitir que se conceptúe el trabajo por cuenta ajena como un mero factor económico desprovisto de cualquier otro elemento que lo conceptualice como trabajo humano realizado por personas que tienen necesidades y una identidad que ha de ser respetada. El trabajo es más que un factor de producción: es un mecanismo de desarrollo personal y, por lo tanto, asimismo integral del trabajador. No se olvide el redactado del art. 35.1 CE: "*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*". No sólo se habla de remuneración suficiente, sino de "promoción a través del trabajo"⁹²³.

La normativa de extranjería no facilita ni mucho menos las cosas al Derecho del Trabajo, pues se ha propugnado durante años un enfoque de las migraciones que ha tendido a la mercantilización del trabajo, como un mero sistema de aportación de mano de obra cuando la economía lo requiere, teniendo poco en cuenta los derechos de lo que han de ejecutarlo, su identidad, su dignidad que ha de ser respetada independientemente de si se está en situación administrativa regular, como si no⁹²⁴. Un planteamiento, el

⁹²² "Democracy is itself built on the free judgments of its members and would not be necessary if everyone always agreed. It is a system not just for making decisions, but for containing, and even respecting, disagreement. Without the possibility, and the fact of disagreement, there can be no political freedom. There can be no choice between alternative views. Democracy needs the free expression of the conscience of all its members, even when they pose an uncomfortable challenge". TRIGG: *Equality, freedom...*, op. cit., p. 7.

⁹²³ Por tal razón, el art. 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que "*el trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras*". Ya constitucionalmente se recuerda que el trabajo es más que trabajo (es un "hecho social"), sino que tal noción va más allá de conceptualizar el trabajo como un medio para cubrir las meras necesidades materiales. En el apartado quinto de dicho precepto se prohíbe la discriminación por razón de creencias religiosas, aunque el constituyente prefirió el concepto de "credo": "*Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición*". Tal precepto no es más que una concreción en sede laboral de la prohibición general de discriminación del art. 21.1: "*No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona*".

⁹²⁴ "El planteamiento de la inmigración como una pieza más del mercado de trabajo se hace incompatible con una lecturas desde la dignidad de las personas". LÓPEZ LÓPEZ, Julia: "*Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad*", en AAVV: *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 29.

mercantilista, que ya ha venido dado desde Bruselas; aunque no exista una política migratoria realmente común, sí que hay directrices comunes comunitarias⁹²⁵. De hecho, la descoordinación entre las diferentes Administraciones en materia de integración de los extranjeros está al orden del día, ya sea en la Unión, ya sea en España en sus distintos ámbitos: estatal, autonómico y local⁹²⁶.

Tal planteamiento normativo provoca que los trabajadores extracomunitarios sean discriminados en muchas ocasiones por su especial estatus jurídico. Es lo que podría denominarse un "marco institucional discriminatorio"⁹²⁷. La aplicación de dichas reglas de origen normativo marca diferencias tan importantes como quién se encuentra en una situación administrativa regular y quién irregular; o si para poder trabajar habrá de tenerse en cuenta la "situación nacional de empleo". Así, determinarán las posibilidades de los trabajadores inmigrantes en cuanto a su participación en el mercado de trabajo y en qué condiciones; si serán excluidos o podrán participar, pero en unas condiciones muy diferentes que los nacionales; en definitiva, si podrán integrarse o si serán excluidos, pues las reglas institucionales pueden tener en cuenta el origen nacional de las personas (por ejemplo, preferencia de un origen sobre otro) o la cualificación profesional de los trabajadores (por ejemplo, preferencia de ciertos trabajadores cualificados sobre otros para cubrir demanda de trabajadores en un sector de actividad determinado).

Si el Derecho de extranjería conceptúa al trabajador extracomunitario como un factor productivo más, que cuando es necesario es autorizado y cuando no lo es, expulsado⁹²⁸;

⁹²⁵ "Desde la Unión Europea se exporta a los países miembros un modelo de políticas de inmigración que cree de forma muy clara en la visión mercantil de la inmigración, esto es, que parte una visión exagerada del inmigrante como factor productivo", lejos del concepto de derechos humanos. LÓPEZ LÓPEZ: "Una mirada...", en AAVV: *Derechos laborales...*, op. cit., p. 30.

⁹²⁶ Dicha descoordinación es puesta de manifiesto en IBÁÑEZ ANGULO, Mónica: "La (des)coordinación de las políticas migratorias: el control de los flujos migratorios y las políticas de integración social", en AAVV: *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 97-159. Entre otros extremos, la autora pone de manifiesto, utilizando los datos empíricos disponibles, las reiteradas disfunciones inherentes a las políticas de integración de los extranjeros en los últimos tiempos: "La mayor o menor densidad de población inmigrante en un territorio influye pero no define el tipo de actuaciones y de políticas que se desarrollen en materia migratoria; de hecho, otros aspectos socioculturales, políticos y económicos han tenido una mayor impronta en la elaboración de políticas migratorias y en la aplicación de determinadas medidas. Asimismo, en este trabajo se ha mostrado cómo los esfuerzos por coordinar las diferentes actuaciones definidas en y para diferentes ámbitos sectoriales (e.g. educación, sanidad, empleo) y territoriales (e.g. ámbito autonómico, estatal y comunitario de la UE), han tenido que enfrentarse a dificultades más o menos sobrevenidas (eg. reestructuraciones departamentales, crisis económica) que han dificultado el desarrollo de políticas sistemáticas a medio y largo plazo que, en ocasiones, han resultado insuficientes (...), mientras que en otras, por el contrario, han resultado en el solapamiento de actuaciones y organismos (e.g. creación de una extensa red administrativa estatal, regional y local, dotada con escasos recursos)" (p. 157).

⁹²⁷ "El «marco institucional discriminatorio» está formado por todos los elementos normativos específicos, por las «reglas» que afectan a los inmigrantes, sea en las políticas de inmigración o de integración de/con los inmigrantes o sea en las políticas generales que, y sus diversas «variantes», especialmente variantes referidas a diferentes colectivos que contribuyen a la construcción institucional de realidades diferenciadas". CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., pp. 161-162.

⁹²⁸ "En el marco del modelo de inmigración económico-laboral, la conexión entre inmigración y mercado de trabajo tiene una implicación muy relevante - y no precisamente en sentido social positivo: la subordinación de la política jurídica de inmigración a través del marco jurídico - legal regulador de la misma a la racionalidad económica. Las personas inmigrantes extranjeras son instrumentalizadas - mercantilizadas- regulando - o más bien controlando - su acceso,

el Derecho del Trabajo tiene la responsabilidad de velar por el ejercicio pleno del derecho a la libertad religiosa, entre otros derechos fundamentales, que garantice su dignidad mientras preste servicios. Ante la postura restrictiva del Derecho Administrativo de extranjería, el Derecho del Trabajo, en ejercicio de su función tuitiva, puede contribuir a suavizar la situación de las personas migrantes en relación al ejercicio de sus derechos fundamentales, incluido el de la libertad religiosa; pues el trabajador extracomunitario no sólo es extracomunitario y por lo tanto le es de aplicación la normativa administrativa, sino que al mismo tiempo es trabajador por cuenta ajena y le es de aplicación la normativa laboral. Si la política jurídica de inmigración se ha laboralizado claramente, pero de un modo muy mediatizado por políticas economicistas⁹²⁹; el Derecho del Trabajo no puede obviar sus funciones originarias, básicas y genuinas, las que justificaron su nacimiento como disciplina jurídica autónoma. Y a dichas funciones hay que añadir la de acomodación de los trabajadores de origen extracomunitario a los centros de trabajo, sin que se vulneren sus derechos, sin que sea considerados como factores productivos más allá de sus identidades de origen⁹³⁰, y contribuyendo a que se ejecute el contrato de trabajo de forma óptima, evitando discriminaciones y garantizando la indemnidad de su dignidad. O lo que es lo mismo, el Derecho laboral ha de "reconvertir" al trabajador extracomunitario de objeto, de factor más del sistema productivo, en sujeto de derechos,

permanencia e, incluso, retorno - o salida - atendiendo a la situación económica nacional en relación directa y conexas con las necesidades del mercado de trabajo al respecto". MONEREO PÉREZ, José Luis y TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel: "Las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos sociales ante las transversales novedades jurídicas nacionales y comunitarias de 2011 y 2012: sentido y alcance desde el constitucionalismo democrático social". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2013, núm. 157, p. 39.

⁹²⁹ "El modelo político-jurídico de regulación de las migraciones en España – que comprende el grupo normativo regulador y su interpretación por la doctrina jurídica, científica y jurisprudencial – ha estado presidido por problemáticas opciones de política del derecho, que a su vez han estado mediatizadas – y condicionadas – por la fuerte conexión imperante entre la razón económica y el fenómeno migratorio". TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel: "Balance y perspectiva de las migraciones económico – laborales en España: insuficiencias y propuestas de revisión jurídico - políticas". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2013, núm. 33, p. 72. En un sentido parecido: "En el marco del modelo de inmigración económico – laboral, la conexión entre inmigración y mercado de trabajo tiene una complicación muy relevante – y no precisamente en sentido social positivo -: la subordinación de la política jurídica de inmigración a través del marco regulador de la misma a la racionalidad económica. Las personas inmigrantes extranjeras son instrumentalizadas – mercantilizadas – regulando – o más bien controlando – su acceso, permanencia e, incluso retorno – o salida – atendiendo a la situación económica nacional en relación directa y conexas con las necesidades del mercado de trabajo al respecto". MONEREO PÉREZ y TRIGUERO MARTÍNEZ: "El modelo de política...", *op. cit.*, p. 12. Si de tal postura doctrinal se desprende que la política migratoria se laboraliza, como así se entiende de forma mayoritaria, también se puede inferir que si bien las mercancías no tienen religión, ni convicciones, más allá de ser objeto de una dinámica económica, parece evidente que un enfoque jurídico en tal sentido, como es el preponderante en España los últimos lustros, obviará en lo posible el derecho a la libertad religiosa de los trabajadores migrantes, o en general su libertad de pensamiento. Su cosificación desde un punto de vista económico – jurídico significará desproveerlos de aquellos elementos inherentes a un sujeto de derecho, a la persona como tal, como son la dignidad humana o el respecto a sus convicciones, entre ellas las de naturaleza religiosa. Y en dicho escenario su inclusión en la sociedad española es casi imposible, a menos que los citados trabajadores renuncien a su identidad.

⁹³⁰ "Los derechos humanos rechazan la conceptualización propia del mercado laboral como simple transacción económica, de los trabajadores como simples recursos del proceso productivo, y de los individuos como simple medio de alcanzar la plena satisfacción económica pasando por encima de los otros o de la justicia social". GROSS, James A.: "Los derechos de los trabajadores como derechos humanos", en AAVV: *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 302.

y no sólo de obligaciones⁹³¹; ha de contribuir a su total desmercantilización, a su descosificación. Es extremadamente peligroso incentivar que la sociedad se vuelva cada vez más plural, pero al mismo tiempo no se ofrezcan los instrumentos adecuados para garantizar una buena coexistencia, una convivencia beneficiosa para todos⁹³². Parece ser que no se han extraído las oportunas lecciones del triste, pero a la vez complejo, fenómeno de los *Gastarbeiter* de Alemania⁹³³.

Si en la relación laboral no se garantiza el cumplimiento de los derechos fundamentales inespecíficos, como la libertad de expresión o la libertad religiosa, que son los derechos

⁹³¹ La libertad religiosa, pero también las otras exteriorizaciones de la libertad (expresión, manifestación, sindicación, etc.), tiene por finalidad que la persona, en este caso el trabajador extracomunitario, sea el dueño de sí mismo. La libertad precisamente permite que las personas sean dueñas de su futuro: "*I wish my life and decisions to depend on myself, not on external forces of whatever kind. I wish to be the instrument of my own, not of other men's acts of will. I wish to be a subject, not an object; to be moved by reasons, by conscious purposes, which are my own, not by causes which affect me, as it were, from outside. I wish to be somebody, not nobody; a doer - deciding, not being decided for, self-directed and not acted upon by external nature or by other men as if I were a thing, or an animal, or a slave incapable of playing a human role, that is, of conceiving goals and policies of my own and realizing them. This is at least part of what I mean when I say that I am rational, and that it is my reason that distinguishes me as a human being from the rest of the world. I wish, above all, to be conscious of myself as a thinking, willing, active being, bearing responsibility for my choices and able to explain them by references to my own ideas and purposes. I feel free to the degree that I believe this to be true, and enslaved to the degree that I am made to realize that it is not*". BERLIN: *Four essays...*, op. cit., p. 131. Por poco que se analice la legislación de extranjería de los últimos años salta a la vista de que el legislador, haciendo caso omiso a la sensibilidad necesaria para legislar en relación a los derechos fundamentales, ha intentado privar en lo posible de toda autonomía a las personas que entran dentro del ámbito subjetivo de las normas; lo que ha tenido por consecuencia que el Tribunal Constitucional haya tenido que llevar a cabo más de un correctivo. Así, con la Constitución en mano y sin tener que acudir ni siquiera a las normas internacionales ratificadas por España, resulta evidente que no se puede privar a ninguna persona de derechos fundamentales inherentes a la dignidad del ser humano por el simple hecho de no ser titulares de una de las nacionalidades de los Estados miembros de la Unión Europea.

⁹³² "*Diversity and pluralism are similar but different. Diversity, at its most basic level, simply means the existence of different types. Bringing those different types into coexistence requires effort, which is where pluralism comes in. Pluralism is a philosophical commitment to diversity, a belief that there is some intrinsic good in difference*". MURRAY: *Religious liberty...*, op. cit., p. 9. A veces es como si ni el legislador ni los órganos jurisdiccionales fueran conscientes de los cambios acaecidos en la sociedad española en los últimos lustros: "*La condición multicultural de nuestras sociedades - sí, de las europeas, no sólo las americanas o asiáticas - es una constante histórica. Pero sólo ha recuperado visibilidad y presencia social cuando se ha resquebrajado la jaula de hierro a la que fue confinada la pluralidad social - cultural, nacional, lingüística, religiosa, etc. - en el proceso de construcción de los Estados-nación. En efecto, la quiebra del orden del mundo que se oficializa en 1989 es en buena medida la palanca que hace salir a la luz con toda la fuerza la existencia y las reivindicaciones de los agentes de esa pluralidad. Una emergencia que, por supuesto, se hace aún más presente como consecuencia del proceso de globalización*". DE LUCAS MARTÍN, Francisco Javier: "Superar el vínculo de nacionalidad: la potencialidad del artículo 15 de la DUDH". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2014, núm. 35, p. 35. Por desgracia, los problemas inherentes a una sociedad pluricultural sobrepasan habitualmente de forma violenta cualquier cauce formal y es cuando se toma conciencia de sus retos.

⁹³³ "*En las democracias liberales el «marco institucional discriminatorio», que busca regular las necesidades de mano de obra extranjera que tienen los sistemas productivos de los países de origen, puede tomar dos derroteros distintos: en un extremo, la lógica del «Gastarbeiter», de «trabajadores invitados» o de migraciones circulares; una lógica «excluyente». En el otro, una lógica que arranca desde el argumento de la «necesidad» de trabajadores extranjeros y de la demanda del sistema productivo pero que no se limita a regular los flujos sino que reconoce los derechos en igualdad de los inmigrantes en una lógica «inclusiva»*". CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., pp. 163-164.

de "primera generación", difícilmente se podrá garantizar el ejercicio los derechos específicamente laborales o los sociales en una sociedad plural. Es conocido que históricamente en las sociedades plurales si no se ha reconocido el derecho a la libertad religiosa no se han garantizado tampoco otros derechos fundamentales, los denominados de segunda y tercera generación⁹³⁴. El derecho a la libertad religiosa, el derecho a la libre expresión, a la libertad de prensa, de asociación⁹³⁵, etc. son derechos que pueden considerarse derechos "puente", sin ellos es muy difícil que se reconozcan ulteriores derechos que muchas veces necesitan de los primeros para tener un mínimo de viabilidad, y por eso desde un punto de vista histórico han aparecido en primer lugar favoreciendo el reconocimiento de los demás⁹³⁶. Cuando un trabajador es discriminado por razones étnicas, raciales, por sus creencias religiosas o por todo a la vez, difícilmente prestará servicios en unas condiciones laborales dignas. Cuando los derechos de primera generación no son respetados, como es el caso de la libertad de pensamiento, ni siquiera la sociedad puede considerarse suficientemente madura como para discutir sobre otros derechos más complejos o avanzados⁹³⁷. Naturalmente, ello no es óbice para recordar algo que a menudo se olvida: que sin unos recursos materiales mínimos y de subsistencia difícilmente se podrá ejercer derecho alguno, o los que se puedan ejercer poco sentido tendrán; de lo que hay que inferir que ha de diferenciarse entre el reconocimiento de un derecho en sí y la creación de las condiciones necesarias para su ejercicio⁹³⁸.

⁹³⁴ "En las condiciones materiales del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras no se dan cumplimiento - ni atisba el mismo - a sus implicaciones esenciales y fundamentales: trabajo libremente elegido, titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de carácter laboral, contraprestación económica suficiente para la cobertura suficiente de necesidades y protección social". MONEREO PÉREZ y TRIGUERO MARTÍNEZ: "Las personas extranjeras...", *op. cit.*, p. 21.

⁹³⁵ El asociacionismo cultural o religioso juega un relevante rol entre los trabajadores inmigrantes: "Las conexiones de mutualidad y ayuda sobre las que reposan los inmigrantes en la nueva sociedad les llevan a crear recursos y estrategias que compensan la dureza u hostilidad del contexto que ellos encuentran, es decir, su vulnerabilidad en él. Por otra parte, las estructuras sociales de la comunidad étnica o inmigrante -formales o informales- producen organizaciones que conectan a los individuos con las organizaciones e instituciones de la sociedad receptora. La interacción intensa dentro de un medio extraño común y la formación de organizaciones e instituciones inmigrantes refuerzan la identidad étnica e intensifican la sensación de comunidad y de pertenencia al grupo. (...) El asociacionismo inmigrante es así una estrategia colectiva basada en las redes sociales étnicas y que tiende al mismo tiempo a reforzarlas". HERRANZ GÓMEZ: "La formación...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, *op. cit.*, pp. 90-91.

⁹³⁶ Desde un punto de vista histórico se ha señalado lo siguiente: "La tolerancia llevó a reclamar la libertad religiosa, y de ahí la libertad de pensamiento. Con razón se ha afirmado que la libertad religiosa fue la primera de las libertades reclamadas y que, de ella, provinieron las demás. Pues ello dio lugar a una reafirmación de la conciencia individual y de los espacios íntimos en los que cada uno valora, reflexiona y elige". MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José: *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 2001, p. 55.

⁹³⁷ "Democracies must tolerate the claims of conscience, because deeply felt moral and religious convictions provide the basis on which responsible decisions should be made. Morality has to constrain democratic discussion, so as to provide a vision for the kind of society to be achieved. Claims of conscience are the wellspring of democracy itself. Otherwise, society is the mere stage for unedifying power struggles, in which one section of society is often pitted against another to the detriment of everyone". TRIGG: *Equality, freedom...*, *op. cit.*, p. 97.

⁹³⁸ "It is important to discriminate between liberty and the conditions of its exercise. If a man is too poor or too ignorant or too feeble to make use of his legal rights, the liberty that these rights confer upon him is nothing to him, but it is not thereby annihilated. The obligation to promote education, health, justice, to raise standards of living, to provide opportunity for the growth of the arts and the sciences, to prevent reactionary political or social or legal policies or arbitrary inequalities, is not made less stringent because it is not necessarily directed to the promotion of liberty itself, but to

Como se indica también en el apartado sobre la tutela antidiscriminatoria, aunque enfocado desde dicha perspectiva, el trabajo prestado con dignidad no sólo es un mero factor de producción⁹³⁹; es un elemento clave de inclusión⁹⁴⁰, de superación de las diferencias entre nacional o extracomunitario⁹⁴¹, de adquisición de identidades, de promoción económica y social, de acceso a bienes como la educación, de mantenimiento de la situación legal en España si se está sometido al régimen general de extranjería⁹⁴². Sin trabajo hay marginación, discriminación, fragmentación social, guetización, aculturación, falta de autonomía económica, imposibilidad de ejercer derechos, se quebranta la migración espoleada por motivos laborales⁹⁴³. Incluso puede incidirse en un

conditions in which alone its possession is of value, or to values which may be independent of it". BERLIN: *Four essays...*, *op. cit.*, p. LIII. Tal diferenciación es la que justifica el contenido del art. 9.2 CE.

⁹³⁹ La gran mayoría de confesiones religiosas relacionan el trabajo con la dignidad, y lo valoran más allá de su prisma meramente económico, condicionando el desarrollo personal, pero también el social, el de la comunidad. En palabras de la Encíclica "Laborem Exercens": "*El trabajo es un bien del hombre —es un bien de su humanidad—, porque mediante el trabajo el hombre no sólo transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre, es más, en un cierto sentido «se hace más hombre»*".

⁹⁴⁰ "*Se ha de considerar al trabajo como un potencial y real elemento de integración, en cuanto concebido éste como un componente básico para la solidez del grupo humano. Así, se deben encontrar nuevas vías para tratar de compaginar lo económico con lo social - la inmigración económico-laboral con las dimensiones sociales que posee esta realidad -, en cuanto que la economía tiene que servir a los fines que se trazan por la sociedad democrática con la pretensión de poner la racionalidad económica al servicio de una sociedad justa e igualitaria*". MONEREO PÉREZ y TRIGUERO MARTÍNEZ: "Las personas extranjeras...", *op. cit.*, p. 60. En relación a los inmigrantes se ha afirmado que "*el empleo constituye para ellos, en la mayoría de los casos, la razón de su emigración y ocupa una posición central en sus estrategias y en sus vidas. Y, sin embargo, los empleos donde el marco institucional y las prácticas sociales discriminatorias les confinan no les facilitan ni la integración en su nueva sociedad ni el reconocimiento como ciudadanos con plenos derechos*". CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁴¹ "*Se ha de considerar el trabajo como un potencial y real elemento de integración, en cuanto concebido éste como un componente básico para la solidez del grupo humano*". MONEREO PÉREZ y TRIGUERO MARTÍNEZ: "El modelo de política...", *op. cit.*, p. 27. Y los autores añaden un elemento de gran relevancia a los presentes efectos: "*El trabajo se constituirá materialmente en un elemento superador no sólo de la distinción entre extranjero y nacional, sino también entre los primeros en base a las autorizaciones administrativas, con un claro sustento y apoyo tanto en su actividad como en su concepción implicadora de un fenómeno universal*" (p. 28). Los autores enfatizan la necesidad de afrontar la inmigración desde la óptica de una ciudadanía social inclusiva en el marco del modelo de Estado social de Derecho y el pleno reconocimiento de los derechos que conforman la denominada Constitución del trabajo. Ahora bien, aunque esta investigación comparte los citados postulados, no ha de perderse de vista que si no se reconocen asimismo los derechos fundamentales inespecíficos, como es el caso de la libertad religiosa o la libertad de pensamiento, difícilmente se producirá la integración de los trabajadores migrantes; se acabará con las prácticas discriminatorias en los centros de trabajo; o podrán desplegarse con garantías los derechos fundamentales laborales.

⁹⁴² "*Cualquier análisis que pretenda aprehender los rasgos característicos de la integración laboral de las personas inmigrantes debe tener en cuenta el particular momento, ya no coyuntural sino a lo que parece estructural, que atraviesan las relaciones capital-trabajo desde el punto de vista global y muy especialmente en el estado español. Este escenario laboral presenta una agudización de los ya característicos rasgos de desempleo, temporalidad, parcialidad y precariedad salarial, que afectan particularmente a la población inmigrante*". GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración: "Crisis económica y derecho al trabajo de los inmigrantes: la evidencia de una insuficiencia normativa". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2013, núm. 33, p. 79.

⁹⁴³ "*La crisis del bienestar social con la que nos hemos topado conlleva un empeoramiento del estatus jurídico del extranjero, aceptado únicamente desde una perspectiva mercantilista que evidentemente choca con cualquier posibilidad de su reconocimiento no ya como ciudadano, sino*

aumento de la delincuencia por motivos de subsistencia. En tal supuesto es imposible contar con ciudadanos autónomos y responsables⁹⁴⁴.

1.5. El nuevo rol del Derecho del Trabajo y el concepto de ciudadanía

La segunda cuestión principal, junto con el Derecho de extranjería, que obstaculiza la inclusión de los trabajadores de minorías religiosas en España es la regulación de la nacionalidad y el concepto de ciudadanía. Si unos se aventuraron a desahuciar demasiado pronto el rol de la religión en la sociedad postmoderna, otro tanto ha ocurrido con el otro desahuciado prematuro de la globalización: el Estado - nación. El concepto de ciudadanía tiene tres aspectos⁹⁴⁵:

1) Ciudadanía como estatus formal (jurídico-técnico): convierte al ciudadano frente al extranjero en sujeto privilegiado de derechos en la medida en que lo erige en titular de plenos derechos, en especial de los políticos. También confronta al ciudadano al que reside en la comunidad política, pero que no alcanza el estatus pleno porque no responde al canon de homogeneidad.

2) Aspecto político de la ciudadanía: confiere al ciudadano la condición de titular de la comunidad política.

3) Ciudadanía como vínculo de identidad, de pertenencia y de reconocimiento: es la que cada vez necesita de mayor justificación. Es accesible sólo mediante la posesión de una identidad previa, prepolítica, a la que no pueden acceder los que tienen una identidad diferente, ajena, distinta al canon anudada a la identidad "nacional". Es un aspecto muy simbólico y que se asocia a la pertenencia a la sociedad política.

Como es sabido, en España se regula la nacionalidad al modo tradicional, como si el Estado-nación se hubiera acabado de formar y los últimos siglos hubieran pasado en balde, priorizando el *ius sanguinis* sobre el *ius soli*. Además, la titularidad de la nacionalidad permite el ejercicio de los derechos políticos inherentes al Estado - nación en su sentido más clásico. Por si ello no fuera poco, y teniendo en cuenta que a la mayoría de los trabajadores con creencias minoritarias se les aplica directamente el régimen de extranjería, como ya se ha dicho la identidad nacional en España va unida simbólicamente a ser blanco, a hablar español y a ser católico (una identidad excluyente equivalente al WASP estadounidense: "*White Anglo-Saxon Protestant*"). Si no se

como residente de pleno derecho, dada la limitación que ello supondría para las condiciones de trabajo que actualmente desempeñan". Y el autor añade: "*Si el inmigrante es una simple herramienta, la herramienta tiene fecha de caducidad, la puedes modificar, la puedes amoldar a las necesidades de cada trabajo y a las leyes de extranjería, sin tener en cuenta las circunstancias de cada uno*". KUZNETSOV, Georgy: "Integración de inmigrantes". Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, 2012, núm. 31, pp. 74-75.

⁹⁴⁴ Se ha afirmado de forma muy gráfica: "*Paradójicamente, en estos tiempos de la «sociedad del conocimiento» en los que algunos hablan del «fin del trabajo», cabe decir que el trabajo nunca ha cumplido un papel tan central en las vidas de tantas personas, y no sólo como medio de subsistencia y de sustentación de una posición social, sino como elemento de constitución de personas libres, autónomas y responsables*". CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, op. cit., p. 10. Tener un empleo digno y prestar servicios dignamente, con respeto pleno de la libertad religiosa de cada individuo, es sustento y base para el ejercicio de otros muchos derechos fundamentales, y más cuando el Estado del bienestar, tendente a garantizar derechos como la salud o la educación de forma universal, hace años que está siendo desballestado.

⁹⁴⁵ DE LUCAS MARTÍN: *Globalización e identidades...*, op. cit., pp. 16-17.

cumplen dichos cánones, gran parte de la población nativa entendería que está ante un extranjero, ante "los otros" frente a los "nosotros". Curiosamente, el español puede ser español sin haber jurado o prometido cumplir una Constitución que probablemente jamás habrá leído, y probablemente no conocerá muy bien qué valores contiene y como están regulados los derechos fundamentales. En cambio, al extranjero que quiere adquirir la nacionalidad española se le requiere que jure o prometa la Constitución, que se supone debería haber leído y comprendido antes; y, al mismo tiempo, en el sistema educativo causa problemas de conciencia el estudiar una asignatura en la que se expliquen los derechos humanos y los valores constitucionales, por lo que la gran mayoría de ciudadanos de este país abandona dicho sistema educativo sin conocer necesariamente cuáles son los valores comunes de cualquier ciudadano que resida en el país.

El problema de la conceptualización de la nacionalidad española es común a otros países europeos. En algunos de ellos incluso para acceder a la nacionalidad el aspirante ha de responder cuestionarios sobre la cultura e historia del país que probablemente muchos nacionales no superarían. Por el contrario, en los Estados Unidos la nacionalidad, la ciudadanía y la identidad van a la par y de una forma muy diferente a la europea. Así, desde el otro lado del Atlántico se ha enfatizado la poca litigación de los musulmanes en los Estados Unidos por vulneración del derecho a la libertad religiosa. Asimismo, y en contraposición a Francia⁹⁴⁶ o el Reino Unido⁹⁴⁷, se ha puesto de manifiesto que no existen conflictos con los musulmanes en Estados Unidos, tal y como ocurre en Europa⁹⁴⁸. Se

⁹⁴⁶ Es evidente que Francia padece graves problemas para incorporar las personas inmigradas, incluidas la segunda y tercera generación de hijos inmigrantes, a una sociedad muy fragmentada; lo cual no es de extrañar cuando desde hace siglos ha optado por construir la república mediante la homogeneización sin contemplaciones de su pluralidad cultural inicial, extremo habitual en muchos Estados - nación. Es más "*por regla general los Estados nacionales no se desarrollan pacíficamente a partir de etnias singulares que viven aisladas, sino que en ellos se entrecruzan regiones vecinas, tribus, subculturas, comunidades lingüísticas y religiosas. Los Estados nacionales surgen la mayor parte de las veces a costa de «subpueblos» oprimidos o marginados*". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 121.

⁹⁴⁷ Se ha comparado de forma muy gráfica la cultura civil británica en relación a la estadounidense: "*In Britain, the dominant civil culture does not expect one norm to rule absolute, even the base norm of individual success. Rather, its civil religion is based on faith in differences, historically grown and never standardized. If America were like a rodeo, where each rider may choose his own helpers but is judged on his own, Britain would be a soccer tournament. Everyone should fight for a team and fight for it squarely but fairly. Teams, be they ethnic minorities or religious ones, should stick together at all costs, and any individualism is suspected of selfishness. The good citizen fights tough, plays fair, and thinks of his community as a whole. The civil ethos is adversarial; it views fair confrontation as the most honest way to decision making. These decisions evade matters of principle and instead tend to be pragmatic and particularist*". BAUMANN: *The multicultural...*, op. cit., pp. 46-47. Parece que en España acontece todo lo contrario: cualquier conflicto alcanza fácilmente cauces esencialistas, e incluso se pone en duda la legitimidad de la misma existencia de la controversia; quizás por ello es difícil a menudo que se alcancen soluciones pragmáticas (no necesariamente positivas) como en el caso británico: "*Motorbikers must wear helmets, but Sikh motorbikers may wear their traditional turban; school students must wear uniforms, but Muslim schoolgirls may wear their headscarf, as long as it is in the uniform colors. The dominant idea of freedom is not an equality of all, but enough acceptable deals to satisfy each community in its own way*" (p. 47).

⁹⁴⁸ Muchas veces los tribunales europeos, a diferencia de lo que ocurre en Canadá o en los Estados Unidos, han sido poco sensibles a la pluralidad religiosa en el puesto de trabajo, lo que desde luego no ha ayudado en nada a la lucha contra la discriminación y a la integración de los trabajadores inmigrantes: "*En términos generales y salvo raras excepciones, los tribunales europeos han entendido que la libertad religiosa impone al empresario una obligación de neutralidad frente a las convicciones religiosas de sus trabajadores; una conducta meramente*

razona que en Estados Unidos no se ha optado por la asimilación cultural, sino por la acomodación en el vestir, en el comer, etc.; en lo que es conocido por el *melting pot* norteamericano. A diferencia de Europa, se ha optado por exenciones a la aplicación de las normas generales. Ha de destacarse una de las principales razones mencionadas a la hora de ilustrar la falta de conflictos "culturales": ser estadounidense es una concepción meramente política, que poco tiene que ver con la sangre o la tierra; sino más bien con el hecho de compartir una serie de valores democráticos. Se trata pues de una ciudadanía postétnica que ninguna relación guarda con el concepto de ciudadanía de los Estados - nación europeos⁹⁴⁹. En Estados Unidos, además, juega un rol muy relevante, como ya pusiera de manifiesto ALEXIS DE TOCQUEVILLE, y posteriormente ROBERT BELLAH⁹⁵⁰, el concepto de religión civil, muy permeable a la pluralidad⁹⁵¹. Así, se ha criticado con razón que en Europa siempre se ha buscado alcanzar la homogeneidad, y la diferencia ha sido vista como una amenaza⁹⁵². Contrástese, por ejemplo, la posición española en cuanto al

pasiva, de no intromisión o injerencia, que no lleva asociada, sin embargo, ni un deber de acomodación del funcionamiento de la organización de empresa a las convicciones religiosas ni un deber de adaptación de las obligaciones contractuales libremente estipuladas. En el momento de la celebración del contrato de trabajo, las partes pueden decidir, con amparo en la libertad de contratación y dentro de los límites impuestos por el orden público laboral, dotar de relevancia jurídica a las creencias religiosas del trabajador, concertando las condiciones de trabajo (jornada, horario, descansos o tareas) que resulten compatibles con las creencias religiosas del trabajador. Pero en ausencia de cláusulas y estipulaciones expresas, la organización de la empresa se considera como un espacio laico, refractario a cualquier cambio proveniente del credo religioso de los trabajadores". VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa y contrato...", en AAVV: Las transformaciones..., op. cit., p. 602. La citada "neutralidad" empresarial es la que puede neutralizar en muchas ocasiones el ejercicio de la libertad religiosa e incluso permitir su vulneración.

⁹⁴⁹ Como se comprobará a continuación, tampoco es que los factores iniciales a partir de los cuales se forjó la identidad estadounidense sean especialmente deseables: "*What made America grow into a unified state were vastly divergent regional histories of settlement and conquest, ethnocide and slavery, and, latterly, an unequal but also unbridled competition for economic self-gratification. Comparing it to European states, the United States shows none of the three factors that led Europeans to forge their nation-state unities: a tradition of the state redistributing economic gains, a strong socialist or social welfare tradition, and, less luckily, a great public tolerance of centralized state bureaucracies. Thus, forging an American national identity had to depend upon forging an explicitly postethnic national consciousness*". BAUMANN: *The multicultural...*, op. cit., p. 36.

⁹⁵⁰ En este sentido es clásico su trabajo "Civil religion in America", que puede consultarse en BELLAH: *Essays on religion...*, op. cit., pp. 168-189.

⁹⁵¹ "La religión civil integra elementos heterogéneos, manteniendo al mismo tiempo facetas importantes de su diferenciación. Es erróneo pensar que, necesariamente, la religión civil es una fuerza homogeneizadora en lo cultural. En sociedades étnicamente diferenciadas, el culto a una religión civil común puede servir para mantener pacíficamente la heterogeneidad, legitimándola. Se produce así un proceso opuesto al separatismo o fragmentación, sin que exista fusión. Existe una afirmación étnica circunscrita (tendencia centrífuga) y otra de apoyo simultáneo a las instituciones de toda la nación (centrípetas). Aquí la afirmación particularista es clara, pero se justifica porque dice sustentar un universo político más amplio, del que se exige, eso sí, un tributo a cambio. Ello es patente en los Estados Unidos, en los que ciertas minorías apoyan a la cultura política y religión civil nacionales a cambio de una aceptación explícita de la heterogeneidad étnica del país. Minorías no anglosajonas, como la italiana cada 12 de octubre o la irlandesa el día de San Patricio, acomodan su especificidad a la patria común, al tiempo que exigen el debido reconocimiento público de su valía e indudable «americanidad»". GINER DE SAN JULIÁN: "Religión civil", op. cit., p. 45

⁹⁵² NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, op. cit., pp. 346 y siguientes. Téngase en cuenta que en los Estados Unidos se calcula que en la actualidad residen unos cuatro millones de musulmanes, de los cuales unos dos millones son de raza negra y provienen de conversiones de ciudadanos afroamericanos. DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., p. 504. Dicho autor también ha enfatizado el interesante camino estadounidense hacia la mutirreligiosidad: "*Caminos comunes,*

escaso número de expedientes que se resuelven favorablemente cada año en materia de asilo con un célebre discurso de GEORGE WASHINGTON de 1783: "*Nuestras fronteras están abiertas no sólo para los ricos y los educados, sino también para los oprimidos y los perseguidos de todas las naciones y religiones, que tendrán derecho a participar de todos nuestros derechos y privilegios, siempre y cuando estén a la altura del estándar americano de comportamiento decente y adecuado*"⁹⁵³.

En Estados Unidos no es necesario desprenderse del *background* religioso que caracteriza al aspirante a ser parte del proyecto estadounidense, ni en el momento del acceso a la ciudadanía, ni posteriormente; ya sea en la primera generación de inmigrantes, o en la tercera o ulteriores⁹⁵⁴. Tampoco la religión o la política son entendidos como en el viejo continente, sino de forma más flexible y versátiles, con mayor capacidad de adaptación a las nuevas realidades sociales, lo que facilita la inclusión y la participación de los recién llegados y sus descendientes en mucho mayor grado⁹⁵⁵. También en Estados Unidos son conscientes, y al igual que aquí existe un debate al respecto, que si se desea tratar respetuosamente el pluralismo existente todos

religiones personales, diversidad de opciones y un marco general de libertad religiosa propician que a nivel global y en la perspectiva del futuro se esté multiplicando el fenómeno de la multirreligiosidad, la conformación de sociedades en las que la diversidad religiosa se convierte en una característica definitoria o cuando menos en tendencia acusada. Ésta ha sido la opción que caracterizó a los Estados Unidos desde sus orígenes como nación, una libertad de creencias estimada como regla principal en el modelo de convivencia que ha llevado a que los fenómenos de discriminación religiosa se minimicen y quepa la posibilidad de que florezca una enorme diversidad de opciones tanto de carácter tradicional (las grandes religiones en todas sus posibles variantes, más religiones tribales de muy diversa índole) como de carácter nuevo" (p. 531). Es evidente que el peso cada vez mayor del islam en la sociedad europea, y por ende en la española, no es un asunto que afecte exclusivamente a los poderes públicos, sino que cada vez en un mayor grado provoca múltiples afectaciones en las relaciones entre sujetos privados, incluidos las empresas y trabajadores. Todo ello se refleja en una palpable sensación de amenaza, alimentada de forma interesada por algunos *lobbies*, que hace ineludible que se potencie y se mantenga la interlocución en todos los ámbitos: "*En nuestros días, el islam es otra vez motivo de preocupación, esta vez por la fuerza de la inmigración y las repercusiones de la globalización, que hace que el mundo musulmán sea interlocutor ineludible para los europeos, y no sólo para sus gobiernos, sino para cualquier ciudadano de a pie*". LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel: "Turquía, o el islam ante Europa". Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, 2011, núm. 27, p. 258. A dicha "sensación de amenaza" hay que añadir la eventual incorporación de Turquía como miembro de la Unión, a la que algunos Estados se oponen y otros están a favor.

⁹⁵³ Citado en LACOMBA: *Historia de las migraciones...*, op. cit., p. 169.

⁹⁵⁴ Respecto al estadounidense de tercera generación se ha afirmado lo siguiente: "*The USA does not demand that he give up his ancestral religion as it demands that he give up the ancestral language and culture. Indeed, almost the opposite is the case. The strength of religious identification is so strong that not be a Protestant-Catholic or Jew is to be un-American. Through church attachment, one displays ethnic origins; one becomes a German American, an Irish American, an Italian American. In the process, the religious traditions themselves become denuded of their distinctive features and reshaped in a more democratic, denominational form so that in the USA even the Catholic Church acts like just one denomination among others*". BRUCE: *Religion in the modern...*, op. cit., p. 111.

⁹⁵⁵ "*Broadly speaking, American religion cuts vertically into American society at each group of new arrivals brings with it its own religious package, and maintains or adapts this way of working as the generations pass. A glance round any American city, for example, indicates a huge diversity both within and between denominations: Irish, Italian and Polish Catholics (to name but the most obvious) each have their own centres of worship and community - now joined by increasing numbers of Latino congregations, and Protestants (given their fissiparous nature) are even more diverse. An essentially similar pattern is, moreover, continued as different interest groups (in addition to national communities) create and sustain forms of religion suited to their own particular life-styles*". DAVIE: *Europe: The exceptional...*, op. cit., pp. 40-41.

los trabajadores, vengan de donde vengan, deben disfrutar de los mismos derechos cívicos, especialmente de la libertad religiosa; pero obviamente ello no sólo depende de las leyes que regulan las relaciones laborales, sino las que edifican la estructura política⁹⁵⁶.

El concepto de identidad estadounidense no es perfecta, porque si así lo fuera no se habrían producido actos de violencia terroristas ejecutados por ciudadanos norteamericanos; ni cíclicamente se materializarían disturbios por motivos raciales; ni se hubieran conformado grupúsculos y milicias integristas protestantes capaces de realizar actos de terrorismo contra las autoridades federales o contra clínicas abortistas⁹⁵⁷; ni existirían dificultades, como de hecho existen, para integrar a las dos primeras generaciones de inmigrantes en el *melting pot*⁹⁵⁸. No obstante, y a pesar de sus deficiencias, el modelo estadounidense sí puede servir a los Estados europeos para actualizar la noción de ciudadanía⁹⁵⁹, que está en pleno proceso de formación y se ha demostrado muy dinámica en los últimos años. Sin embargo, a falta de que una identidad común y no excluyente pueda conseguirse por el momento a través de una reformulación de la nacionalidad y ciudadanía españolas, que vayan ligadas fundamentalmente a la noción de Estado de Derecho y sus elementos característicos (dignidad, derechos fundamentales, etc.)⁹⁶⁰; el Derecho del Trabajo sí puede ayudar a que se conforme una

⁹⁵⁶ "The framework of respectful pluralism takes as given, regardless of their workplace, that all employees (as citizens) enjoy the basic freedoms or religious exercise, speech, assembly, press, and government petition that are guaranteed in the First Amendment to the US Constitution. Even as we debate how or if we can legitimately balance these rights within the instrumental market relationship, it must be assumed that these rights are parts of the political structure in which employment occurs". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 168.

⁹⁵⁷ Sobre los movimientos integristas cristianos violentos en los Estados Unidos puede consultarse JUERGENSMEYER: *Terror in the mind...*, op. cit., pp. 19-43.

⁹⁵⁸ "En Norteamérica se ha producido durante el último siglo y medio una sistemática inmigración procedente de las más diversas procedencias geográficas que, en su mayoría, lograron ser culturalmente asimiladas por la sociedad de acogida. Esos inmigrantes eran al comienzo de origen británico y puritano, pero pronto se añadieron otros protestantes de raíz luterana (alemanes o escandinavos), más tarde otros británicos pero ya católicos (irlandeses), después otros católicos pero ya no británicos (polacos e italianos), luego eslavos (ortodoxos o judíos) seguidos de asiáticos de diversa procedencia (filipinos, coreanos, chinos...) y finalmente hispanos (sobre todo mexicanos pero también caribeños y demás latinoamericanos) así como árabes de Oriente Medio, magrebíes y subsaharianos. Y tras una o dos generaciones de difícil inserción, caso todos esos inmigrantes terminaban por ser asimilados a la tercera generación como mucho, integrándose en el heterogéneo *melting pot* norteamericano". GIL CALVO, Enrique: "El gran carnaval. Tradiciones, traducciones y traiciones", en AAVV: *Las encrucijadas de la diversidad cultural*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2005, p. 344.

⁹⁵⁹ "La cultura política de los Estados Unidos, más que otros países, concede espacio para una coexistencia pacífica entre ciudadanos con un trasfondo cultural muy diferente; allí cada cual puede vivir simultáneamente con dos identidades: en el propio país se puede ser a la vez miembro y extranjero. Pero el creciente fundamentalismo, que en algunos casos incluso se torna en terrorismo (como en Oklahoma), constituye una advertencia de que hasta en los Estados Unidos podría desgarrarse aquella red de seguridad que proporciona la religión civil al interpretar una admirable e ininterrumpida historia constitucional de más de dos siglos". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 95.

⁹⁶⁰ "La apuesta por la dignidad y la libertad humanas ha de recuperar el ejercicio de la racionalidad que sepa explicar y proporcionar la guía normativa para la acción humana. Esta praxis dialógica de comprensión, se produce la verdadera «fusión de horizontes en un horizonte humano» que nos ha de ayudar a con-vivir los diferentes y situarnos en una posición de apertura hacia la esperanza. En nuestra sociedad, caben musulmanes, cristianos y judíos, monoteístas y politeístas, así como agnósticos y ateos; con la colaboración de todos, construimos la sociedad global y compartimos la ciudadanía del Estado de derecho. Ningún ser humano debe ser rechazado, con tal de que, desde

identidad común a través de la regulación del trabajo por cuenta ajena, una alternativa para eliminar el "nosotros" y el "ellos" en el ámbito laboral como barrera a dicha identidad y a la creación de una conciencia común de pertenencia⁹⁶¹. Como se ha dicho, el trabajo por cuenta ajena socializa, ayuda a promocionar, facilita el ejercicio de otros derechos ajenos a la relación laboral, como son el derecho a la vivienda o a la educación; en pocas palabras, va más allá de un mero fenómeno económico, de una simple fuente de ingresos⁹⁶², que también lo es, y de gran relevancia⁹⁶³.

En una sociedad plural, con infinitud de cosmovisiones diferentes, donde se superponen multitud de identidades y culturas que no deben ser vistas como monolíticas o desde un prisma esencialista⁹⁶⁴, inserta en un proceso de globalización económica y cultural

el respeto a los derechos humanos, acepte la convivencia plural y destierre la violencia como forma de solucionar problemas". CABEDO MANUEL: Filosofía y cultura..., op. cit., p. 213.

⁹⁶¹ "Cualquier propuesta de construir una noción de ciudadanía inclusiva exige, primeramente, presentar alternativas sobre el vínculo entre comunidad cultural y comunidad política. Alternativas que vayan más allá del vínculo sostenido en el ámbito del Estado-nación; es decir, que vayan más allá de la identificación de aquella en términos de atributo exclusivo de los que acreditan formar parte de una supuestamente homogénea comunidad previa y excluyente, la propia del Estado-nación, en la que nación, Estado y cultura son una misma cosa, como consecuencia de compartir los lazos de origen, tradición, prácticas e instituciones culturales. La pregunta clave sigue siendo la relación que ha de mantener la democracia política con la existencia de una conciencia comunitaria de sus propios ciudadanos". DE LUCAS MARTÍN: *Globalización e identidades...*, op. cit., p. 61.

⁹⁶² La ética cristiana, como ocurre con otras tradiciones religiosas, es muy gráfica; así en Mateo 6, 21 se puede leer: "Porque donde está tu tesoro, allí también está tu corazón". Por mucho que desde un punto de vista ideal o abstracto se intente dissociar la esfera profesional o laboral de la vida privada o del ocio, lo cierto es que desde un prisma empírico la realidad demuestra que tal diferenciación es tenue o irreal: el trabajador pasa a menudo mucho más tiempo en el trabajo que en el hogar, especialmente cuando se trata de trabajadores desplazados o que tienen la familia en otro país; es en el puesto de trabajo donde aplica el trabajador más esfuerzos; donde deposita sus esperanzas de mejora, profesional o social; la actividad a partir del cual conforma su identidad, etc. En definitiva, constituye un craso error enfocar el trabajo por cuenta ajena, y en especial el de los inmigrantes, como una simple fuente de ingresos.

⁹⁶³ "La identidad es una cuestión de balizas, de delimitación de fronteras; y por eso el distanciamiento, la separación respecto a las identidades dominantes es la clave de la identidad, como saben bien los inmigrantes y las minorías: las modalidades de integración o de rechazo son factores de identidad, y no al contrario. La construcción de la identidad es un proceso de conflictos y lucha entre individuos y grupos, un resultado de la actividad política. Por eso, el derecho desempeña una función clave, es un instrumento de construcción de la identidad, de construcción agónica, en pugna, hasta el punto de que podríamos decir que una de las claves de lectura del derecho, de todo derecho, es la lucha por el reconocimiento/imposición de la identidad: el derecho impone, excluye, y hace prevalecer identidades; el derecho es guardián de la identidad por medio de su función de guardián de la diferencia". DE LUCAS MARTÍN: *Globalización e identidades...*, op. cit., pp. 27-28. Y precisamente aquí es donde entra en juego el Derecho del Trabajo, como guardián de la diferencia, como protector del derecho a la libertad religiosa y como garantía de que por razón de la identidad de unos colectivos minoritarios no sean discriminados, rechazados del mercado de trabajo.

⁹⁶⁴ "The essentialist view of culture can be of no use for any kind of multicultural future or even analysis: It turns children into cultural photocopies and adults into cultural dupes. The fault is the same in both cases: It disregards the fact that we all practice more than one culture. We all participate in the keeping up, not to mention the remaking, of a national culture, an ethnic culture, and a religious one, and we probably participate in the culture associated with a region or a city, a particular language community, and a social category such as students or workers, feminists or motorbikers, surfers or punks - the list is endless. In the urbanized societies of the West, and in fact everywhere else in our urbanized world, different cultural cleavages do not run parallel to each other. Rather, they cut across one another to form a ever-changing pattern of what may be called «cross-cutting cleavages»". BAUMANN: *The multicultural...*, op. cit., p. 84. Pues bien, en el presente

mediante el cual todo se interrelaciona, y existe una presión para que las identidades primarias se diluyan; el Derecho del Trabajo no puede cerrar los ojos y mirar hacia otro lado cuando en su ámbito social de regulación se observa que en la prestación de servicios trascienden y condicionan las creencias religiosas del trabajador. No puede mantenerse en una falsa posición "neutral" cuando de ello depende el ejercicio del derecho a la libertad religiosa o cuando proceda aplicar la tutela antidiscriminatoria. Una ciudadanía inclusiva, dependerá de que el ordenamiento jurídico, las normas internacionales son especialmente relevantes en esta materia, sea capaz de que se respeten y ejerciten los derechos fundamentales en todas las circunstancias, y obviamente respetando las limitaciones y aplicando las modulaciones que procedan⁹⁶⁵.

La uniformización, la asimilación y la aculturación producto de un quehacer contrario al indicado, que no tenga en cuenta la existencia de las minorías religiosas y su identidad (el ordenamiento jurídico siempre está impregnado de cierta carga moral e ideológica, normalmente de la mayoría que refleja su propia cosmovisión en la normativa)⁹⁶⁶, sólo conllevaría conflictos, mayor discriminación y una falta de cohesión social evidente; una sociedad enferma, pues la total homogenización real en una sociedad democrática es indeseable⁹⁶⁷, pero también imposible⁹⁶⁸. Las minorías hacen lo posible para ajustar su

trabajo se defiende la potencialidad de la identidad que otorga el trabajo, garantizada la igualdad y no discriminación por parte del Derecho laboral que fortalece y garantiza el derecho a la libertad religiosa, como una supraidentidad que no neutraliza las otras identidades existentes; al contrario, que ayuda a que su superposición no provoque colisiones ni marginaciones, y contribuya a la común pertenencia.

⁹⁶⁵ "La experiencia de un mundo globalizado ha puesto de relieve la complejidad y variabilidad de la ciudadanía en las sociedades contemporáneas, pues si se teoriza sobre la ciudadanía como una institución necesariamente nacional, entonces no se puede dar cuenta de los nuevos fenómenos vinculados a las fuerzas globales con el lenguaje tradicional de la ciudadanía y de los derechos. Pero la idea no es sustituir la ciudadanía nacional por una ciudadanía «postnacional», sino combinar la ciudadanía nacional con otras formas de ciudadanía supranacional que permitan la dotación efectiva de derechos para todos". MONEREO PÉREZ: "Las políticas de inmigración...", *op. cit.*, p. 26.

⁹⁶⁶ "Los ciudadanos, considerados también como personas jurídicas, no son individuos abstractos, separados de sus referencias de origen. En la medida en que el derecho aborda cuestiones ético-políticas afecta a la integridad de las formas de vida en las que se asientan las formas de vida personales. Con ello entran en juego - junto a las ponderaciones morales, las reflexiones pragmáticas y los intereses negociables - las valoraciones fuertes que dependen de tradiciones intersubjetivamente compartidas pero culturalmente específicas. Los ordenamientos jurídicos están también en conjunto «impregnados éticamente» porque interpretan cada caso de modo diferente el contenido universalista de los mismos principios constitucionales, es decir, lo hacen en el contexto de una historia nacional y a la luz de una tradición, cultura y la forma de vida históricamente dominante". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, *op. cit.*, p. 124. En un sentido parecido haciendo énfasis en la influencia propiamente religiosa: "The state is expected to be «neutral» as between religions and treat them in a non-discriminatory manner. However, in practice this can be very difficult. The political, legal and social culture of the majority may be imbued with religion and in Europe this will normally be the Christian religion". MCGOLDRICK, Dominic: "Religion in the European public square and in the European public life. Crucifixes in the classroom?". *Human Rights Law Review*, 2011, núm. 11-3, p. 456.

⁹⁶⁷ Como siempre ha defendido la tradición liberal: "That mankind are not infallible; that their truths, for the most part, are only half-truths; that unity of opinion, unless resulting from the fullest and freest comparison of opposite opinions, is not desirable, and diversity not an evil, but a good, until mankind are much more capable than at present of recognising all sides of the truth, are principles applicable to men's modes of action, not less than to their opinions. As it is useful that while mankind are imperfect there should be different opinions, so it is that there should be different experiments of living; that free scope should be given to varieties of character, short of injury to others; and that the worth of different modes of life should be proved practically, when any on

comportamiento a sus convicciones, a su *Weltanschauung*, a las finalidades últimas sobre las cuales creen que se fundamenta su misma existencia⁹⁶⁹, respetando en la mayoría de casos las normas de convivencia (en caso contrario ha de intervenir necesariamente el Estado); y es mediante dicho comportamiento, con su modo de vivir, como exteriorizan principalmente su disenso con unas normas hechas a la semejanza de la mayoría⁹⁷⁰.

Hasta aquí se ha argumentado que el Derecho del Trabajo, para contribuir a que los trabajadores de creencias religiosas, sin renunciar a sus identidades particulares, puedan compartir una identidad común con el resto de trabajadores que no posean dichas creencias (que siguiendo sus propios caminos converjan en un mismo lugar)⁹⁷¹. Se trataría de una identidad superadora de la actual identidad ligada a un concepto de ciudadanía desfasado y excluyente, basado en la sangre, en la pertenencia a una religión mayoritaria⁹⁷², a la titularidad de una nacionalidad, a ser miembro de una etnia concreta o similar. Es menester que permita que se desarrolle la relación laboral con total garantía del ejercicio de libertad religiosa y con prohibición absoluta de discriminación alguna por razón de las creencias religiosas que se profesen. En lo posible, debe intentar que las obligaciones jurídico-laborales y las religiosas converjan, o como mínimo no friccionen⁹⁷³.

thinks fit to try them. It is desirable, in short, that in things which do not primarily concern others, individuality should assert itself. Where, not the person's own character, but the traditions or customs of other people are the rule of conduct, there is wanting one of the principal ingredients of human happiness, and quite the chief ingredient of individual and social progress". STUART MILL: "On liberty", en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., pp. 131-132.

⁹⁶⁸ "És absurd invocar la uniformitat cultural o religiosa com a mitjà per assolir la cohesió social. Aquesta uniformitat no crea necessàriament societats cohesionades, sobretot quan aquesta uniformitat és impositiva. El que crea són societats malaltes, que neguen la seva pròpia dinàmica interna i s'impossibiliten per al canvi. El principi monolític d'identitat és la mort. Una societat és un conjunt de relacions i individus, relacions entre individus i entre idees, una situació dialogal que implica pluralisme". PRADO: *El retorn de l'islam...*, op. cit., p. 16.

⁹⁶⁹ "We think before acting and nothing can limit the range of thought: our practical decisions depend on the stand we take on the ultimate questions that human thought is able to ask". MARITAIN, Jacques: *On the use of philosophy*. 1ª edición. Princeton: Princeton University Press, 1961, p. 7.

⁹⁷⁰ "Les societats plurals, certament, permeten que hom pugui viure els seus valors, mentre s'accepti el marc comú de convivència. El dissentiment s'expressa mitjançant la manera de viure, sabent que els que tens al voltant poden tenir altres ètiques, altres visions del món". CARRERA CARRERA, Joan: "La revolució de cada dia. Cristianisme, capitalisme i postmodernitat". *Quaderns Cristianisme i Justícia*, 2014, núm. 189, p. 13.

⁹⁷¹ El concepto matemático de "convergencia" puede ser útil en el plano cultural para expresar una concreta dinámica sociológica: "By the word convergence, a mathematician means that two or more vectors com to point in the same direction. Each of them seeks the same point of agreement; but each of them does so from its own point of origin and by its own route. Applied to the dynamics of culture, this is a truly multicultural process. We are no longer faced with one arrow that imitates the trajectory of some other arrow, as if some so-called minority were imitating one self-proclaimed majority. Nor are we faced with the processes called adjustment, acculturation, or integration in the sociological literature. What is observable here is something far more multirelational. What the word convergence describes are separate processes of cultural change pointing all in the same direction, but each taking a different path toward the same common point, the point of concurrence". BAUMANN: *The multicultural riddle...*, op. cit., p. 126.

⁹⁷² Una crítica a la pertenencia religiosa única, a la defensa de una sola concepción de lo que se entienda por una vida buena, en una sociedad multicultural y pluralista como fenómeno desfasado puede encontrarse en SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, Àlex: *Musulmans a Catalunya. El repte de la integració i la llibertat religiosa*. 1ª edición. Barcelona: Angle Editorial, 2004, p. 52.

⁹⁷³ Igual que en un país democrático ha de intentarse que las obligaciones derivadas de la pertenencia a dicho Estado confluyan con los intereses de sus ciudadanos (se trataría de un ajuste

De un reconocimiento formal y programático, ha de pasarse a un reconocimiento real, material, superador de interpretaciones restrictivas cuyas limitaciones no se correspondan a una correcta ponderación entre derechos y bienes. Ha de tener en cuenta la legislación actual, tanto nacional, como la tan a menudo obviada legislación y jurisprudencia internacionales. El legislador ha de adoptar dicha normativa internacional y legislar cuando sea necesario para favorecer en lo posible la garantía del citado derecho y una óptima aplicación de la tutela discriminatoria, mediante leyes que superando una falsa neutralidad⁹⁷⁴ o se limiten a un mero reconocimiento⁹⁷⁵, y que muchas veces tienen

recíproco, no por una sola de las partes) para tratar de construir una identidad común respetuosa con la mayoría de los valores existentes; lo mismo ocurre con las obligaciones derivadas de la relación laboral, cuanto mayores sean los puntos de convergencia, menores serán las limitaciones de las libertades básicas: "*Personal friendships, marital relations, one's loyalty and sense of pride in one's workplace or one's country, are among the most valuable and rewarding aspects of many people's lives. Such relations are culturally determined forms of human interactions and it is through learning their value that one acquires a sense both of the possibilities of one's own life and of one's obligations to others. The two are aspects of one and the same concept of value. Consider one's sense of belonging to a certain country as a factor of determining one's sense of identity and of the very same factor as requiring sacrifices in the interests of others. I do not deny that at times the two elements are separate. At times the obligation to one's country clearly conflicts with one's interests. In normal circumstances, however, one's relations to one's country help to shape one's interests, tastes, and goals. At all times one's obligations to one's country stem from the same source. Whether they are perceived as restrictions on one's freedom or as determining one's identity and interests they defy the division of morality into wide and narrow components*". RAZ, Joseph: *The morality of freedom*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 216.

⁹⁷⁴ "El principio de no discriminación implica no sólo la supresión de diferencias de trato que no estén justificadas en criterios objetivos y razonables, sino también potenciar la igualdad de los colectivos discriminados para conseguir la equiparación de trato eliminando situaciones fácticas de discriminación. De este modo, la prohibición de discriminación no sólo obligaría al empresario a no adoptar decisiones discriminatorias por no estar justificadas en criterios razonables, sino también a superar esta posición de «neutralidad» tomando aquellas otras necesarias para la consecución efectiva de la equiparación de los trabajadores en las condiciones laborales". ALONSO BRAVO, Milagros: "La organización del trabajo en la empresa y el principio de no discriminación", en AAVV: *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, p. 81. De ahí que la prohibición de no discriminación por razón de creencias religiosas pueda conllevar que el empresario deba ir más allá de la «neutralidad», que con razón entrecomilla la autora; una inacción empresarial que en la práctica petrifique una situación en la que el derecho a la libertad religiosa, especialmente de los trabajadores que formen parte de minorías religiosas (pero quizás también en el caso de las confesiones mayoritarias e incluso respecto los trabajadores ateos), no sólo no quede garantizado, sino que además no pueda desplegar sus efectos jurídicos en el contexto laboral.

⁹⁷⁵ Por ejemplo, respecto el art. 2 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (París, 20 de marzo de 1952), dedicado a la educación ("*A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*"), la STEDH de 18 de marzo de 2011, caso Lautsi y Otros contra Italia (TEDH 2011, 31) afirma que "*el verbo «respetar» significa mucho más que «reconocer» o «tener en cuenta». Además de un compromiso más bien negativo, implica para el Estado cierta obligación positiva (Sentencia Campbell y Cosans)*" (61). Sobre la aparente "neutralidad" en esta materia se ha dicho no sin razón lo siguiente: "*La neutralidad multicultural no es sinónimo de inclusión ni de integración. La carga ideológica de lo que es culturalmente dominante en una sociedad es tan poderosa que el tratamiento neutro o invisible de la diversidad no hace sino perpetuar las desventajas sociales de quienes, por ser diferentes, se han visto históricamente discriminados. Esta es la razón de que la simple tolerancia termine, muchas veces, en la asimilación o marginación de las diferencias, procesos que suelen lesionar la autoestima personal y la dignidad humana*". NÚÑEZ GONZÁLEZ: *Interculturalidad y derecho...*, op. cit., pp. 164-165.

en cuenta exclusivamente cosmovisiones mayoritarias, con desconocimiento total de la realidad actual de pluralidad religiosa existente en España⁹⁷⁶.

Pues bien, no sólo existen derechos para los trabajadores con creencias minoritarias, sino que con la finalidad que el ordenamiento jurídico laboral les pueda reconocer en su justa medida el derecho a la libertad religiosa y prohibir toda discriminación motivada por tales creencias, los trabajadores han de cumplir también con obligaciones. Se les debe requerir un plus que en realidad es en su propio beneficio, pero también en el beneficio de otros trabajadores con las mismas creencias religiosas, y en beneficio del resto de trabajadores con y sin creencias religiosas. Como se ha explicado, España desde el siglo XV hasta los tiempos actuales ha identificado la españolidad con ser católico, entre otros elementos, dentro del contexto de mantenimiento de una homogeneidad a ultranza⁹⁷⁷; al respecto son muy gráficas las obras de autores como JUAN DONOSO CORTÉS (1809-1853)⁹⁷⁸, MARCELINO MENÉNDEZ PELAYO (1856-1912)⁹⁷⁹ o JAUME BALMES URPIÀ (1810-1848), que defienden una catolicidad a ultranza. Cuando lo cierto es que en la actualidad uno puede ser muy católico y tener poco de español; o ser musulmán y sentirse/ser plenamente español. Se podría decir que, por razones históricas, desde las políticas excluyentes de los Reyes católicos (relevancia de la noción de "cristiano viejo") y de su inmutable en el tiempo espíritu de reconquista⁹⁸⁰ hasta la permanencia de reminiscencias del nacional-catolicismo⁹⁸¹, la pertenencia al Estado y la pertenencia a la religión oficial

⁹⁷⁶ Respecto la herencia histórica del catolicismo en la sociedad se ha observado: "*Resulta comprensible que en molts aspectes les lleis es vegin afectades per aquesta herència, i no tinguin en compte les necessitats religioses minoritàries. Resulta fàcil constatar com tota l'aparell jurídic espanyol està pensat per afavorir la pràctica del catolicisme, considerat com «allò més normal». Els membres d'altres tradicions, per contrast, tenen en molts casos dificultats per practicar els seus rituals funeraris o d'obrir llocs de culte. Amb això es comprendrà la necessitat d'una certa adaptació de l'aparell jurídic i de les diferents administracions a la nova realitat*". PRADO: *El retorn de l'islam...*, op. cit., p. 123.

⁹⁷⁷ "*La sociedad española, por razones muy particulares que tienen que ver con las consecuencias (y fatídico) 1492, ha sido durante siglos homogéneamente católica, y la tendencia hacia la diversidad que tuvo avances durante buena parte del siglo XIX y los primeros decenios del XX se truncó del modo más radical con la implantación de esa destilación ideológica antimoderna que fue el nacionalcatolicismo*". DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., p. 531. Tras señalarse la multiculturalidad en la Península anterior al siglo XV, se añade: "*El empeño homogeneizador radical de los Reyes Católicos, sin ser único, es una extraña excrecencia en el árbol de las religiones, que distorsiona en alguna medida todavía nuestra percepción de la diversidad religiosa en tanto que españoles*".

⁹⁷⁸ Sobre dicho autor, respecto al cual el jurista alemán Carl Schmitt guardaba una gran afinidad, se ha afirmado lo siguiente: "*Este pensador católico español reconoció que la época de la monarquía cristiana había terminado, y, ya a mediados del siglo XIX, abogó por una «dictadura de la espada» contra la «clase discutidora» de los ciudadanos liberales*". HABERMAS: "Lo político: el sentido...", en AAVV: *El poder de la religión...*, op. cit., p. 30. Sobre el pensamiento conservador de Donoso Cortés merece examinarse el magnífico trabajo MONEREO PÉREZ, José Luis: "La cuestión social en la España del siglo XIX". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2005, núm. 128, pp. 421-457.

⁹⁷⁹ Es ineludible citar en este contexto de identificación de españolidad y catolicismo su principal obra, la *Historia de los heterodoxos españoles* (1880-1882).

⁹⁸⁰ "*La Reconquista, la «lucha contra los moros» como instrumento para conseguir la unidad nacional, va a pesar demasiado en la posterior experiencia histórica. La unidad nacional y la unidad religiosa se van a considerar como un todo fundido, esencia propia de la españolidad. Un elemento que perdurará en el tiempo hasta momentos bien recientes como lo muestra la implantación de un régimen nacional-católico tras la cruenta guerra civil del 36*". MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *Tolerancia y derechos...*, op. cit., p. 27.

⁹⁸¹ Como se ha puesto de manifiesto por la sociología, la noción de "nacionalcatolicismo" sólo es parcialmente novedosa. Así, se ha afirmado lo siguiente sobre el nacionalcatolicismo durante el

del Estado han ido a la par, lo que representa una configuración problemática de la identidad en una sociedad tan rica en matices y tan cambiante.

Ha de conseguirse relacionar la identidad de ser ciudadano del Estado, que no necesariamente ha de coincidir con la nacionalidad, con un apego a los valores constitucionales democráticos, más allá de la religión o la falta de creencias religiosas, el color de piel o incluso el lugar de nacimiento⁹⁸². Por eso, el trabajador de creencias religiosas minoritarias tiene un plus de "contraprestación", de obligación adicional para ver reconocido su derecho a la libertad religiosa: ha de optar primero (¿se desea continuar siendo un "extranjero", un "extraño", o bien un ciudadano con plenos derechos y obligaciones, los mismos que los demás?)⁹⁸³ y adherirse después al respeto de unos valores mínimos, incorporados al Derecho positivo, compartidos por el conjunto de la sociedad en la que se inserta y respecto la cual se sustentará una identidad igualmente compartida por todos: por dichos trabajadores de creencias minoritarias y por el resto de trabajadores. Así, el pluralismo cultural deja de ser un problema para convertirse en un elemento social positivo, aglutinador, una ventaja que puede ser aprovechada y no un lastre, que conlleva un efecto cohesionador y no disgregador⁹⁸⁴.

franquismo: *"Las ciencias sociales no se han enfrentado todavía adecuadamente con la fuerza mayor de la historia moderna: el nacionalismo. Todo análisis de la religión y política tiene que tratar de la relación entre religión y nacionalismo. En un extremo tenemos la visión de la Iglesia, especialmente de una Iglesia transnacional, como una amenaza a la integración nacional, la posición de muchos liberales europeos y de los fascistas. En el otro extremo están los clérigos y laicos que ven una identidad entre la Iglesia y la nación, entre ser una persona religiosa y un nacionalista, excluyendo de la comunidad a los que cuestionan esa identidad. Ser un polaco para muchos nacionalistas es ser católico, y lo mismo sucede con los primeros nacionalistas vascos de Sabino Arana, con los eslovacos, croatas, eslovenos, flamencos y otros nacionalistas. El nacionalcatolicismo español, por tanto, no es tan excepcional, excepto en que no se asocia con una comunidad nueva, marginal y oprimida"*. LINZ STORCH DE GRACIA: "Religión y política...", en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., p. 17.

⁹⁸² *"Cualquier propuesta de construir el espacio político europeo exige, ineludiblemente, presentar alternativas sobre el vínculo entre comunidad cultural y comunidad política, alternativas que vayan más allá de lo que se ha sostenido en el ámbito del Estado-nación, y que equiparan identidad, nacionalidad y ciudadanía, si bien reconociendo desde el principio la dificultad de dar contenido a la pregunta sobre la identidad europea. Alternativas que arranquen de la diversidad cultural, del pluralismo, más allá de la insostenible presunción de una comunidad homogénea, la del Estado-nación, en el que la nación, Estado y cultura son una misma cosa. Alternativas a la presentación de la identidad en términos primarios que nos remiten a los lazos de origen, tradición, prácticas e instituciones culturales, surgidas de manera análoga a las que caracteriza las estructuras de parentesco, es decir, la sangre y la tierra, según el esquema del nacionalismo romántico encarnado en la conocida fórmula Blut und Boden y que a su vez daría pie al principio de ius sanguinis como título de nacionalidad y ciudadanía"*. DE LUCAS MARTÍN: *Globalización e identidades...*, op. cit., pp. 40. El Derecho del Trabajo, por su especial posición, puede y debe contribuir a adquirir una identidad común, a la inclusión, a que se traten todos los trabajadores del mismo modo, con una misma óptica, bajo el paraguas onmicomprensivo del art. 1.1 ET.

⁹⁸³ Una cuestión de opción que se ha puesto de manifiesto especialmente, aunque no exclusivamente, respecto los inmigrantes musulmanes que han fijado su residencia en Europa: *"La cuestión de los musulmanes en Europa es una cuestión de ciudadanía, no es una cuestión de teología ni de cultura. Europa es un ente político y por tanto debemos tratar esta cuestión del Islam a través de nuestras categorías políticas y jurídicas: el laicismo, la ciudadanía, Considerar a los musulmanes como ciudadanos o bien, si son extranjeros, como extranjeros, es una opción que ellos deben adoptar, pero si eligen la ciudadanía, tienen que ser plenamente ciudadanos, no debe haber derechos minoritarios"*. ROY: *El Islam en Europa...*, op. cit., p. 38.

⁹⁸⁴ *"La propuesta de la relación intercultural parte de la valoración positiva del pluralismo social y del convencimiento de que debe permitirse al diferente la posesión y el disfrute mayor posible de su propia identidad cultural: la lengua, la religión, los usos y costumbres. Para que tales objetivos*

Se trataría de aplicar aquí *mutatis mutandis* una suerte de "patriotismo constitucional", la noción brillantemente expuesta y defendida por JÜRGEN HABERMAS⁹⁸⁵. Una adhesión que afectaría a los creyentes de religiones minoritarias, tanto si son de nacionalidad española como si no. Lo relevante es que todos, creyentes de confesiones minoritarias y mayoritarias, ateos, indiferentes al hecho religioso o agnósticos, puedan compartir, más allá de sus convicciones, una misma identidad que los una como trabajadores, en igualdad⁹⁸⁶; como parte de una más amplia cultura cívica, ciudadana. De ahí la necesidad de que no sólo opere el Derecho del Trabajo en dicha línea, sino que todo el ordenamiento jurídico converja en dicho sentido⁹⁸⁷. Así, los creyentes de religiones minoritarias pueden ver respetadas sus creencias también en el contexto laboral si como contrapartida respetan unos valores mínimos, fijados en la Constitución y en las normas internacionales, que garantizan la convivencia en un Estado social y democrático de Derecho⁹⁸⁸. Una noción que compartiría elementos de la concepción de "*justice as fairness*" tal y como ha sido formulada por JOHN RAWLS desde un prisma liberal, y que va más allá del plano teórico para echar raíces en el terreno práctico: es perfectamente posible, y deseable, que los ciudadanos (en el presente caso, los ciudadanos -

sean posibles, hay que establecer un conjunto de medidas sociales y jurídicas que coordinen los derechos políticos de los diferentes dentro de un marco de cooperación no coactivo, sino más bien de relación comunitaria. Este marco social plural se legitima y se justifica en el convencimiento de que, detrás del hecho de la diversidad cultural, existen unos valores humanos compartidos que son precisamente los que permiten la defensa de los derechos humanos para todas las personas y que acreditan precisamente gracias a las ventajas que aporta el pluralismo cultural". CABEDO MANUEL: Filosofía y cultura..., op. cit., p. 105.

⁹⁸⁵ *"La neutralidad del derecho frente a las diferencias éticas en el interior se explica por el hecho de que en las sociedades complejas la ciudadanía no puede ser mantenida unida mediante un consenso sustantivo sobre valores, sino a través de un consenso sobre el procedimiento legislativo legítimo y sobre el ejercicio del poder. Los ciudadanos integrados políticamente participan de la convicción motivada racionalmente de que, con el desencadenamiento de las libertades comunicativas en la esfera pública política, el procedimiento democrático de resolución de conflictos y la canalización del poder con medios propios del Estado de derecho fundamentan una visión sobre la domesticación del poder legítimo y sobre el empleo del poder administrativo en igual interés de todos. El universalismo de los principios jurídicos se refleja en un consenso procedimental que, por cierto, debe insertarse en el contexto de una cultura política, determinada siempre históricamente, a la que podría denominarse patriotismo constitucional". HABERMAS: La inclusión del otro..., op. cit., pp. 214-215.*

⁹⁸⁶ *"Desde el punto de vista normativo, se puede considerar que las políticas de integración son aquellas que, además de garantizar la igualdad de trato (y no discriminación) en una sociedad libre y plural (es decir, de garantizar la igualdad de derechos cívicos, sociales, económicos, culturales y políticos), fomentan (de modo decidido) la igualdad de oportunidades entre todas las personas y grupos que forman parte de la sociedad en la que esas políticas se aplican y reconocen el pluralismo cultural que incorporan distintos grupos sociales (antiguos y nuevos), fomentando su interacción". CHACÓN RODRÍGUEZ: La «España inmigrante»..., op. cit., p. 269.*

⁹⁸⁷ En relación a una cultura cívica común, garante de la igualdad, un autor especialmente autorizado ha dicho lo siguiente: *"National identifications are going to remain for the foreseeable future, and partaking in national civic cultures is still the best way of securing equal rights for most people, but national identities cannot be accepted as postethnic or as nonreligious. Ethnic identifications are necessary to win long-standing battles over ethnic discrimination, but they cannot be accepted as given by nature, and they must constantly be checked for the influence of self-serving elites. Religious identifications will not go away and they may in fact be the most sensitive and creative identifications that people can find and reshape, but they need to be watched for the same reason as national and ethnic identifications: the influence of self-serving elites". BAUMANN: The multicultural..., op. cit., p. 137.*

⁹⁸⁸ Precisamente se ha hablado de "pacto de mínimos" o "pacto por la convivencia". Es el caso de LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: "Tolerancia, laicidad y diálogo intercultural", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 66.

trabajadores) compartan unos valores comunes independientemente de sus convicciones religiosas, y evitando que dichos valores se fundamenten metafísicamente, un plano en el que las discrepancias entre ciudadanos están servidas⁹⁸⁹. Así, el autor utiliza una terminología tan gráfica como es la de "overlapping consensus" para expresar la posibilidad de coincidencia entre aquellos valores comunes que poseen o deberían poseer todos los ciudadanos, a los que denomina "valores políticos", y aquellos otros que proceden de su sistema de sus convicciones y que no pueden ser religiosos o simplemente morales⁹⁹⁰.

En el presente trabajo se va más allá de la postura de RAWLS, pues, a diferencia de dicho autor, se considera que el ordenamiento jurídico sí debe tomar partido por unos valores que determinen, aunque sea mínimamente, lo que se considera deseable de los

⁹⁸⁹ "The aim of justice as fairness (...) is practical: it presents itself a conception of justice that may be shared by citizens as a basis of a reasoned, informed, and willing political agreement. It expresses their shared and public political reason. But to attain such a shared reason, the conception of justice should be, as far as possible, independent of the opposing and conflict philosophical and religious doctrines that citizens affirm. In formulating such a conception, political liberalism applies the principle of toleration to philosophy itself. The religious doctrines that in previous centuries were the professed basis of society have gradually given way to principles of constitutional government that all citizens, whatever their religious view, can endorse. Comprehensive philosophical and moral doctrines likewise cannot be endorsed by citizens generally, and they also no longer can, if they ever could, serve as the professed basis of society". RAWLS: *Political liberalism...*, op. cit., pp. 9-10. Tal concepción es completada del siguiente modo: "It is normally desirable that the comprehensive philosophical and moral views we are won't to use in debating fundamental political issues should give way in public life. Public reason - citizens' reasoning in the public forum about constitutional essentials and basic questions of justice - is now best guide by a political conception the principles and values of which all citizens can endorse. That political conception is to be, so to speak, political and not metaphysical" (p. 10). Es decir, el autor toma muy en cuenta en sus postulados la concurrencia de las convicciones religiosas sostenidas por muchos ciudadanos que conforman una sociedad civil que, a diferencia del Estado, no es secular: "En contraste con las teorías clásicas del contrato social, que habían eliminado del concepto de «lo político» cualquier referencia seria a la religión, John Rawls reconoce que la secularización de la autoridad política no ha resuelto por sí sola el problema de la relevancia política de la religión en la sociedad civil. La secularización del Estado no es lo mismo que la secularización de la sociedad. Esto explica la sensación de paradoja que hasta hoy ha alimentado un resentimiento subliminal en los círculos religiosos contra la justificación de los principios constitucionales «con la sola razón». HABERMAS: "Lo político: el sentido...", en AAVV: *El poder de la religión...*, op. cit., p. 33. Es necesario resaltar una vez más que tampoco los centros de trabajo son plenamente seculares, pues no forman parte del Estado (dejando al margen las empresas públicas) sino del ámbito privado (que no ha de confundirse con el ámbito privado en contraste con la esfera pública, ya que el trabajo se lleva a cabo en el ámbito público, comunitario, en sentido sociológico, no jurídico); están conformados por plantillas que en muchas ocasiones sostienen convicciones religiosas, y los empresarios asimismo también pueden sostener dicha tipología de convicciones, de ahí la existencia de las empresas de tendencia o ideológicas.

⁹⁹⁰ "The history of religion and philosophy shows that there are reasonable ways in which the wider realm of the values can be understood so as to be either congruent with, or supportive of, or else not in conflict with, the values appropriate to the special domain of the political as specified by a political conception of justice. History tells of a plurality of not unreasonable comprehensive doctrines. This makes an overlapping consensus possible, thus reducing the conflict between political and other values". RAWLS: *Political liberalism...*, op. cit., p. 140. O dicho de un modo muy gráfico: "Un kantiano justificará el derecho a la vida y a la libertad señalando la dignidad del agente racional; un utilitarista hablará de la necesidad de tratar a seres con capacidad de sentir placer y dolor de manera que maximice lo primero y se minimice lo segundo; un cristiano dirá que los hombres están hechos a imagen y semejanza de Dios. Todos ellos están de acuerdo en los principios, pero difieren de las razones de fondo por las que sostienen esa ética. El Estado debe defender esa ética, pero debe abstenerse de favorecer cualquiera de las razones de fondo". TAYLOR: "Por qué necesitamos...", en AAVV: *El poder de la religión...*, op. cit., p. 42.

ciudadanos. Estos valores mínimos estarían configurados por los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados por España, que son interpretados continuamente por los órganos jurisdiccionales competentes, estatales o supraestatales y que progresivamente acercan unos países a otros, aunque de forma muy lenta, como una especie de lenguaje universal⁹⁹¹. Respecto de ciertos valores, el Estado no puede ser neutral y abstenerse a favor de la libertad total de los ciudadanos, que a efectos prácticos no conduciría realmente a la libertad de todos los ciudadanos, ya que de la vigencia de los derechos fundamentales y los derechos humanos depende que los ciudadanos disfruten de una libertad lo más amplia posible⁹⁹².

Es obvio que en una sociedad plural es imposible que todos los ciudadanos, tengan la nacionalidad que tengan, compartan los mismos valores en su totalidad. Precisamente, por definición, una sociedad plural está formada por individuos que poseen creencias,

⁹⁹¹ Incluso se ha conceptualizado a los derechos humanos como una lengua franca moral: "*Although it is only one morality among many, the morality of human rights - that is, the morality that grounds the law of human rights - has become the dominant morality of our time; indeed, unlike any morality before it, the morality of human rights has become a truly global morality. Relatedly, the language of human rights has become the moral lingua franca*". PERRY, Michael J.: "Christianity and human rights", en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 237.

⁹⁹² "Para Kant y Rawls las teorías de la justicia que se basan en una concepción determinada de la vida buena, sea religiosa o secular, se compadecen con la libertad. Al imponer a unos los valores de otros, estas teorías no respetan a la persona como a un ser que en sí mismo es libre e independiente, capaz de escoger sus propósitos y fines. Por lo tanto, el ser que elige libremente por lo que en sí mismo es y el Estado neutral van de la mano: precisamente porque cada uno de nosotros es un ser en sí mismo libre e independiente necesitamos un marco legal que sean neutral en lo que se refiere a los fines, que renuncie a tomar partido en las controversias morales y religiosas, que deje a los ciudadanos en libertad de escoger sus valores por sí solos". SANDEL: *Justicia...*, op. cit., p. 245. Y a continuación aclara el autor: "*Algunos podrían objetar que ninguna teoría de la justicia y de los derechos puede ser moralmente neutral. Hay un nivel en el que esta afirmación es manifiestamente cierta. Kant y Rawls no son relativistas morales. La idea misma de que las personas debe ser libres de escoger sus fines por sí solas es una poderosa idea moral. Pero no le dice a usted cómo debe vivir su vida. Solo requiere que, sean cuales sean los fines que usted persiga, lo haga de modo que respete el derecho de los demás a hacer lo mismo. El atractivo de un marco neutral reside precisamente en que renuncia a establecer una forma preferida de vida o de concepción de qué se tenga por un bien*" (pp. 245-246). En este trabajo se parte de la premisa de que tal neutralidad nunca ha existido ni puede existir en la práctica, más allá de lo que pueda decirse desde un punto de vista teórico. Todo ordenamiento jurídico parte de unos valores que son positivados, de una forma más o menos expresa e identificable. Los derechos y las normas jurídicas prescriben conductas activas u omisivas, y al obrar así se infiere que se trata de conductas deseadas por el constituyente o el legislador; que a su vez a la hora de realizar su tarea se ha basado en una ideología o convicciones, más o menos compartidas por la población. Es cierto que el constituyente y el legislador han de tender a la neutralidad y limitarse a positivar unos valores mínimos que puedan ser compartidos por la gran mayoría de la población, y que evite posicionarse sobre cosmovisiones o fines vitales últimos; sin obviar el establecimiento de unos principios robustos de convivencia, respecto a los cuales no es deseable que quien da las leyes se abstenga. De hecho, Sandel acaba criticando la postura liberal clásica actualizada por Rawls al respecto: "*Puede que parezca que pedir a los ciudadanos democráticos que dejen sus convicciones morales y religiosas a un lado cuando entran en la esfera pública es una forma de garantizar la tolerancia y el respeto mutuo. En la práctica, sin embargo, lo cierto puede ser lo contrario. Decidir sobre importantes cuestiones públicas pretendiendo una neutralidad inasequible es una receta para el resentimiento y las reacciones viscerales en sentido contrario. Una política vaciada de un compromiso moral sustantivo conduce a una vida civil empobrecida. Además, brinda una invitación a los moralismos estrechos de miras e intolerantes. Los fundamentalistas vuelan donde los liberales no osan pisar*" (pp. 275-276).

opiniones, convicciones, cosmovisiones muy diferentes. Y no por ello ha de resentirse la cohesión social o la convivencia, especialmente cuando en un Estado democrático son colegisladores en el sentido de que de algún modo intervienen en la creación del Derecho que se les aplica⁹⁹³. Una misma persona puede (suele) sostener varias identidades (un fenómeno que se ha visto alterado por la globalización): individuales frente a alguien o frente a grupos; compartida con grupos o con la familia; o con un partido; o con un credo; o incluso respecto a un equipo de fútbol. Es decir, existen unas identidades primarias, y otras secundarias o terciarias, pero la globalización no ha provocado una universalización de todas las identidades⁹⁹⁴. Ello no significa que no puedan compartir una misma identidad común todos los individuos que viven en una sociedad dada, como exteriorización de una ciudadanía compartida; en el presente caso, una identidad común como trabajadores en el seno de una misma sociedad, con los mismos derechos y obligaciones. Unos mismos derechos y obligaciones que no provocan que deba desecharse la propia identidad: cultural, lingüística, sexual, en definitiva, también religiosa o atea; fruto de una igualdad compleja⁹⁹⁵.

Claro está que para que tal noción pueda ser una realidad, más allá de una mera abstracción intelectual, es requisito necesario que el implicado, como ciudadano medio, ya que a las personas que están en una posición cualitativamente superior por su condición de autoridades les deberá ser exigido un plus (jueces, máximos dirigentes de gobiernos o de los órganos constitucionales, etc.)⁹⁹⁶, conozca y respete unos valores

⁹⁹³ "Desde la perspectiva de Kant y de un Rousseau - correctamente entendido - la autodeterminación democrática no tiene el sentido colectivista y al tiempo excluyente de la afirmación de la independencia nacional y la realización de la identidad nacional. Más bien tiene el sentido inclusivo de una autolegislación que incorpora por igual a todos los ciudadanos. Inclusión significa que dicho orden político se mantiene abierto a la igualdad de los discriminados y a la incorporación de los marginados sin integrarlos en la uniformidad de una comunidad homogeneizada". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 118.

⁹⁹⁴ "A pesar de la decadencia de las identidades compartidas que acostumbra a ligarse al triunfo del proceso de la globalización, el diagnóstico de desaparición o al menos de irrelevancia de las identidades (y, en particular, de las primarias) se ha revelado tan precipitado como ingenuo. Y del mismo modo que resulta errónea la creencia de que el proceso de globalización significa sostener la desaparición o irrelevancia de la misma cuestión identitaria, lo es también la identificación acrítica entre globalización y universalidad". DE LUCAS MARTÍN: *Globalización e identidades...*, op. cit., p. 14.

⁹⁹⁵ Una democracia pluralista "exige una lógica garantista e inclusiva que postula la noción de igualdad compleja, de soberanía compartida o consociativa, de ciudadanía diferenciada o multilateral que cumpla la función identitaria sin eliminar la función de estatus, como título formal de soberanía y derechos. Postula también tomar en serio cultura y reconocimiento como bienes primarios, como necesidades dignas de satisfacción, con consecuencias jurídicas y políticas; no para preservar peculiaridades identitarias en peligro de extinción, sino para hacer posible el desarrollo de la autonomía, que es mucho más que el fortalecimiento de los cerrojos que permiten el espléndido aislamiento de los individuos entendidos según el modelo atomístico propio del paleoliberalismo". DE LUCAS MARTÍN: *Globalización e identidades...*, op. cit., p. 54.

⁹⁹⁶ "There are (...) two minimum conditions necessary and sufficient for the existence of a legal system. On the one hand, those rules of behaviour which are valid according to the system's ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and, on the other hand, its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common public standards of official behaviour by its officials. The first condition is the only one which private citizens need satisfy: they may obey each «for his part only» and from any motive whatever, though in a healthy society they will in fact often accept these rules as common standards of behaviour and acknowledge and obligation to obey them, or even trace this obligation to a more general obligation to respect the constitution. The second condition must also be satisfied by the officials of the system. They must regard these as common standards of official

comunes (la mayoría de ellos positivados en la Constitución⁹⁹⁷, pero también en otras normas: internacionales, laborales, etc. En caso contrario se daría luz verde, por ejemplo, a actitudes fundamentalistas basadas en creencias religiosas del todo incompatibles con el Estado social y democrático de Derecho. Por tal razón, entre dichos valores se encuentra el respeto necesario de los derechos y dignidad del resto de individuos. Las creencias de uno no pueden ir en perjuicio de las de otro, a menos que el mismo ordenamiento jurídico así lo permita, como así se analiza al hablar de la objeción de conciencia, el ejercicio del derecho a la libertad religiosa en sede laboral y la prohibición de discriminación antes, durante y en la extinción del contrato de trabajo.

Las relaciones *inter privatos* y la autonomía negocial de las partes pueden permitir, han de permitir, de acuerdo con el art. 16 CE, que se respete el derecho a la libertad religiosa, pero han de respetarse sus límites; y para que se respeten dichos límites el trabajador creyente de una religión minoritaria ha de respetar los valores mínimos de la sociedad donde reside, por lo que se requiere de él una cierta socialización política, una permeabilidad activa respecto de los valores comunes⁹⁹⁸, de ahí la importancia de la formación, la educación, la participación de la sociedad civil, la responsabilidad social de

behaviour and appraise critically their own and each other's deviations as lapses". HART, H.L.A.: The concept of law. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 116-117. Como se puede apreciar en el apartado dedicado a los trabajadores que prestan servicios para las Administraciones públicas, el deber de cumplimiento de las obligaciones jurídicas es a priori, aunque ha de matizarse, mucho más robusto en esta tipología de trabajadores que en un trabajador común.

⁹⁹⁷ "En su significación axiológica objetiva los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminadas al logro de metas comunes. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista". PÉREZ LUÑO: *Los derechos...*, op. cit., pp. 20-21. Aunque la Constitución española es una Carta Magna moderna, en comparación con otras constituciones de nuestro entorno, y que es lo suficientemente abierta y flexible para irse adaptando a los nuevos tiempos; no debe existir ningún miedo a modificarla y realizar los ajustes que se tengan por conveniente si el texto constitucional obstaculiza el normal desarrollo, progreso y convivencia de la cada vez más plural población que reside en el país, y siempre y cuando exista el consenso necesario y sea fruto de una profunda reflexión (no de la simple reacción visceral a ningún fenómeno o acontecimiento concreto).

⁹⁹⁸ El Estado democrático de Derecho ante el reto de la inmigración sólo puede exigir de los inmigrantes la socialización política en la aceptación de los principios constitucionales. De este modo, la identidad de la comunidad no se verá afectada por la inmigración "porque dicha identidad está amarrada a los principios constitucionales anclados en la cultura política y no en las orientaciones éticas fundamentales de una forma de vida cultural predominante en el país. De acuerdo con ello, de los inmigrantes sólo ha de esperarse la disposición a adoptar la cultura política de su nueva patria, sin que por ello tengan que abandonar la forma de vida cultural originaria. El derecho a la autodeterminación democrática incluye ciertamente el derecho de los ciudadanos a mantener el carácter inclusivo de su propia cultura política; dicha cultura asegura a la sociedad frente al peligro de segmentación: frente a la exclusión de las subculturas ajenas o frente a la desintegración separatista en las culturas sin ningún tipo de relación. En cualquier caso, al integración no se extiende (...) a las culturas de inmigración de cultura fundamentalista. Prescindiendo de esto, no justifica la asimilación forzada en favor de la autoafirmación de una forma de vida cultural preponderante en el país". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., pp. 218-219.

las empresas, el efectivo conocimiento de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento, etc. Como ha dejado dicho TAYLOR las sociedades democráticas no se organizan necesariamente en torno a una "religión civil", como ocurre señeramente en Francia o los Estados Unidos y pretendía ROUSSEAU, pero sí en torno a una necesariamente fuerte "filosofía de la civilidad" que pivota sobre tres ejes: 1) derechos humanos; 2) igualdad y no discriminación y 3) democracia⁹⁹⁹. El Derecho del Trabajo, si no sucumbe a la postmodernidad neoliberal, puede ayudar a la consecución de los tres elementos con un mayor ímpetu que otras disciplinas jurídicas, como es el caso del Derecho Civil.

Todo ello no significa, ni mucho menos, que para crear y asentar unos valores ciudadanos que puedan ser compartidos por todos los individuos, dichos ciudadanos hayan de asentarse en un escepticismo total respecto de las creencias propias y ajenas, y que toda verdad haya de ser enfocada necesariamente como relativa. Ni el relativismo respecto de los valores, ni la generalización de un escepticismo general que pretenda igualar a todos los ciudadanos contribuirán a una sociedad asentada en unos firmes valores y que respete la diferencia. Al contrario, respecto a algunos valores la sociedad deberá mostrarse inflexible (por ejemplo, sobre la prohibición de toda discriminación, cosa distinta será examinar qué ha de reputarse como discriminación, o la dignidad de toda persona) y respecto a ciertas verdades y posicionamientos filosóficos, políticos o religiosos los individuos podrán y deberán, discutir, argumentar y refutar. La democracia significa respetar a las personas, porque son dignas de respeto, aunque sostengan ideas erróneas. Pero precisamente se fortalece cuando unos ciudadanos activos, y no pasivamente escépticos, discuten y debaten sobre qué es correcto y que no, y qué es verdad y qué es falso¹⁰⁰⁰.

Naturalmente, se ha de evitar dificultar al creyente de la religión minoritaria que no pueda cumplir con las leyes cuando han sido diseñadas desde el prisma de una creencia mayoritaria. Pero dicha dificultad, que ha de ser erradicada (mediante reformas legislativas, mediante la promulgación de nuevas leyes, mediante la aplicación de técnicas hermenéuticas), muchas veces se ve compensada, como se puede observar en el apartado correspondiente, por el hecho de que muchos valores consustanciales a la

⁹⁹⁹ TAYLOR: "Por qué necesitamos...", en AAVV: *El poder de la religión...*, op. cit., p. 51.

¹⁰⁰⁰ "It is not unusual to meet people who think that not to believe in any truth, or not to adhere firmly to any assertion as unshakeably true in itself, is a primary condition required of democratic citizens in order to be tolerant of one another and to live in peace with one another. May I say that these people are in fact the most intolerant people, for if perchance they were to believe in something as unshakeably true, they would feel compelled, by the same stroke, to impose by force and coercion their own belief on their co-citizens. Their only remedy they have found to get rid of their abiding tendency to fanaticism is to cut themselves off from truth. That is a suicidal method. It is a suicidal conception of democracy: not only would a democratic society which lived on universal scepticism condemn itself to death by starvation: but it would also enter a process of self-annihilation, from the very fact no democratic society can live without a common practical belief in those truths which are freedom, justice, law, and other tenets of democracy; and that any belief in these things as objectively and unshakeably true, as well as in any other kind of truth, would be brought to naught by the preassumed law of universal scepticism". MARITAIN: *On the use...*, op. cit., p. 18. El autor completa la idea del siguiente modo: "The error of the theorists who make relativism, ignorance, and doubt a necessary condition for mutual tolerance comes from the fact that they shift their right feelings about the human subject - who must be respected even if he is in error - from the subject to the object; and thus they deprive man and the human intellect of the very act - adherence to the truth - in which consists both man's dignity and reason for living" (p. 23). Vid. asimismo p. 24.

sociedad española actual son comúnmente compartidos por muchas religiones como preceptos religiosos. Así, a veces se solapan las normas morales con las normas jurídicas, por lo que su cumplimiento se muestra más "natural". Los valores compartidos no tendrán su origen en una cosmovisión religiosa concreta¹⁰⁰¹, pues sí así fuera es que el Estado no guarda la debida neutralidad; cuestión diferente sería, tal y como se ha dicho, que valores esenciales y mínimos, coincidan o se solapen con algunas de las doctrinas religiosas existentes. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la integridad física del art. 15 CE. Además, el Derecho en sí no sólo es el precepto en concreto donde se contiene el valor de que se trate, sino que incluye cómo es interpretado por los órganos jurisdiccionales. Por ejemplo, el derecho a la vida está reconocido por el ordenamiento jurídico español y por muchas religiones; pero su definición y límites difícilmente coincidirán. La ley pues ha de ser diseñada de modo que pueda ser aceptada por todos los destinatarios aunque no coincida con sus creencias, quizás enfatizando los elementos más prácticos, y modulando los más teóricos o abstractos¹⁰⁰²; una cosa es que no coincida y otra diferente que la violente¹⁰⁰³.

El problema residirá cuando la ejecución de la relación laboral obstaculiza el ejercicio de la libertad religiosa. No se podrá pretender ejercer el derecho a la libertad religiosa en perjuicio, por ejemplo, de la dignidad o la integridad física ajena. Se estaría cruzando las líneas rojas que un Estado de Derecho no puede permitir, como ocurre con otros fenómenos en los que interviene el ser humano, no sólo el religioso, sino como es el caso, por ejemplo, de las nuevas tecnologías¹⁰⁰⁴. De ahí la relevancia del respeto de unos

¹⁰⁰¹ "Con el paso al pluralismo cosmovisivo en las sociedades modernas se desmorona la religión y el ethos en ella enraizado como basamento de validez público de la moral compartida por todos. La validez de las normas morales universalmente vinculantes ya no se puede explicar en ningún caso con razones e interpretaciones que presuponen la existencia y el papel de un Dios creador y redentor trascendente". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 37.

¹⁰⁰² No debe olvidarse que la convivencia siempre es más fácil respecto de las cuestiones más prácticas, que respecto las cuestiones más dogmáticas; y siempre será más fácil encontrar coincidencias y similitudes en lo práctico, que en lo teórico: "*Mutual toleration relates essentially to living together in concrete existence; and, as a result, mutual toleration is easier in practical matters than in theoretical ones. When it is a question of rescuing a man from a fire, mutual toleration and cooperation between an atheist and a Christian, or an advocate of determinism and an advocate of free will, will be a matter of course. But when it comes to knowing the truth about the nature of the human will, the cooperation between the advocate of determinism and the advocate of free will become more difficult*". MARITAIN: *On the use...*, op. cit., p. 30.

¹⁰⁰³ "Una ley es válida en sentido moral si puede ser aceptada por todos desde la perspectiva de cada cual. Puesto que sólo las leyes «universales» cumplen la condición de regular una materia en igual interés de todos, la razón práctica se hace valer en este momento de universalizabilidad de los intereses considerados en la ley. En consecuencia, una persona acepta el punto de vista moral si como legislador democrático hace un examen de conciencia acerca de si la práctica que resultaría del seguimiento universal de una norma hipotéticamente ponderada pudiese ser aceptada por todos los posibles interesados en tanto que colegisladores potenciales". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., pp. 61-62.

¹⁰⁰⁴ En todos los ámbitos en que se afecten derechos fundamentales el Estado debe establecer unos límites que no pueden ser cruzados: "Las creencias religiosas, se dice, fomentan la esperanza, relativizan los acontecimientos y permiten mantener abierta la historia para su transformación. Bien es cierto, que en muchas ocasiones ese distanciamiento de la realidad conlleva prácticas ajenas a los principios sociales de la dignidad humana y de los derechos fundamentales. Son casos patológicos de creencias dotadoras de sentido que se convierten en elementos de un fanatismo anómico y profundamente antisocial. Pero todas las instituciones sociales tienen su parte alcuota de desestructuración y compulsión autodestructiva: mírese, si no, las graves consecuencias de ciertas ideologías, de las aplicaciones de grandes descubrimientos científicos o del uso y abuso de determinadas tecnologías". DE GOICOECHEA ZABALA, Javier López:

valores comunes, que hará que todos los trabajadores conceptuados según el art. 1.1 ET no sólo sean iguales ante la ley con garantía del respeto a sus particularidades (religiosas, en el presente caso); sino que además se sientan iguales y no discriminados, igual de dignos, copartícipes del mismo proyecto (empresarial y social, según en relación a qué individuos se refiera)¹⁰⁰⁵. Al mismo tiempo, las interrelaciones entre trabajadores con unas creencias y las de otras menos comunes desde un punto de vista histórico no serán sentidas como una amenaza, sino como una oportunidad, enriquecedora para la empresa y para los mismos trabajadores¹⁰⁰⁶. De la amenaza no sólo se transitaría a la indiferencia, sino hacia un verdadero respeto mutuo¹⁰⁰⁷. El compartir unos valores conjuntos puede ayudar a entender, comprender, respetar e incluso reconocer y tener por positivos los valores no compartidos¹⁰⁰⁸. Y al mismo tiempo, quizás se podrá ayudar a salir a los inmigrantes extracomunitarios que profesan creencias religiosas minoritarias de un círculo vicioso que les mantiene sumidos en la precariedad laboral y social¹⁰⁰⁹, los

"Los contenidos materiales del hecho religioso. En torno al art. 3.2 de la L.O. de Libertad religiosa". *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, 2005, vol. 3, separata, p. 20.

¹⁰⁰⁵ "Del hecho de que las personas únicamente lleguen a convertirse en individuos por la vía de la socialización se deduce que la consideración moral vale tanto para el individuo insustituible como para el miembro, esto es, une la justicia con la solidaridad. El trato igual es el trato que se dan los desiguales que a la vez son conscientes de su copertenencia. El punto de vista de que las personas como tales son iguales a todas las demás no se puede hacer valer a costa del otro punto de vista según el cual como individuos son al tiempo absolutamente distintos de todos los demás. El respeto recíproco e igual para todos exigido por el universalismo sensible a las diferencias quiere una inclusión no niveladora y no confiscadora del otro en su alteridad". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 72.

¹⁰⁰⁶ Por ejemplo, pese a la proximidad geográfica de sus países (quizás por eso) y el hecho objetivo de compartir rasgos comunes al tratarse en muchos supuestos de personas de origen mediterráneo, la inmigración de personas de creencias musulmanas es vista habitualmente como una amenaza en las sociedades europeas y en los centros de trabajo, lo que causa mucha incompreensión mutua. Dicho miedo a lo desconocido parece que se está tratando desde otra óptica en los Estados Unidos: "In much of the world people are currently in a state of panic over Muslim immigration and the alleged threat posed by observant Muslims to traditional ways of life. To the great credit of the United States and its tradition of respect for visible expressions of difference, there has not been a widespread outbreak of anti-Muslim feeling here, and public leaders have strongly discouraged any facile equation between terrorism and Islam. In Europe, by contrast, an atmosphere of suspicion and fear has led to much intolerance and disrespect, and leading politicians are voicing a demand for imposed homogeneity that seems misguided from the viewpoint of the approach that I have been recommending". NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, op. cit., p. 308.

¹⁰⁰⁷ "Toleration, respect for others, and ideas of human dignity are wrapped up together. I will respect others' beliefs, not because I do not think it matters what they believe, but because of some ethical obligation to them. Respect comes, not from indifference, but from a positive view that their conscience matters as much as mine, that their freedom is as important as mine". TRIGG: *Equality, freedom...*, op. cit., p. 112.

¹⁰⁰⁸ "It is crucial for the development of normal personal relations that each person understands his own tastes and goals in ways which relate them to other people's goals and tastes. He must regard his own goals and tastes as valuable because they exemplify universal values or values which form part of a mosaic which in its entirety makes for valuable social life. He must, if he is to be capable of personal relations, find room for other people's values within that scheme. If I recognize an obligation to preserve the Van Gogh this is because I express thereby my recognition of the value of art and because through doing so I have come to recognize some of the worthwhile options, on which, even though I did not pursue them, my autonomy depends. y recognizing that very same value I also create the possibility of developing personal relations with other people, for those depend at the deepest level on a sharing of values". RAZ: *The morality...*, op. cit., pp. 215-216.

¹⁰⁰⁹ "La vulnerabilidad de los inmigrantes en el mercado de trabajo, que tiene su fundamento último en la especificidad de su «mancha inmigrante», arranca en el hecho de su condición obrera y se

configura como *outsiders*¹⁰¹⁰. La gran mayoría de conflictos serían evitados, y aquellos que se generaran, extremo inevitable en una sociedad democrática de corte plural, serían más fáciles de resolver, ya que algunos de ellos serían probablemente aquellos que surgen cuando colisionan las convicciones propias con aquellos derechos y valores comunes que cimentan la sociedad y respecto a los cuales dicha sociedad democrática no puede transigir sin peligro de que se perjudique al conjunto de ciudadanos o a individuos en un grado irrazonable¹⁰¹¹. Precisamente el debate continuo sobre los derechos y valores fundamentales que deben regir la convivencia en una sociedad democrática, incluida la convivencia en el puesto de trabajo, no sólo es deseable, sino que es del todo necesaria para ir adaptando la interpretación del derecho y reajustando el derecho a la realidad social; y muchas veces ello ocurre cuando se producen las inevitables colisiones de derechos y bienes.

El trabajador con creencias religiosas se conduce por normas morales que entiende lo relacionan con Dios, con otros miembros de su comunidad de creyentes y con otras personas fuera de su comunidad. El reto es que el Derecho del Trabajo, inserto en el contexto de un ordenamiento constitucional, ofrezca un esquema normativo cuyos valores, en primer término y según una interpretación consecuente con lo aquí argumentado, no resulten conflictivos con las pautas morales comunes que guardan la mayoría de religiones y que al mismo tiempo no desnaturalicen los valores de un ordenamiento laboral correspondiente a un "*Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la*

manifiesta en mayores tasas de paro, mayores tasas de temporalidad en el empleo, mayores tasas de accidentabilidad, una extraordinaria concentración sectorial, salarios más bajos y peores condiciones de trabajo, mayor presencia en todo tipo de jornadas y horarios de trabajo especiales y, en definitiva, una alta proporción de empleos calificables como «3P»: puestos de trabajo más Penosos, más Peligrosos, y más Precarios (...). Y, además, los inmigrantes tienen una notable mayor presencia en la economía sumergida". CHACÓN RODRÍGUEZ: La «España inmigrante»..., op. cit., p. 246.

¹⁰¹⁰ La explotación laboral recae sobre los *outsiders* de un modo parecido a ciertas categorías de *insiders*, a veces coincidiendo ambas categorías (mayor explotación de las personas inmigrantes de sexo femenino: "*Citizens are set free; the work is imposed on slaves, resident aliens, «guest workers» - outsiders all. Alternatively, the insiders who do the work are turn into «inside» aliens, like the Indians untouchables or the American blacks after emancipation. In many societies, women have been the most important group of «inside» aliens, doing the work that men disdained and freeing the men not only for more rewarding economic activities but also for citizenship and politics. Indeed, the household work that women traditionally have done (...) makes up a substantial part of the hard work of the economy today, for which aliens are recruited (and women prominently among them)*"). WALZER, Michael: *Spheres of justice. A defence of pluralism & equality*. 1ª edición. Oxford: Basil Blackwell, 1983, pp. 165-166.

¹⁰¹¹ "*The virtues of political cooperation that make a constitutional regime possible are (...) very great virtues. I mean, for example, the virtues of tolerance and being ready to meet others halfway, and the virtue of reasonableness and the sense of fairness. When these virtues are widespread in society and sustain its political conception of justice, they constitute a very great public good, part of society's political capital. Thus, the values in conflict with the political conception of justice and its sustaining virtues may be normally outweighed because they come into conflict with the very conditions that make fair social cooperation possible on a footing of mutual respect*". RAWLS: *Political liberalism...*, op. cit., p. 157. Tal idea es completada del siguiente modo: "*Given the fact of reasonable pluralism, what the work of reconciliation by public reason does, thus enabling us to avoid reliance on general and comprehensive doctrines, is two things: first, it identifies the fundamental role of political values in expressing the terms of fair social cooperation consistent with mutual respect between citizens regarded as free and equal; and second, it uncovers a sufficiently inclusive concordant fit among political and other values seen in a reasonable overlapping consensus*" (pp. 157-158).

igualdad y el pluralismo político" (art. 1.1 CE)¹⁰¹². Todo ello sin configurar el ordenamiento laboral como un ordenamiento irrazonablemente paternalista¹⁰¹³. En segundo término, sin llegar a configurar el derecho a la libertad religiosa como un derecho de naturaleza prestacional, ya que se está aquí en el ámbito de las relaciones *inter privados*, no en una relación entre el Estado y el ciudadano, sí que resultaría coherente que el Derecho del Trabajo ofreciera un marco jurídico que vaya más allá de la pura abstención (una neutralidad que casa mal con la interpretación actual del derecho a la libertad religiosa en una sociedad plural) donde el trabajador pueda sentirse cómodo con sus convicciones religiosas. El centro de trabajo no deja de ser un ámbito público donde el ciudadano invierte gran parte de su tiempo y en el que no deja de ser precisamente eso: un trabajador - ciudadano, donde no puede ser despojado de los derechos inespecíficos, entre ellos el de libertad religiosa. Si el Derecho del Trabajo, las empresas y los trabajadores comparten unos valores comunes en dicho sentido, el Derecho laboral no deberá intervenir para resolver conflictos, y la prestación de servicios será más enriquecedora para todos.

Una ciudadanía inclusiva requerirá que los trabajadores de minorías religiosas que hayan asumido los valores comunes aceptados por la sociedad donde se presta servicios (sin renunciar a las propias "verdades" y convicciones), que han sido diligentes a la hora de socializarse desde un punto de vista político, puedan acceder sin obstáculos a instrumentos de decisión política. No tiene sentido una sociedad plural en un Estado democrático cuando el ciudadano acepta y comparte unos valores comunes (universales), acata unas normas (especialmente las constitucionales, y en este caso las laborales que garantizan el ejercicio de los derechos fundamentales de todos, que habrán sido disociadas de unos valores pretendidamente universales que son los de las creencias mayoritarias)¹⁰¹⁴ y se obstaculiza su participación en la toma de decisiones, en

¹⁰¹² El Derecho del Trabajo ha de huir de lo que ha sido denominado "tensión marginalizadora": *"Conforme a esta tensión, una vez que el Estado acoge determinadas manifestaciones de la conciencia (entendida como autoafirmación del yo pensante) en su legislación, integrándolas en la esfera de inmunidad, y estas formas adquieren carta de naturaleza que les otorga legitimidad moral, aquellas posturas sociales, colectivas e individuales, que son contrarias a la conducta positivamente acogida por el Estado, se colocan en una «zona de sospecha» que las excluye del debate político de conformación de los valores democráticos"*. PALOMINO LOZANO: *Religión y derecho...*, op. cit., pp. 152-153.

¹⁰¹³ *"Todo esbozo global de un bien colectivo universalmente vinculante que pudiera fundamentarse en la solidaridad de todos los seres humanos (incluidas las generaciones futuras) tropieza con un dilema. Una concepción detallada en sus contenidos que sea suficientemente informativa tiene que conducir (aunque sea en relación con la felicidad de las generaciones futuras) a un paternalismo intolerable; pero una concepción desustanciada, despegada de todo contexto local, tiene que destruir el concepto de bien"*. HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 58.

¹⁰¹⁴ *"En una sociedad pluralista en el orden cultural y cosmovisional, esta carga [se refiere a la responsabilidad del Estado democrático de actuar democráticamente si se produce un fallo del sistema, pues no puede, por ejemplo, llevar a cabo limpiezas étnicas o tomar medidas no democráticas] no puede ser desplazada del nivel de la formación de la voluntad política y la comunicación pública al substrato aparentemente cuasinatural de un pueblo presuntamente homogéneo. Detrás de una fachada tal se esconde tan sólo la cultura hegemónica de una parte dominante. Por razones históricas existe en muchos países una fusión entre la cultura de la mayoría y aquella cultura política universal que tiene la pretensión de ser reconocida, a pesar de su procedencia cultural, por todos los ciudadanos. Esta fusión debe ser disuelta cuando en el interior de la misma comunidad deben poder existir en igualdad de derechos distintas formas de vida culturales, étnicas y religiosas en coexistencia y convivencia. El nivel de cultura política común debe ser desconectado del nivel de las subculturas y de sus identidades acuñadas"*

la creación de aquellas normas que le serán de aplicación: en la sociedad civil, mediante la participación en asociaciones privadas (incluidas especialmente la culturales y religiosas) y sindicatos; como ciudadano, en elecciones municipales, autonómicas, generales, europeas, participación en referéndums; y en las empresas, de forma activa como representante unitario o sindical de los trabajadores, o pasiva eligiendo a los delegados sindicales y representantes unitarios¹⁰¹⁵. Desde un punto de vista democrático e inclusivo, también desde un punto de vista kantiano (autodeterminación del individuo), no se puede pedir legítimamente a alguien que respete unas normas y comparta unos valores, cuando no se le permite ni participar de un modo u otro en la confección dichas normas, ni coadyuvar a configurar dichos valores, naturalmente según los sistemas procedimentales jurídicamente establecidos, y allí donde sea posible, a través de mecanismos de democracia directa. El Estado debe velar por la igualdad, la libertad y la participación jurídico - política de cada uno de los ciudadanos, especialmente respecto aquellos que parten de una situación de desventaja social, en este caso por razón de sus creencias religiosas. En tal sentido, tal y como recoge la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 1 de septiembre de 2005 – Programa Común para la Integración – Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea (COM (2006) 389), dicha Comisión proponía a escala de cada Estado miembro: reforzar la participación cívica, cultural y política de los emigrantes en la sociedad que les acoge; mejorar el diálogo y la consulta de los nacionales de terceros países; fomentar una ciudadanía activa; y elaborar programas nacionales de preparación a la ciudadanía y de naturalización¹⁰¹⁶.

A ello habrá que añadir un reconocimiento de los derechos sociales y culturales (reconocimiento de derechos más allá de los liberales de primera generación), sobre los cuales se puede fundamentar el resto sin que se pueda hablar de un reconocimiento meramente formal. Así, mediante el pleno acceso, por ejemplo, al sistema de Seguridad

prepolíticamente. La exigencia de coexistencia en igualdad de derechos se encuentra sometida a la reserva de que las confesiones y prácticas protegidas no pueden contradecir los principios constitucionales vigentes (tal como sean entendidos en la respectiva cultura política)". HABERMAS: La inclusión del otro..., op. cit., pp. 94-95.

¹⁰¹⁵ *"La clave de toda la discusión es la necesidad de tomar en serio y de entender a fondo el pluralismo cultural como principio jurídico y político, y también sus consecuencias: el derecho a la identidad cultural, a los derechos culturales y a la traducción política de ese reconocimiento, que es - sobre todo en el caso de las identidades fuertes - el principio de autogobierno. Este principio no ha de confundirse, sin embargo, con la necesidad de que toda identidad se traduzca en un Estado, porque no creo que se trate de formular nuevamente el viejo principio de las nacionalidades". DE LUCAS MARTÍN: Globalización e identidades..., op. cit., p. 18. Dicho de otro modo: "Dado que constatamos que no todas las singularidades culturales que existen en un espacio público reciben el mismo tratamiento en términos de derechos humanos, se pide a los ciudadanos y, sobre todo, a los representantes políticos que adopten una actitud de respeto cultural, que básicamente consiste en valorar la dignidad humana y otorgar igualdad de derechos y deberes a todas las personas aunque sean diferentes. En este sentido, la actitud abierta al pluralismo es considerada como una propuesta positiva para la vida social, puesto que facilita la solución política al problema que se plantea cuando los diversos grupos sociales, desde sensibilidades culturales diferentes, reivindican las mismas oportunidades de representación y de participación política". CABEDO MANUEL: Filosofía y cultura..., op. cit., p. 101.*

¹⁰¹⁶ Al respecto también es interesante la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2006, sobre las estrategias y los medios para la integración de los inmigrantes en la Unión Europea (Diario Oficial C 303E de 13 de diciembre de 2006).

Social¹⁰¹⁷; o la posibilidad de participar a nivel público y privado en el mantenimiento y desarrollo de la cultura propia, lo que a su vez puede permitir reconocer y valorar las culturas propias del resto de ciudadanos¹⁰¹⁸. Cuando las culturas son conocidas y se entienden sus dinámicas y costumbres, empiezan a disiparse las nubes de la sensación de amenaza mutua; ni los nativos del país pretenden una asimilación total y la conversión religiosa de los recién llegados, ni los recién llegados en su mayoría llevan a cabo conductas religiosas contrarias a la moralidad y al orden público¹⁰¹⁹. Los partidos xenófobos pierden su caldo del cultivo, y lo mismo ocurre con los grupos más fundamentalistas que defienden una interpretación literal de las normas en que se basan sus creencias religiosas; se disipan los argumentos en que se sustentan buena parte de los conflictos actuales¹⁰²⁰ y se desarmen aquellas posiciones intelectuales que defienden (normalmente desde posiciones falsamente progresistas) un relativismo cultural extremo que resulta totalmente incompatible con cualquier sistema de derechos fundamentales que se proclame mínimamente universal¹⁰²¹. Como se ha dicho ya y se analiza en el

¹⁰¹⁷ Recuérdese aquí, por ejemplo, la controversia creada por la denegación de acceso a la pensión de viudedad de una persona casada mediante el rito gitano.

¹⁰¹⁸ "Sospecho que las sociedades multiculturales sólo pueden seguir cohesionadas por medio de una cultura política así acrisolada si la democracia no se presenta sólo con la forma liberal de los derechos de libertad y participación política, sino también por medio del disfrute profano de los derechos sociales y culturales. Los ciudadanos deben poder experimentar el valor de uso de sus derechos también en la forma de Seguridad Social y de reconocimiento recíproco de las diferentes formas de vida culturales. La ciudadanía democrática desplegará una fuerza integradora, es decir, creará solidaridad entre extraños, si se hace valer como un mecanismo con el que se realicen de facto los presupuestos para la existencia de las formas de vida deseadas". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., pp. 95-96. Por eso nos podemos formular la siguiente pregunta: "¿Hasta dónde, es decir, hasta quién estamos dispuestos a extender el triple contenido de los beneficios del reconocimiento, a saber, las libertades negativas o la seguridad jurídica - la garantía del Estado de derecho -, los derechos sociales - la garantía del Estado de bienestar - y los derechos políticos que hagan real la comunidad libre de iguales - la garantía del Estado democrático -, los tres como despliegue del Estado - nación? DE LUCAS MARTÍN: *Globalización e identidades...*, op. cit., p. 57.

¹⁰¹⁹ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictada en el caso *Reynolds v. United States*, 98 US 145 (1878) exterioriza claramente el temor de la sociedad americana a que los grupos religiosos minoritarios aprovecharan el derecho a la libertad religiosa para llevar a cabo conductas contrarias a la moral del momento: "Laws are made for the government of actions, and while they cannot interfere with mere religious belief and opinions, they may with practices. Suppose one believed that human sacrifices were a necessary part of religious worship; would it be seriously contended that the civil government under which he lived could not interfere to prevent a sacrifice? Or if a wife religiously believed it was her duty to burn herself upon the funeral pile of her dead husband; would it be beyond the power of the civil government to prevent her carrying her belief into practice?". En dicho caso, se analizaba si se podía permitir la poligamia por razones religiosas a pesar de ser constitutiva de una conducta tipificada penalmente.

¹⁰²⁰ Es muy difícil establecer donde acaba lo religioso y empieza lo cultural; o al revés, si es que es posible diferenciar lo uno de lo otro. Lo que resulta evidente es sobre estos elementos se retroalimentan los conflictos en las sociedades actuales: "The new religious wars are now really culture wars. They are not just about scientific history - about what best accounts for the development of the human species, for instance - but more fundamentally about the meaning of human life and what living well means". DWORKIN: *Religion...*, op. cit., p. 9.

¹⁰²¹ "El relativismo cultural (...) puede resultar problemático y peligroso cuando se radicaliza su perspectiva hasta llegar a defender que las manifestaciones de todas las culturas tienen igual valor, tanto en el plano cognitivo como en el moral, de modo que se admita como legítima la conclusión de que no existen planteamientos culturales cualitativamente mejores ni peores. La paradoja del relativismo extremo y radical se origina cuando las identidades culturales entran en contradicción con los principios básicos de libertad, igualdad, derechos humanos, etc., ante los cuales no puede mantenerse la neutralidad moral o, simplemente, decir que se trata de una

apartado correspondiente, todo ejercicio de un derecho fundamental tiene unos límites, y el hecho de compartir valores comunes que estén positivados e interiorizados ha de ayudar a no traspasar dichos límites¹⁰²². Pero no se olvide, al igual que ocurre con otros derechos fundamentales, pero en este supuesto de forma especial, el respeto a la libertad religiosa de un trabajador, no sólo le beneficia a él de forma individual como ciudadano; sino que beneficia a toda su comunidad y, por extensión a la sociedad donde vive en forma de paz social y respeto por el bien público¹⁰²³.

cuestión de preferencia, como quien se refiere al modo de vestir o a la cocina foránea comparada con la autóctona". CABEDO MANUEL: Filosofía y cultura..., op. cit., p. 93.

¹⁰²² *"Si hay que hacer caso de la ortodoxia «antimulticulturalista», la denuncia del multiculturalismo es condición sine qua non para evitar la barbarie que trata de invadirnos (insisto, la barbarie siempre viene de fuera): ablación de clítoris, negación de la condición de persona a la mujer, práctica de sacrificios humanos... El mundo que desearía la ideología del multiculturalismo sería un infierno de exclusiones, de infinitas celdas en las que los ayatolabs de cada secta practicarían sus inmundos particularismos. La verdad es que, si éstos fuesen los riesgos del multiculturalismo, la respuesta es bien sencilla: bastaría con afirmar los derechos fundamentales de las personas y desaparecería la amenaza. Pero ni todas las prácticas rituales son ablaciones, ni todas las reivindicaciones de reconocimiento de derechos específicos consisten en quemar a la viuda en la pira funeraria del marido". DE LUCAS MARTÍN: Globalización e identidades..., op. cit., pp. 16-17. Ha de partirse del reconocimiento del derecho a la libertad religiosa, no porque sea una moda o porque se afirme en el presente trabajo, sino porque así lo establece la Constitución y la normativa internacional, así como la prohibición de discriminación. El ejercicio de tales derechos tiene límites, no constituyen un cheque en blanco, pero el establecimiento de límites no debe neutralizarlos. Al contrario, su ejercicio en la relación laboral puede significar la inclusión, la adquisición de una identidad compartida, el desarrollo humano y profesional de los trabajadores y, por ende, el acorralamiento de fundamentalismos que precisamente se nutren del desempleo, la incompreensión y la discriminación. La cohesión social y la evitación de guetos y marginación van unidos al trabajo y al progreso. España tiene mucho que aprender de los errores y aciertos de otras sociedades con larga trayectoria de inmigración: Francia, Alemania, Estados Unidos... Asimismo, resulta sorprendente que se haya olvidado en España su pasado reciente de país de emigrantes. Obviamente, las sociedades antedichas no están exentas de cometer errores, como se ha criticado a veces a los Estados Unidos: "Its origins as a migrant society led the USA to evolve in such a way to allow a great deal of freedom to individual ethnic, religious, and regional groups to construct their own worlds. Where many American social scientists see «pluralism» as something which impinges on ordinary Americans and hence explains the popularity of religion, I see pluralism as the cause of a social and political structure which allows particular groups to recreate culturally homogeneous «ghettos. The openness of the USA means that, although the country as a whole has far greater cultural variety, many Americans are far better placed than people in the UK to live their lives within worlds that are mono-cultural". BRUCE: Religion in the modern..., op. cit., p. 143.*

¹⁰²³ *"Religious toleration may have been defended in the name of individual conscience, but it served communal peace. More to my point, inasmuch as religion is and was a social institution embracing a community, its practices, rituals and common worships, the right to free religious worship, which stood at the cradle of liberalism, is in practice a right of communities to pursue their style of life or aspects of it, as well as a right of individuals to belong to respected communities. Thus while religious freedom was usually conceived of in terms of the interest of individuals, that interest and the ability to serve it rested in practice on the secure existence of a public good: the existence of religious communities within which people pursued the freedom the right guaranteed them. Without the public good the right would not have had the significance it did have. Furthermore, the existence of the right to religious freedom served in fact to protect the public good. I venture to surmise that but for that it would not have acquired the importance that it did". RAZ: The morality..., op. cit., p. 251.*

2. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE LIBERTAD RELIGIOSA

Obviamente, los conceptos jurídicos utilizados en las normas internacionales no tienen por qué corresponder a conceptos equivalentes en el ordenamiento interno, como así ocurre de hecho. En la normativa internacional se suelen utilizar términos como el de libertad de pensamiento, conciencia y religión; cuando la regulación constitucional en España, y por ende la orgánica, no utiliza conceptos idénticos con los mismos límites, por lo que es necesario realizar las oportunas matizaciones. A continuación se procede a analizar las normas más relevantes sobre la libertad religiosa, que incluyen habitualmente la libertad de las personas a no creer en ningún Dios, por lo que los ateos y agnósticos quedan dentro de su ámbito subjetivo¹⁰²⁴. Resáltese cómo el legislador internacional evita definir qué es “religión” y qué no; y las normas eluden introducir controversias filosóficas que obstaculizaran innecesariamente su aplicación y su aceptación en ámbitos culturales muy diferentes¹⁰²⁵.

a) Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo de 1944

La Conferencia General de la OIT, congregada en Filadelfia en su vigésima sexta reunión, adoptó el diez de mayo de 1944 la Declaración de los fines y objetivos de la OIT y de los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros. En dicho texto se afirma que “*todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*” (II.a).

b) Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

En la Declaración, que fue adoptada y proclamada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, al igual que en la Carta Magna, aparece el principio de igualdad y no discriminación a través de varias manifestaciones¹⁰²⁶. Asimismo, el derecho a la libertad religiosa también está presente, como no podía ser de otro modo teniendo en cuenta los antecedentes históricos que llevaron a promulgar el texto normativo analizado.

¹⁰²⁴ “*Recognition of the religious right of liberty of conscience means the acknowledgment of one’s right to believe or not to believe a religious dogma; to worship one God or many or not to worship; to be a member of a religious association or of none; and the «free exercise» of religious, without civil disabilities, so long as such exercise is not deemed to be detrimental to the basic fabric of society and the security of the state*”. WOOD: “An apología...”, en AAVV: *Religious human...*, op. ccit., p. 469.

¹⁰²⁵ “*Modern human rights law avoided philosophical controversies by asserting the rule that the terms «religion» and «belief» mean theistic views of the universe and codes of behavior, as atheistic, agnostic, rationalistic, and other convictions where both elements are not contained*”. LERNER, Natan: “Religious human rights and the United Nations”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, p. 82.

¹⁰²⁶ Sobre la presente temática puede consultarse SOUTO GALVÁN, Esther: “La libertad religiosa en la Constitución y en la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Iustel, 2009, pp. 467-490.

El artículo 1, precepto nuclear del texto comentado, dispone que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”¹⁰²⁷. El primer párrafo del texto recoge el derecho a no ser discriminado por razón de creencias religiosas, pero también por opiniones de otra naturaleza: “*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”. El artículo 7 hace referencia expresa al principio de igualdad y a la prohibición de cualquier discriminación, pero no la define, por lo que debe completarse con el contenido del citado art. 2. Nótese, que dicho precepto no utiliza una sistemática de *numerus clausus*, pues se utiliza la coletilla “o cualquier otra condición”.

Es en el art. 18 en el que se hace referencia directa a la libertad religiosa: “*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia*”. Como se puede apreciar, en la primera parte del precepto se incluyen juntas la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, por lo que, a efectos prácticos, un trabajador creyente, no creyente, agnóstico o ateo podría invocar el precepto sin mayores complejidades jurídicas si entiende que sus creencias han sido vulneradas en el devenir de la relación laboral. La segunda parte del precepto, coherente con la primera parte, reconoce el derecho a exteriorizar la religión o la creencia de la naturaleza que sea; es decir, el precepto fue diseñado de una manera suficientemente flexible para englobar el máximo de supuestos, lo que supone una clara ventaja en el ámbito laboral: creencias religiosas, creencias políticas, las creencias de un ateo, las creencias de un seguidor de una secta minoritaria y sin reconocimiento oficial, etc. El término “creencia” fue introducido en el art. 18 para proteger las convicciones no religiosas, como el ateísmo o el agnosticismo¹⁰²⁸.

Es de señalar que la Declaración contiene un redactado muy neutro y obvia cualquier referencia a la deidad o a cualquier otro concepto que desde un punto de vista religioso alterara dicha neutralidad, en consonancia con la imparcialidad que ha de preponderar a la hora de reconocer los derechos fundamentales¹⁰²⁹. De hecho, y a pesar de un importancia práctica, de 174 Estados que adoptaron una Constitución después de la

¹⁰²⁷ En relación a la referencia a la dignidad contenida en el citado art. 1 se ha manifestado lo siguiente: “*Con ello se deja claro que la dignidad es, quizá, el elemento consustancial e identificador de la persona humana, que la hace diferente de los demás seres vivos. Una persona la que se arranque su dignidad, deja de ser persona*”. SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio: *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2005, p. 53.

¹⁰²⁸ LERNER: “Religious human rights...”, en AAVV: *Religious human rights...*, op. cit., p. 87.

¹⁰²⁹ “*The legislative history of the Universal Declaration of Human Rights underscores the religious impartiality of human rights. The drafters –as the result, to be sure, of considerable controversy–deliberately refrained from including references to a deity or to the immortal destiny of human beings. That decision is consonant with the requirements of nondiscrimination*”. LITTLE, David: “Studying «religious human rights»: methodological foundations”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, pp. 56-57. Dicho posicionamiento legislativo contrasta, por ejemplo, con el constituyente español, que no duda en hacer referencia a la Iglesia Católica en el redactado del art. 16.3 CE. Del mismo autor puede consultarse LITTLE, David: “Religious liberty”, en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 249-270.

entrada en vigor de la Declaración, sólo unos 31 adoptaron una fórmula igual o semejante a la expuesta del art. 18¹⁰³⁰.

La Observación general nº 22 de los Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993) aclara que *“el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (que incluye la libertad de tener creencias) en el párrafo 1 del artículo 18 es profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas”* (1), por lo que afirma que dicho precepto *“protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos «creencias» y «religión» deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. Por eso, el Comité ve con preocupación cualquier tendencia a discriminar contra cualquier religión o creencia, en particular las más recientemente establecidas, o las que representan a minorías religiosas que puedan ser objeto de la hostilidad por parte de una comunidad religiosa predominante”* (2). Por último, la Observación general lista alguna de las manifestaciones típicas a partir de las cuales se manifiesta la libertad de culto, que como se puede apreciar muchas de las cuales pueden influir potencialmente de un modo u otro en la relación laboral: *“La libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades. El concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, comprendidos la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto. La observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo. Además, la práctica y la enseñanza de la religión o de las creencias incluyen actos que son parte integrante de la forma en que los grupos religiosos llevan a cabo sus actividades fundamentales, como ocurre con la libertad de escoger a sus dirigentes religiosos, sacerdotes y maestros, la libertad de establecer seminarios o escuelas religiosas y la libertad de preparar y distribuir textos o publicaciones religiosos”* (5).

El art. 19 refuerza aún más la exteriorización de las ideas, del tipo que sean: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”*. El art. 23.2 prohíbe expresamente una tipología de discriminación que sólo se puede materializar en el seno de una relación laboral: *“Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”*. En el art. 26.2 aparece por primera vez el término “tolerancia” al referirse a la función de la educación: *“La educación*

¹⁰³⁰ PALOMINO LOZANO: *Religión y derecho...*, op. cit., p. 48.

tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.

Por último, el art. 29.2 establece los límites al ejercicio de los derechos enunciados: *“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigen”.*

Finalmente, por la temática objeto de la presente investigación, es necesario señalar que el 19 de septiembre de 1981, propiciada por la UNESCO y preparada por la Liga Árabe, fue presentada en París la Declaración Universal Islámica de Derechos Humanos¹⁰³¹.

c) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

El Convenio de Roma, suscrito por los Estados miembros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, fija un estándar mínimo y común en materia de derechos. Por dicha razón, y desde un punto de vista sustantivo, no sólo se ven reforzados los derechos fundamentales de los ciudadanos (el Convenio es directamente aplicable de acuerdo con el art. 96.1 CE al formar parte del ordenamiento español), sino que a dicho efecto beneficioso se puede añadir que la jurisprudencia vertida en su aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰³² ha servido de canon interpretativo para los órganos jurisdiccionales españoles, en particular del Tribunal Constitucional, ex art. 10.2 CE. Finalmente, no se pueden desconocer las ventajas adjetivas que pone en manos de los ciudadanos que entiendes vulnerados sus derechos. De este modo, el Convenio permite a los ciudadanos demandar frente al Tribunal mediante la presentación de una demanda individual regulada en el art. 34¹⁰³³. Así, se puede afirmar que el primer asunto conocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa fue la

¹⁰³¹ Para un comentario sobre dicha Declaración *vid.* BUENO SALINAS y GUTIÉRREZ DEL MORAL: *Proselitismo...*, *op. cit.*, pp. 86-90.

¹⁰³² El art. 32.1 del Convenio fija la competencia del Tribunal: *“La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos (...)”.*

¹⁰³³ Dicho precepto amplía la legitimación activa más allá de los ciudadanos: *“El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.* Sobre la efectiva incidencia del Convenio como norma del ordenamiento *vid.* GARCÍA ORTIZ, Luis: *“El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales como norma del ordenamiento jurídico español. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo del Derechos Humanos”.* *Boletín Aranzadi Penal*, 1/2004 (BIB 2003, 1486), pp. 27-49.

STEDH de 25 de mayo de 1993, caso Kokkinakis contra Grecia (TEDH 1993, 21), que trató del proselitismo en relación a los Testigos de Jehová¹⁰³⁴.

Su art. 8.1, uno de los más alegados judicialmente, afirma que *“toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”*. Los límites se encuentran en el apartado segundo del mismo artículo: *“No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*.

A su vez, el art. 9.1 reconoce el derecho a la libertad de pensamiento en un sentido amplio, como suele ser lo habitual en el Derecho Internacional, como plasmación de la evolución histórica del concepto¹⁰³⁵: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”*. Como se puede apreciar, el legislador internacional opta por regular en el mismo precepto, en su primera parte, las tres libertades clásicas del liberalismo. En la segunda parte del precepto se reconoce el derecho a cambiar de convicción, ya sea religiosa o de otra índole; e, *in fine*, se reconoce el derecho a exterioriza las convicciones en sus distintas formas¹⁰³⁶.

Es interesante destacar que no sólo se hace referencia a las creencias religiosas y a las no religiosas, incluida la facultad de que cada persona (religiosa, agnóstica o atea) de que pueda ajustar la conducta a sus más íntimas convicciones¹⁰³⁷; sino que se extiende el reconocimiento del derecho a todas las personas, es decir, ya se sea ciudadano, ya se sea extranjero; ya se esté en un país de forma regular o irregular desde el punto de vista

¹⁰³⁴ Sobre la sentencia puede consultarse GUNN, Jeremy T.: “Adjudicating rights of conscience under the European Convention of Human Rights”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, pp. 305-330.

¹⁰³⁵ “One can discern in Article 9 the strata of older, narrower conceptions of religious liberty that have been deposited in the course of the historical broadening of religious freedom over time until the modern expansive protections have been attained”. DURHAM JR: “Perspectives on religious...”, en AAVV: *Religious human..., op. cit.*, p. 26.

¹⁰³⁶ Así, la vertiente externa del derecho comprende también *“to practice and observe religious beliefs – to follow dietary rules, to observe religious holydays and Sabbaths, to participate in ordinations, to hold church courts, to enjoy religious festivals, and so forth. Without this extension into the external world, religious liberty is largely meaningless”*. DURHAM JR: “Perspectives on religious...”, en AAVV: *Religious human..., p. 30*.

¹⁰³⁷ Así, se ha señalado que la finalidad del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión reconocido en el Convenio consiste en la *“tutela de la autonomía individual en dos ámbitos de particular significado para la persona humana: la libertad de creer y actuar en consecuencia. Es decir, proteger la libertad del individuo para proporcionar una respuesta personal a las cuestiones cruciales a las que todo ser humano ha de enfrentarse (quiénes somos, de dónde venimos, adónde vamos); y, paralelamente, la libertad para comportarse en la propia vida de acuerdo con esas respuestas. Toda respuesta a esas cuestiones es considerada igualmente válida desde la perspectiva del Convenio Europeo: ya sean religiosas o no religiosas (agnósticas o ateas). Porque en realidad, cualquier respuesta a esas cuestiones es, en algún sentido, una creencia, a pesar de que el término «creyente» suela reservarse para las personas que poseen creencias de signo religioso”*. MARTÍNEZ-TORRÓN: “La tragedia...”, *op. cit.*, p. 28.

de la legislación de extranjería¹⁰³⁸. Así, dicho precepto le será de aplicación a un trabajador español que preste servicios en España; a un trabajador alemán que preste servicios en España (no será ciudadano español); y a un trabajador paquistaní que preste servicios en España sin ser titular de una autorización de residencia y trabajo.

Tampoco explicita el art. 9.1 el derecho a la objeción de conciencia. Al respecto la STEDH de 7 de julio de 2011, caso Bayatyan contra Armenia, ha declarado la siguiente: "*A este respecto, el Tribunal señala que el artículo 9 no habla expresamente del derecho a la objeción de conciencia. Considera, de todas maneras, que la oposición al servicio militar, cuando está motivada por un conflicto grave e insuperable entre la obligación de servir en el ejército y la conciencia de una persona en la que sus convicciones sinceras y profundas, de naturaleza religiosa u otra, constituyen una convicción que alcanza un grado suficientemente fuerte, serio coherente e importante para implicar la aplicación de las garantías del artículo 9 (véase, mutatis mutandis, Campbell y Cosans contra reino Unido, 25 de febrero 1982, ap. 36, serie A núm. 48, y, a contrario, Pretty contra Reino Unido, núm. 2346/02, ap. 82, TEDH 2002-III). En cuanto a saber si y en qué medida la objeción al servicio militar pertenece a este artículo, la cuestión debe ser examinada en función de las circunstancias propias de cada asunto*" (110).

El art. 9.2 aclara los límites del ejercicio de los citados derechos, unas limitaciones con grandes similitudes a las establecidas para el derecho a la vida privada (art. 8.2): "*La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás*". Nótese como el art. 8.2 habla de "injerencia de la autoridad pública", sin que se haga referencia alguna a los particulares; en cambio, en el art. 9.2 no se describe los eventuales sujetos de la limitación de los derechos: ¿la autoridad pública?, ¿un sujeto privado como podría ser un empresario? De hecho, la redacción del precepto es casi idéntica a la llevada a cabo en el art. 12.3 de la Convención Americana sobre derechos humanos suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (1969) y que es del siguiente tenor: "*La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás*". Resáltese como en el redactado americano no se hace referencia a que "*constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática*".

En el art. 10 del Convenio se reconoce el derecho a la libertad de expresión y sus limitaciones.

Por su parte, el art. 14 hace referencia a la prohibición de discriminación en los siguientes términos: "*el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*"¹⁰³⁹. Tampoco en este

¹⁰³⁸ "This is one of the most fundamental achievements of the law or religious freedom in this century, and in that sense represents a relatively recent universalization of religious freedom claims". DURHAM JR: "Perspectives on religious...", en AAVV: *Religious human...*, op. cit., pp. 26-27.

¹⁰³⁹ Sobre el relevante rol que juega el Consejo de Europa y sus Recomendaciones en materia de integración y no discriminación de los inmigrantes puede examinarse TERRÁDEZ SALOM, Daría: "El

caso se establece un listado cerrado de supuestos como consecuencia de la introducción en el citado precepto de la referencia abierta a “cualquier otra situación”. Se trata de un precepto cuyo ámbito de aplicación es expansivo, tal y como pone de manifiesto la STEDH de 22 de diciembre de 2009, caso Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina: *"The prohibition of discrimination in Article 14 thus extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and the Protocols require each State to guarantee. It applies also to those additional rights falling within the general scope of any Convention article, for which the State has voluntarily decided to provide"* (39).

Además, hay que tener en cuenta el Protocolo Adicional nº 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la protección contra la discriminación, que es la respuesta del Consejo de Europa a los déficits detectados en materia de discriminación. Dicho protocolo, que fue firmado por España el 4 de octubre de 2010, ratificado el 13 de febrero de 2008 y entró en vigor el 16 de junio de 2008, establece en su art. 1.1: *"El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación"*. La redacción del precepto permite concluir que prohíbe la discriminación en el ejercicio de cualquier derecho reconocido en la legislación interna de los Estados, tanto si está garantizado por el Convenio o sus Protocolos como si no lo está.

La jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adquirido una especial relevancia en España desde la promulgación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que ha diseñado un recurso de casación para la unificación de doctrina que tiene en cuenta, entre otras posibilidades, la doctrina vertida por el citado Tribunal. Así, el art. 219.1 LRJS recoge la concepción tradicional de dicho recurso: *"El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos"*.

No obstante, su apartado segundo prevé expresamente que se pueda alegar la doctrina emanada de órganos jurisdiccionales supranacionales en los siguientes términos: *"Podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. La sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado. Con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá*

consejo de Europa y la integración de los inmigrantes: recomendaciones políticas". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2012, núm. 31, pp. 273-286. Sobre la evolución del art. 14 CEDH vid. CASTRO JOVER: "Interculturalidad y Derecho...", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho...*, op. cit., pp. 39-44.

invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario".

d) Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958

Es interesante el apartado 1 del artículo 1, que ofrece una definición de lo que el Tratado entiende por discriminación¹⁰⁴⁰. El texto normativo comentado entiende que es discriminación *"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 y la ocupación"*. No obstante haberse recogido los supuestos discriminatorios "clásicos", se establece a continuación una herramienta para adaptar la normativa: se entenderá por discriminación *"cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados"*¹⁰⁴¹.

En opinión de TOMEI, la discriminación en el marco de la OIT consiste en una diferenciación de trato basada en las características personales de un individuo y no en su perfil profesional, que puede ser perfectamente idóneo para el empleo de que se trate¹⁰⁴². Imagínese un soldador que realiza sus cometidos con total solvencia profesional. Sin embargo, la empresa tiene conocimiento de que dicho trabajador se ha convertido a determinada religión que no es de su agrado, y por dicha razón, y a pesar de ejecutar aquél la prestación contratada de forma óptima, la empresa le otorga un trato diferente e inferior al de cualquier otro trabajador que no es creyente de la citada confesión religiosa. La creencia religiosa sobrevenida una vez suscrito el contrato de trabajo sería una característica personal, que puede ser perfectamente mutable en el tiempo, y ajena a la solvencia profesional del trabajador. A estos efectos, el art. 1.2 aclara: *"Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación"*. El art. 4 establece una excepción que pudiera tener incidencia en unos tiempos como los actuales en que trabajadores de determinadas creencias religiosas son considerados en muchas ocasiones, y sin ningún tipo de pruebas o indicios consistentes, como presuntos terroristas: *"No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad*

¹⁰⁴⁰ Fue publicado en el BOE de 4 de diciembre de 1968.

¹⁰⁴¹ El concepto flexible de discriminación utilizado por la OIT es el resultado de las técnicas legislativas utilizadas por dicha organización. Así, *"la técnica utilizada para elaborar normas se ha caracterizado por la preocupación creciente de dar toda la flexibilidad necesaria a textos destinados a países cuyas condiciones económicas y sociales y cuyos sistemas jurídicos varían considerablemente"*. VALTICOS, Nicolás: "La Organización Internacional del Trabajo: cincuenta años de actividades normativas". *Revista Internacional del Trabajo*, 1996, vol. 115, núms. 3-4, p. 438. Se trata de un texto de 1969 publicado en un número retrospectivo de los 75 años de la Revista Internacional del Trabajo. Es más, en opinión del citado autor *"para tener en cuenta la variedad de situaciones nacionales se ha puesto gran empeño en redactar los convenios con toda la flexibilidad necesaria, sin que ésta los prive de todo significado"* (p. 439).

¹⁰⁴² TOMEI, Manuela: "Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo". *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, núm. 4, p. 442.

perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.

e) Carta Social Europea (Turín 18 de octubre de 1961)

Se trata de una norma cuyos gobiernos signatarios son miembros del Consejo de Europa¹⁰⁴³. El Preámbulo hace referencia a la consideración de que el goce de los derechos sociales *“debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social”*. En la Parte I del texto normativo hay que destacar los Acuerdos 18 y 19. El 18 reza de la siguiente manera: *“Los nacionales de cada una de las partes contratantes tienen derecho a ejercer, en el territorio de otra parte, cualquier actividad lucrativa en condiciones de igualdad con los nacionales de esta última, a reserva de las restricciones basadas en motivos imperiosos de carácter económico o social”*. Como complemento normativo a dicha previsión, el Pacto 19 trata de los trabajadores migrantes: *“Los trabajadores migrantes nacionales de cada una de las partes contratantes y sus familias tienen derecho a la protección y a la asistencia en el territorio de cualquiera otra parte contratante”*.

En la Parte II el art. 2.5 reconoce el derecho al descanso semanal mediante una alusión a la tradición que claramente puede tener una connotación de naturaleza religiosa dependiendo del país de que se trate: *“A garantizar un reposo semanal que coincida en lo posible con el día de la semana reconocido como día de descanso por la tradición y los usos del país o la región”*. Resulta patente que en España dicho día reconocido tradicionalmente como de descanso es el domingo.

f) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966¹⁰⁴⁴. Su art. 2.1 es claro al afirmar que *“cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. Como se puede apreciar, la norma parte de una concepción muy amplia a la hora de reconocer los derechos, sin que sea aceptable limitarlos o no reconocerlos mediante el establecimiento de una enérgica cláusula de prohibición de la discriminación.

El art. 18.1 reconoce el derecho a la libertad de pensamiento en un sentido amplio: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”*. El apartado segundo complementa el citado derecho: *“Nadie*

¹⁰⁴³ Fue ratificada por Instrumento de 29 de abril de 1980 y publicada en el BOE de 26 de junio del mismo año.

¹⁰⁴⁴ Norma publicada en el BOE de 30 de abril de 1977.

será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección”. La fijación de límites al ejercicio del derecho se lleva a cabo en el apartado tercero: “La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”. Nótese como no se cita como limitación, por ejemplo, un concepto tan arraigado (especialmente después de los atentados de 11 de septiembre de 2011 en Nueva York)¹⁰⁴⁵ cual es el de seguridad nacional. En todo caso, las limitaciones han de ser interpretadas de forma restrictiva¹⁰⁴⁶.

En el art. 19 se reconoce la libertad de expresión. El art. 20.2 refuerza los preceptos citados en materia religiosa con una prohibición que necesita de desarrollo legal para su aplicación: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

El art. 20 establece la igualdad frente a la Ley: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Finalmente, en el art. 27 se recoge una nueva prohibición en relación a las minorías: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

g) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966¹⁰⁴⁷. Su artículo 2.2 dispone: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Parece lo apropiado que la expresión “o cualquier otra condición social” deba entenderse en un sentido amplio, ya no sólo porque dentro del campo semántico del término “condición social” pueden englobarse muchas situaciones, sino también porque la enumeración llevada a cabo no realiza una referencia estricta a condiciones

¹⁰⁴⁵ En relación a dicho atentado, por cierto, muchas veces se olvida que afectó a algunos de los centros de trabajo con diversidad religiosa más alta, aspecto que sí ha sido tenido en cuenta por algunos autores estadounidenses: “Public attention to religion vis-à-vis the World Trade Center has focused on the beliefs - and actions - of the suicidal hijackers. The discussion has tended to overlook another significant reality. The World Trade Center was one of the most religiously diverse collections of workplaces in one of the most religiously cities in the United States. Precise figures about the backgrounds of the victims, of course, are not known (and never will be known). Reliable data, however, point to the fact that these people were citizens of over sixty countries, with some reports placing the numbers as high as eighty. An American Red Cross chaplain at Ground Zero stated that, taken together, the victims' families speak some 180 languages”. HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 14.

¹⁰⁴⁶ LERNER: “Religious human...”, en AAVV: *Religious human...*, op. cit., p. 92.

¹⁰⁴⁷ Norma publicada en el BOE de 30 de abril de 1977.

sociales. Por ejemplo, la cualidad “sexo” es un término biológico, por lo tanto referente al individuo (diferente es que se hubiera utilizado el término “género”). En cambio “posición económica” tiene un carácter relacional, más sociológico, referente al sitio que ocupa el individuo en relación a otros¹⁰⁴⁸.

El art. 7 de la norma reconoce una serie de derechos en materia laboral. En concreto en su apartado a, i) se reconoce un derecho y, al mismo tiempo, una prohibición de discriminación: “*Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual*”. Es de destacar que el apartado d) reconoce el derecho de los trabajadores al disfrute de los días festivos con la oportuna remuneración, pero nótese como la norma evita cualquier concepción de los descansos y festividades que denote a doctrina religiosa alguna: “*El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos*”. Como es natural, el legislador internacional diseñó una norma ideológicamente neutra (al menos en lo posible), que fuera de fácil adopción por países con poblaciones de creencias religiosas muy diversas.

h) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial

Dada la evidente relación entre la discriminación racial y la discriminación por motivos religiosos hay que citar esta norma internacional¹⁰⁴⁹. Para dicho texto constituye discriminación racial “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública*” (art. 1.1).

Así, en el art. 5 se reconoce, entre otros, los derechos a “*la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*”; “*a la libertad de opinión y de expresión*”; y “*al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria*”.

i) Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante (Estrasburgo, 24 de noviembre de 1977)¹⁰⁵⁰

Como ya se deduce de su escueto Preámbulo, la norma muestra una especial preocupación por la igualdad de trato de los trabajadores que prestan servicios en otro país respecto a los trabajadores oriundos de éste. Además, ésta es una norma

¹⁰⁴⁸ Compárese esta expresión con la más completa del art. 14 CE: “...o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por su parte, RODRÍGUEZ - PIÑERO Y FERNÁNDEZ LÓPEZ diferencian entre características individuales (color, raza, sexo) y características sociales (lengua, origen social, religión). RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda: *Igualdad y discriminación*. 1^a edición. Madrid: Tecnos, 1986. p. 91.

¹⁰⁴⁹ La norma fue publicada en el BOE de 17 de mayo de 1969.

¹⁰⁵⁰ Dicha norma fue publicada en el BOE el 18 de junio de 1983.

especialmente relevante en relación a los efectos de la presente investigación, pues lo más probable es que muchos de los trabajadores migrantes tengan una religión diferente a la mayoritaria en España. El art. 10.3, dedicado a la acogida que debe prestar el país destinatario al trabajador migrante y su familia, establece que “*cada Parte Contratante se compromete a asegurar a los trabajadores migrantes y miembros de sus familias la libertad de practicar el culto correspondiente a su confesión les facilitará, dentro de los medios disponibles, la práctica de este culto*”. Es decir, España no sólo debería reconocer y respetar la libertad de los trabajadores migrantes que acoge a practicar el culto que corresponda a sus creencias, sino que debería facilitar los medios materiales necesarios para el efectivo ejercicio de dicho derecho. En ningún caso, de este precepto se desprende obligación alguna para las empresas contratantes de dichos trabajadores migrantes. Así pues, como mucho el Estado, que sí es parte contratante de la norma internacional, podría colaborar con las empresas para hacer efectivo el derecho. No es infrecuente que muchos trabajadores migrantes accedan al país y se desplacen directamente a la zona donde tienen que prestar servicios, por ejemplo, a una zona donde se esté construyendo una infraestructura ferroviaria o una plantación donde deba recogerse fruta. En estos casos, lo más habitual es que no haya ningún tipo de infraestructura para que los trabajadores puedan cubrir sus necesidades religiosas.

El artículo 16.1 (“Condiciones de trabajo”) establece que “*los trabajadores migrantes autorizados [en ningún caso se hace referencia a los trabajadores en situación irregular] disfrutarán de un tratamiento no menos favorable que el que se reserve a los trabajadores nacionales (...)*”. El apartado 2 del mismo artículo aclara: “*No se podrá derogar por contrato individual el principio de igualdad de trato, a que hace referencia el párrafo anterior*”.

j) Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones

Nunca ha progresado en el seno de las Naciones Unidas una convención sobre libertad religiosa¹⁰⁵¹. Fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981. Su art. 1.1 reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión de forma amplia: “*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza*”¹⁰⁵². El apartado segundo lo complementa recogiendo la prohibición de obligar al individuo a elegir sus propias ideas:

¹⁰⁵¹ “*La libertad religiosa es, pues, la gran «olvidada» de las libertades. Es la cenicienta de las libertades fundamentales*”. BENASULY: “Los judíos...”, en AAVV: *La nueva realidad...*, op. cit., p. 121.

¹⁰⁵² Es obvio que la protección jurídica otorgada a las ideas o pensamientos triviales no será la misma que la que protege las convicciones más nucleares e íntimas de la persona: “*While even trivial thoughts and beliefs are generally protected against interference or unfair discrimination by the «freedom of thought» provision, fundamental beliefs related to conscience or to commitments of a religious or similar sort occupy a specially privileged status. Unlike just any thought or belief, fundamental beliefs may serve, under prescribed conditions, as the basis for legal exemptions and immunities, as, for example, in the case of conscientious objection*”. LITTLE: “Studying «religious human rights»...”, en AAVV: *Religious human rights...*, op. cit., p. 50.

“Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección”. El apartado tercero prevé las limitaciones habituales para el ejercicio de los derechos antedichos: *“La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.*

El art. 2 contiene la tutela antidiscriminatoria. Su apartado primero regula la prohibición de discriminar que afecta a los poderes públicos y a los sujetos privados: *“Nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares”.* Por su parte, el apartado dos lleva a cabo una definición de lo que la norma entiende por “discriminación”: *“A los efectos de la presente Declaración, se entiende por «intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones» toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.*

El art. 3 contiene un precepto de redacción original pues, entre otros extremos, describe cómo la discriminación provoca una afectación a la dignidad humana y parece dirigirse a las relaciones entre sujetos privados: *“A los efectos de la presente Declaración, se entiende por «intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones» toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”*¹⁰⁵³.

El art. 4.1 contiene un precepto programático dirigido a los Estados que, por su contenido, incluye claramente a la eliminación de discriminaciones en el puesto de trabajo: *“Todos los Estados adoptarán medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural”.*

Finalmente, por su clara afectación al mundo del trabajo, se debe citar el derecho reconocido en el art. 6.h): *“La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción”.*

k) Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Fue adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. La convención es de aplicación a *“todos los trabajadores migratorios*

¹⁰⁵³ En relación a los arts. 2 y 3 de la Declaración se ha apuntado que *“not every preference based on religion or belief can be considered discriminatory, and thus prohibited. An example may be a concordat between a state with a predominately Catholic population and the Holy See, according to which some preferences are granted to the Vatican as compared to other religions institutions. Many states declare as public holidays the days sacred to the majority of the population, and this would not be discrimination if observance of the minorities holy days is duly protected, as far as possible”.* LERNER: “Religious human rights...”, en AAVV: *Religious human rights...*, op. cit., pp. 120-121. Sobre la temática de los festivos se volverá en el apartado correspondiente.

y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.

A día de hoy, la mayoría de países receptores de trabajadores migrantes no lo han ratificado, entre ellos España. De hecho, ningún país de la Unión Europea lo ha ratificado¹⁰⁵⁴.

l) Recomendación 1162 (1991) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la contribución de la civilización islámica en la cultura europea

Dicha recomendación parte del origen multicultural de Europa, tal y como se explicó en la primera parte de la presente investigación: “*Multicultural Europe is based on humanist and religious traditions, which are the source of its dedication to freedom and human rights (...)*” (Punto 2). Desde hace siglos el islam ha desplegado una relevante influencia en Europa: “*(...) Islam in its different forms has over the centuries had an influence on European civilisation and everyday life, and not only in countries with a Muslim population such as Turkey. The new Europe as well is becoming increasingly subject to influences from Islam, not only through the regions of predominantly Islamic culture such as Albania or some southern republics of the USSR, but also by immigration from the wider Islamic world*” (Punto 4). Es destacable que la Asamblea insta a los Estados, entre ellos España, a que faciliten en lo posible a los musulmanes que se encuentren en cada país que puedan llevar a cabo las exigencias de su religión: “*Governments should encourage dialogue between Islamic communities and the competent authorities to provide for the religious requirements of their faith (such as holy days, prayer rules, dress and food), while respecting the customs of the host country, in addition to the usual provisions for the association and representation of immigrant and indigenous Islamic communities*”¹⁰⁵⁵.

m) Recomendación 1178 (1992) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre sectas y nuevos movimientos religiosos

Dicha Recomendación parte de una consideración importante: “*It considers that the freedom of conscience and religion guaranteed by Article 9 of the European Convention on Human Rights makes major legislation on sects undesirable, since such legislation might well interfere with this fundamental right and harm traditional religions*” (Punto 5). A los presentes efectos deben resaltarse dos de la recomendaciones llevadas a cabo. La primera consistente en que “*consideration should be given to introducing legislation, if it does not already exist, which grants corporate status to all sects and new religious movements which have been registered, together with all offshoots of the mother sect*”. La segunda hace referencia a los trabajadores que prestan servicios para sectas: “*persons working for sects should be registered with social welfare bodies and guaranteed social*

¹⁰⁵⁴ MONEREO PÉREZ: “Las políticas de inmigración...”, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁵⁵ Existe una recomendación anterior en relación al judaísmo, la Recomendación 885 (1987) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la contribución judía en la cultura europea. Sin embargo, su contenido no tiene una influencia directa sobre el mundo del trabajo.

welfare coverage, and such social welfare provision should also be available to those deciding to leave the sects”.

n) Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas

Fue aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992. El art. 1.1 recoge una obligación programática dirigida a los Estados: *“Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad”*.

El art. 2, apartados primero y segundo, prevén derechos de los individuos pertenecientes a una minoría y que pueden tener afectación a la relación laboral. Concretamente el apartado primero se expresa de la siguiente manera: *“Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (en lo sucesivo denominadas personas pertenecientes a minorías) tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo”*. Del mismo modo, el apartado segundo hace mención expresa al ámbito económico, por lo que se debe incluir el puesto de trabajo: *“Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública”*.

El art. 3 prevé la oportuna prohibición de discriminación. En su apartado primero se establece la regla general: *“Las personas pertenecientes a minorías podrán ejercer sus derechos, incluidos los que se enuncian en la presente Declaración, individualmente así como en comunidad con los demás miembros de su grupo, sin discriminación alguna”*. El apartado segundo, por su lado, perfecciona la tutela antidiscriminatoria: *“Las personas pertenecientes a minorías no sufrirán ninguna desventaja como resultado del ejercicio o de la falta de ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración”*.

o) Recomendación 1202 (1993) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre tolerancia religiosa en una sociedad democrática

Dicha recomendación parte de que la religión *“provides an enriching relationship for the individual with himself and his god, as well as with the outside world and the society in which he lives”* (Punto 3). Asimismo se constata que los movimientos migratorios, tal y como ocurre en España, provocan que las sociedades sean más plurales desde el punto de vista religioso: *“Mobility within Europe and migratory movements to Europe have always resulted in the meeting of differing world views, religious beliefs as well as notions of human existence”* (Punto 4). En opinión del citado organismo, las tres religiones monoteístas principales permiten perfectamente la tolerancia: *“In each of the three main monotheistic religions a basis can be found for tolerance and mutual respect towards people with differing beliefs or towards non-believers. Every human being is viewed as the creation of the one God and, as such, is due the same dignity and the same rights, regardless of his convictions”* (Punto 11). Por otro lado, se parte del hecho de que la libertad religiosa se asienta en la dignidad de la persona (Punto 14) y que el Estado no puede imponer obligaciones religiosas a sus ciudadanos (Punto 15). Así, por un lado la

Asamblea recomienda “to guarantee religious freedom, freedom of conscience and freedom of worship” y, por otro, “to allow for flexibility in the accommodation of different religious practices (for example in dress, eating and observance of holy days)”. Esta última Recomendación es muy relevante en el ámbito laboral, pues su efectiva práctica ayudaría a contribuir que la libertad religiosa y de conciencia se respetara de forma plena en el seno de la relación laboral, de forma que el ejercicio de dichos derechos se compatibilizara en lo posible con otros derechos que pudieran concurrir.

p) Convenio marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa

Dicho texto data de 1 de febrero de 1995¹⁰⁵⁶. El art. 4.1 establece el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación en relación a los miembros de minorías nacionales: “Las Partes se comprometen a garantizar a las personas pertenecientes a minorías nacionales el derecho a la igualdad ante la ley y a una protección igual por parte de la ley. A este respecto, se prohibirá toda discriminación fundada sobre la pertenencia a una minoría nacional”. El art. 7 reconoce derechos como el de pensamiento, conciencia y religión: “Las Partes asegurarán a toda persona perteneciente a una minoría nacional el respeto de los derechos de libertad de reunión pacífica, de libertad de asociación, de libertad de expresión y de libertad de pensamiento, de conciencia o de religión”. Como complemento a dichos derechos, el art. 8 reconoce el derecho a manifestar las creencias: “Las Partes se comprometen a reconocer que toda persona perteneciente a una minoría nacional tiene el derecho a manifestar su religión o creencias, así como el derecho a crear instituciones religiosas, organizaciones y asociaciones”. El art. 9 reconoce el derecho a expresión en unos términos muy amplios.

q) Declaración de principios sobre la tolerancia

Fue aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de noviembre de 1995. En su art. 1 define la tolerancia con gran profusión de detalles, expresándose qué es tolerancia y qué no se considera tal. En su primer apartado se describe la tolerancia de esta forma tan bella: “La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos. La fomentan el conocimiento, la actitud de apertura, la comunicación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. La tolerancia consiste en la armonía en la diferencia. No sólo es un deber moral, sino además una exigencia política y jurídica. La tolerancia, la virtud que hace posible la paz, contribuye a sustituir la cultura de guerra por la cultura de paz”. Su apartado segundo deja bien claro que la tolerancia no sólo debe exigirse a los poderes públicos, sino que deber regir también en las relaciones *inter privatos*, es decir, también en las relaciones entre empresa y trabajador, o entre trabajadores. Y, en todo caso, no se trata de un deber de “dejar hacer”, de simplemente permitir, sino que requiere de una actitud activa de los citados sujetos: “Tolerancia no es lo mismo que concesión, condescendencia o indulgencia. Ante todo, la tolerancia es una actitud activa de reconocimiento de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás. En ningún caso puede utilizarse para justificar el quebrantamiento de estos valores fundamentales.

¹⁰⁵⁶ Publicado en el BOE de 23 de enero de 1998.

La tolerancia han de practicarla los individuos, los grupos y los Estados". Por otro lado, el apartado tercero relaciona la tolerancia con el pluralismo y con la democracia, conceptos que confronta con el dogmatismo y el absolutismo. Por último, el apartado cuarto, fija la tolerancia como instrumento de la convivencia, como expresión del derecho de cada individuo a tener sus propias convicciones.

En el apartado primero del art. 3 se enfatiza la importancia de la tolerancia en el mundo actual, donde la economía se ha globalizado y las poblaciones se desplazan continuamente. En dicho contexto, el apartado segundo hace referencia a la tolerancia entre sujetos privados y específicamente en el puesto de trabajo: *"La tolerancia es necesaria entre los individuos, así como dentro de la familia y de la comunidad. El fomento de la tolerancia y la inculcación de actitudes de apertura, escucha recíproca y solidaridad han de tener lugar en las escuelas y las universidades, mediante la educación extraescolar y en el hogar y en el lugar de trabajo. Los medios de comunicación pueden desempeñar una función constructiva, facilitando un diálogo y un debate libres y abiertos, difundiendo los valores de la tolerancia y poniendo de relieve el peligro que representa la indiferencia al ascenso de grupos e ideologías intolerantes"*. El apartado tercero recuerda que los grupos vulnerables desde un punto de vista social deben ser protegidos en el empleo, y debe facilitarse su integración y promoción profesional.

r) Recomendación 1396 (1999) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre religión y democracia

El texto parte de la premisa de que la política y la religión tienen ámbitos de actuación diferenciados: *"It is not up to politicians to decide on religious matters. As for religions, they must not try to take the place of democracy or grasp political power; they must respect the definition of human rights, contained in the European Convention on Human Rights, and the rule of law"* (Punto 4). Por otra parte, la democracia y la religión pueden ser perfectamente compatibles: *"Democracy and religion need not be incompatible; quite the opposite. Democracy has proved to be the best framework for freedom of conscience, the exercise of faith and religious pluralism. For its part, religion, through its moral and ethical commitment, the values it upholds, its critical approach and its cultural expression, can be a valid partner of democratic society"* (Punto 5).

Naturalmente la Asamblea recuerda que hay que garantizar las libertades de conciencia y religiosa, de acuerdo con lo establecido en la Convención Europa de Derechos Humanos; ahora bien, recomienda defender el pluralismo religioso permitiendo que las diversas confesiones se puedan desarrollar en identidad de condiciones. Asimismo, y de acuerdo con el art. 9 de la Convención, se recomienda facilitar *"the observation of religious rites and customs, for example with regard to marriage, dress, holy days (with scope for adjusting leave) and military service"*.

s) Recomendación 1412 (1999) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre actividades ilegales de las sectas

Dicha recomendación complementa la citada 1178 (1992) sobre sectas y nuevos movimientos religiosos. La Asamblea parte de su respeto por la libertad de conciencia y religiosa: *"It recognises religious pluralism as a natural consequence of freedom of*

religion. It regards state neutrality and equal protection before the law as fundamental safeguards against any form of discrimination and therefore calls upon state authorities to refrain from taking measures based on a value judgment concerning beliefs” (Punto 2). Es interesante destacar que, desde un punto de vista legal, la Asamblea considera innecesario definir qué es una secta, o si la doctrina de una secta debe considerarse religión: *“The Assembly has come to the conclusion that it is unnecessary to define what constitutes a sect or to decide whether it is a religion or not. However, there is some concern about groups that are thought of as sects, whatever religious, esoteric or spiritual description they adopt, and this needs to be taken into account”* (Punto 5). Lo que es decisivo es si las actividades de dichas organizaciones, sean consideradas sectas o no, o constituyan una religión o no, sean compatibles con los principios de una sociedad democrática y en particular con el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Punto 6). De las recomendaciones llevadas a cabo cabe destacar dos. La primera es la que insta a los gobiernos *“to use the normal procedures of criminal and civil law against illegal practices carried out in the name of groups of a religious, esoteric or spiritual nature”*. Es decir, en el ámbito del trabajo por cuenta ajena la Administración Laboral debe fiscalizar si dichas sectas cometen irregularidades en el ámbito de su competencia, y si es así, se debe aplicar la normativa laboral que proceda, sin que el hecho de que la empleadora constituya una secta u organización análoga se convierta en obstáculo o especialidad alguna. En segundo lugar, los gobiernos deben tomar *“firm steps against any action which is discriminatory or which marginalises religious or spiritual minority groups”*.

t) Resolución 1510 (2006) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre libertad de expresión y respeto por las creencias religiosas

La resolución parte de un hecho indiscutible, pero que es obviado a menudo: *“The Assembly emphasises the cultural and religious diversity of its member states. Christians, Muslims, Jews and members of many other religions, as well as those without any religion, are at home in Europe. Religions have contributed to the spiritual and moral values, ideals and principles which form the common heritage of Europe (...)”* (Punto 4). La diversidad cultural debe verse como un enriquecimiento mutuo, no como una fuente de conflictos: *“The Assembly underlines its commitment to ensuring that cultural diversity becomes a source of mutual enrichment, not of tension, through a true and open dialogue among cultures on the basis of mutual understanding and respect. The overall aim should be to preserve diversity in open and inclusive societies based on human rights, democracy and the rule of law, by fostering communication and improving the skills and knowledge necessary for living together peacefully and constructively within European societies, between European countries and between Europe and its neighbouring regions”* (Punto 5).

u) Recomendación 1804 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Estado, religión, secularización y derechos humanos

La Asamblea constata que Europa es cada vez más plural desde un punto de vista religioso: *“The Parliamentary Assembly notes that religion is an important feature of European society. This is because of the historic fact that certain religions have been*

present for centuries and because of their influence in Europe's history. Religions are still multiplying on our continent today, with a wide variety of churches and beliefs" (Punto 1). Asimismo, dicha Asamblea constata el cambio en las actitudes religiosas de los europeos: "Over the last twenty years, religious worship has declined markedly in Europe. Fewer than one European in five attends a religious service at least once a week, whereas twenty years ago the figure was more than twice that. At the same time, we are witnessing the growing strength of the Muslim communities in virtually all the Council of Europe member states" (Punto 6). De todas las confesiones religiosas presente en Europa, hay cuatro confesiones con son las más activas socialmente en la época de la globalización: "As a result of globalisation and the rapid development of new information and communication technology, some groups are particularly visible. What is undeniable, however, is that religion has, in recent years, again become a central issue of debate in our societies. Roman Catholics, members of the Orthodox Church, Evangelists and Muslims seem to be the most active" (Punto 7). La Asamblea recuerda que debe respetarse el ámbito que corresponde a los Estados del ámbito que corresponde a las religiones (Puntos 8 y 10). La legislación en materia religiosa en Europa dista de ser homogénea entre los Estados miembros del Consejo de Europa: "Various situations coexist in Europe. In some countries, one religion still predominates. Religious representatives may play a political role, as in the case of the bishops who sit in the United Kingdom House of Lords. Some countries have banned the wearing of religious symbols in schools. The legislation of several Council of Europe member states still contains anachronisms dating from times when religion played a more important part in our societies" (Punto 15).

Así, la Asamblea recomienda que los Estados aseguren que las comunidades religiosas *"may exercise the fundamental right of freedom of religion without hindrance in all Council of Europe member states in accordance with the provisions of Article 9 of the European Convention on Human Rights and Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights"*. Por lo tanto, y aunque no se diga expresamente, también en los centros de trabajo.

v) Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre blasfemia, insultos religiosos e incitación al odio contra las personas en base a su religión

El objeto de la recomendación comentada es relevante por el hecho de que las conductas afectadas por dicha recomendación pueden darse, y de hecho se dan con cierta frecuencia, en el ámbito laboral. La recomendación parte de la lógica afirmación que el respeto y el dialogo son fundamentales para evitar todo conflicto: *"The Assembly underlines the importance of respect for, and understanding of, cultural and religious diversity in Europe and throughout the world and recognises the need for ongoing dialogue. Respect and understanding can help avoid frictions within society and between individuals. Every human being must be respected, independently of religious beliefs"* (Punto 2). Si es necesario el reconocimiento de los derechos de pensamiento, conciencia, religión y expresión, también es necesaria la imposición de límites (Punto 3). La Asamblea defiende que en una sociedad democrática *"religious groups must tolerate, as must other groups, critical public statements and debate about their activities, teachings and beliefs, provided that such criticism does not amount to intentional and gratuitous*

insults or hate speech and does not constitute incitement to disturb the peace or to violence and discrimination against adherents of a particular religion (...) (Punto 5). El art. 9 de la Convención reconoce el derecho de las confesiones religiosas de establecer los valores a seguir por sus creyentes y penalizarlos desde el punto de vista religioso: *“The Assembly emphasises that freedom of religion as protected by Article 9 of the Convention also protects religions in their capacity to establish values for their followers. While religions are free to penalise in a religious sense any religious offences, such penalties must not threaten the life, physical integrity, liberty or property of an individual, or women’s civil and fundamental rights (...)*” (Punto 13). El ciudadano, por lo tanto también el trabajador, tiene el derecho a manifestar públicamente sus creencias religiosas y practicarlas, naturalmente con limitaciones: *“The Assembly notes that member states have the obligation under Article 9 of the Convention to protect freedom of religion including the freedom to manifest one’s religion. This requires that member states protect such manifestations against disturbances by others. However, these rights may sometimes be subject to certain justified limitations (...)*” (Punto 14).

La Asamblea recomienda, por un lado, penalizar *“statements that call for a person or a group of persons to be subjected to hatred, discrimination or violence on grounds of their religion as on any other grounds”*. Y, por otro, despenalizar la blasfemia como insulto a una religión.

w) Resolución 1743 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre islam, islamismo e islamofobia en Europa

El fundamento de la resolución radica en la preocupación del organismo por el extremismo islamista y, al mismo tiempo, la discriminación sufrida por ciudadanos musulmanes en Europa: *“The Parliamentary Assembly notes that Islamic radicalism and manipulation of religious beliefs for political reasons oppose human rights and democratic values. At the same time, in many Council of Europe member states, Muslims feel socially excluded, stigmatised and discriminated against; they become victims of stereotypes, social marginalisation and political extremism. The Assembly is deeply concerned about Islamic extremism as well as about extremism against Muslim communities in Europe. Both phenomena reinforce each other”* (Punto 1). La Asamblea recuerda que el islam no es sólo una religión, sino que también conforma un código de conducta social, legal y político (Punto 2). También recuerda la Asamblea que la integración de los inmigrantes, especialmente en el caso de los inmigrantes musulmanes, es aún lejana; e invita a los Estados parte a tomar medidas para evitar las desigualdades en los ámbitos social, económico y político respecto a dichas personas (Punto 8). Así pues, la Asamblea lleva a cabo un llamamiento a los Estados en relación al día a día de dichas personas, es decir, también en relación a las eventuales discriminaciones que puedan sufrir en el trabajo: *“The Assembly calls on member states to effectively address the social and economic exclusion of Muslims and other minorities in Europe – including through the adoption, implementation and regular monitoring of comprehensive anti-discrimination legislation, policies and practices to protect them from the day-to-day discrimination they face and to ensure better access to legal remedies when their rights have been violated”* (Punto 9).

El texto citado realiza una mención a la indumentaria de la mujer musulmana, que es reproducida a continuación porque, como es sabido, la vestimenta, en este caso de las trabajadoras musulmanas, puede entrar en conflicto con reglas que rijan en el puesto de

trabajo: “(...) *The veiling of women, especially full veiling through the burqa or the niqab, is often perceived as a symbol of the subjugation of women to men, restricting the role of women within society, limiting their professional life and impeding their social and economic activities. Neither the full veiling of women, nor even the headscarf, are recognised by all Muslims as a religious obligation of Islam, but they are seen by many as a social and cultural tradition. The Assembly considers that this tradition could be a threat to women’s dignity and freedom. No woman should be compelled to wear religious apparel by her community or family. Any act of oppression, sequestration or violence constitutes a crime that must be punished by law. Women victims of these crimes, whatever their status, must be protected by member states and benefit from support and rehabilitation measures*” (Punto 15). Precisamente el Punto 16 realiza una mención a las posibles interferencias en los quehaceres laborales que dicha vestimenta pueda causar: “(...) *Article 9 of the Convention includes the right of individuals to choose freely to wear or not to wear religious clothing in private or in public. Legal restrictions to this freedom may be justified where necessary in a democratic society, in particular for security purposes or where public or professional functions of individuals require their religious neutrality or that their face can be seen. However, a general prohibition of wearing the burqa and the niqab would deny women who freely desire to do so their right to cover their face*”. Es decir, la Asamblea aclara que cada persona tiene derecho a elegir si quiere o no vestirse con ropa que contenga una connotación religiosa, ya sea público o en privado; por lo que el art. 9 de la Convención protege la decisión de que el trabajador pueda vestir ropa con connotaciones religiosas en el puesto de trabajo y lo contrario, que el trabajador se niegue a utilizar ropa que contenga connotaciones religiosas (por ejemplo, cuando se presta servicios para una empresa de tendencia). Ahora bien, se establece un límite interesante: el derecho puede ser limitado de forma justificada cuando el trabajador desarrolla un quehacer profesional que requiera neutralidad religiosa o que el rostro deba ser visto. Para la Asamblea una prohibición general sobre la utilización de dichas prendas de ropa podría contribuir a que las mujeres musulmanas abandonaran sus puestos de trabajo fuera de su comunidad. Así, se insta a los Estados a ayudar a las trabajadoras musulmanas a que puedan tener igualdad de oportunidades en el desarrollo de su vida profesional y, de este modo, que puedan obtener en lo posible cierta independencia económica (Punto 17).

x) Recomendación 1927 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre islam, islamismo e islamofobia en Europa

La Asamblea hace un llamamiento a los Estados miembros para “*not to establish a general ban of full veiling or other religious or special clothing, but to protect women from all physical and psychological duress as well as to protect their free choice to wear religious or special clothing and ensure equal opportunities for Muslim women to participate in public life and pursue education and professional activities*” (Punto 3.13). Tal y como ocurre con la Resolución 1743 (2010), el derecho a llevar prendas de connotación religiosa puede ser limitado de forma justificada cuando el trabajador desarrolla un quehacer profesional que requiera neutralidad religiosa o que el rostro deba ser visto. Así, se invita a los Estados a crear las condiciones sociales y económicas necesarias para que las mujeres musulmanas tengan igualdad de oportunidades en el acceso al empleo (Punto 3.15).

3. LEGISLACIÓN COMUNITARIA SOBRE LIBERTAD RELIGIOSA

3.1. La Unión Europea y el derecho a la libertad religiosa

Los países miembros de la Unión Europea poseen una tradición constitucional con características bastante comunes, por lo que sus sistemas constitucionales disfrutaban en gran medida de un acervo común, que a pesar de algunas diferencias en su plasmación incluye una regulación muy similar del hecho religioso¹⁰⁵⁷. Un acervo que se ha visto fortalecido en los últimos tiempos por los progresos conseguidos en la integración europea y que incluye, por supuesto, las libertades de pensamiento en el ámbito comunitario: de conciencia y religiosa¹⁰⁵⁸.

La Comunidad Económica Europea se diseñó para crear un mercado común de bienes, servicios y trabajo. Por tal razón, los derechos que se reconocían a los europeos en las normas comunitarias iban dirigidos a la consecución de dicha finalidad. Así, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no recogían en sus textos originarios ningún reconocimiento de los derechos humanos, pues su misión era potenciar la integración económica. Lógicamente, tal posición del legislador europeo, contraria al reconocimiento de derechos, tuvo su reflejo en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia. No obstante, desde finales de los años sesenta del siglo pasado, el Tribunal de Justicia fue cambiando progresivamente su doctrina jurisprudencial en materia de derechos humanos y de este modo empezó a desarrollar una doctrina tendente a su reconocimiento. Poco a poco la normativa comunitaria fue reconociendo los derechos humanos y las libertades fundamentales a través de la modificación de los Tratados constitutivos, al mismo tiempo que desarrollaba una ambiciosa legislación en materia de lucha contra la discriminación: Acta Única Europea (1987), Tratado de Maastricht (1992) o Tratado de Ámsterdam (1997)¹⁰⁵⁹.

La STJUE de 13 de julio de 1989, asunto 5/88, caso Hubert Wachauf contra República Federal de Alemania (TJCE 1990, 23), aclara cuál es la relevancia de los derechos fundamentales en el contexto del ordenamiento comunitario: “Según reiterada jurisprudencia sentada en particular por la sentencia de 13 de diciembre de 1979 (Hauer, 44/79, Rec. 1979, p. 3727), los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al garantizar la salvaguardia de dichos derechos, el Tribunal de Justicia está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, de forma que no pueden

¹⁰⁵⁷ Aunque los Estados de la Unión han regulado de forma diverso el factor religioso, existen claramente unas tendencias comunes: “*un Estado tendencialmente neutral, con una atención particular al sub-sector religioso ciertamente autónomo, y la fijación de unas limitaciones de las manifestaciones públicas de religiosidad. O, si se prefiere, de modo más sintético cabría hablar de unos principios: libertad religiosa, igualdad religiosa, comunidad religiosa y diversidad nacional*”. PALOMINO LOZANO: *Religión y derecho...*, op. cit., pp. 165-166.

¹⁰⁵⁸ Para una recopilación de textos normativos europeos desde la Antigüedad (como un Comentario al Edicto de Milán de 313 o un Comentario del Código de Teodosio de 380) hasta la actualidad en materia de libertad de conciencia *vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio: *Derecho comunitario de la libertad de conciencia. Materiales*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2009. Es especialmente interesante la comparativa entre los diversos textos constitucionales de los países de la Unión Europea.

¹⁰⁵⁹ MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 1ª edición. Madrid: MacGraw Hill, 1999, pp. 293-305.

admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de dichos Estados. Los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, a los que han colaborado o se han adherido los Estados miembros, pueden proporcionar asimismo indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario” (17).

Si la legislación europea ha ido evolucionando en materia de derechos fundamentales, tal evolución ha tenido su traslación a la regulación del fenómeno religioso: la legislación europea en materia religiosa ha ido aumentando progresivamente en los últimos años. Si en el período comprendido entre el año 1957 a 1975 se puede hablar de una ausencia de normas comunitarias que afectaran al ámbito religioso; desde 1976 en adelante, y como consecuencia de los efectos del Derecho económico en la religión la tendencia empezó a cambiar. Un caso señero fue conocido por la STJUE de 27 de octubre de 1976, asunto 130/75, caso Prais. El período que comprende desde el Tratado de Maastricht (1992) hasta el de Lisboa (2007) configura una etapa caracterizada por un aumento de las normas en materia religiosa¹⁰⁶⁰.

El art. 17.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea hace un reconocimiento expreso de la función de las iglesias y comunidades religiosas (de la confesión que sea, pues no se indica): *“Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones”*. Si se examina dicho Tratado es fácilmente comprobable como la Unión no tiene competencias en materia religiosa que, por lo tanto, constituyen un ámbito que ha de ser regulado por cada Estado miembro de la Unión. Por tal razón el art. 17.1 aclara que *“la Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas”*. El apartado segundo realiza la misma manifestación en relación a las organizaciones filosóficas y no confesionales. Respecto a la religión la Unión aplica el principio de subsidiariedad.

El Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (2007/C 306/01), introdujo en el Preámbulo del citado Tratado de la Unión Europea una clara alusión a la herencia religiosa de Europa: *“Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho”*.

El art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea otorga valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales en los siguientes términos: *“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”*. Su apartado segundo prevé la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el tercer apartado se regulan los principios generales en materia de derechos humanos, precepto que por tanto afecta al derecho a la libertad religiosa: *“Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los*

¹⁰⁶⁰ DOE: *Law and religion...*, op. cit., pp. 237 y siguientes.

Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales". Al respecto, la STJUE de 14 de octubre de 2004, asunto 36/02, caso Omega spielhallen– und automatenaufstellungs– gmbh y Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn (TJCE 2004, 377) afirma que la primacía de los derechos fundamentales es tal en la Unión Europea que su garantía puede suponer incluso una restricción a las obligaciones comunitarias: *“Al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre prestación de servicios”* (35). Confróntese dicha posición jurisprudencial garantista de los derechos fundamentales con la preeminencia en la génesis del proyecto europeo de la integración de los mercados de los Estados miembros.

La Decisión 1982/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativa al Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007 a 2013), define como actividad a la que debe prestarse apoyo a *“el ciudadano en la Unión Europea”*. Tal actividad trata de crear un sentimiento de "pertenencia" democrática y lograr una participación activa de los pueblos de Europa; establecer una gobernanza efectiva y democrática en todos los niveles, incluida una gobernanza económica y jurídica y el papel de la sociedad civil, así como procesos innovadores de gobernanza destinados a fomentar la participación ciudadana y la cooperación entre los agentes públicos y privados; investigación para forjar una visión común y un respeto de las características diferenciales y comunes de Europa en lo que se refiere a cultura, religiones, patrimonio cultural, instituciones y sistema jurídico, historia, lenguas y valores, como elementos conformadores de nuestra identidad y patrimonio europeo multicultural.

El Preámbulo de la Decisión 1983/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 relativa al Año Europeo del Diálogo Intercultural (2008) enfatiza las consecuencias de la ampliación de la Unión y la intensificación de la globalización en relación a la religión: *“Los efectos combinados de las sucesivas ampliaciones de la Unión Europea, de la mayor movilidad que da el mercado único, de antiguos y nuevos flujos migratorios, de los contactos cada vez mayores con el resto del mundo a través del comercio, la educación, el ocio y la globalización en general, potencian las interacciones entre los ciudadanos europeos y todos los que viven en la Unión Europea y las diversas culturas, lenguas, etnias y religiones de dentro y fuera de Europa”*.

En la Decisión del Consejo de 19 de diciembre de 2006 relativa al programa específico "Cooperación" por el que se ejecuta el séptimo programa marco de la Comunidad Europea de acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007-2013) (2006/971/CE) puede apreciarse la relevancia de la religión

En el art. 2.º de la Decisión 771/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, por la que se establece el “Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos (2007) — Hacia una sociedad justa”, enfatiza la prohibición de discriminación por razón de convicciones religiosas, pues entre sus objetivos se establece el siguiente: *“Concienciar sobre el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación así como sobre la problemática de la discriminación múltiple. El Año Europeo pondrá énfasis en el mensaje de que todas las personas tienen derecho al*

mismo trato, sin distinción de sexo, origen étnico o racial, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. El Año Europeo deberá permitir que la población expuesta a la discriminación conozca mejor sus derechos así como la legislación europea existente en materia de no discriminación”.

Hasta aquí se explicado bevemente cuál ha sido la eclosión y evolución de la legislación comunitaria en materia religiosa. Ahora bien, en un futuro parece lo más adecuado que dicha legislación tenga aún más en cuenta el hecho objetivo consistente en el paulatino crecimiento de la pluralidad religiosa en los Estados de la Unión. Dicho fenómeno sociológico impulsado decisivamente por la inmigración aconseja que la legislación que se adopte sea lo suficientemente flexible para que sea capaz de adaptarse a creencias de personas que provienen de diversos continentes, muchos de ellas de Asia y África, zonas geográficas en que la religión se vive de modo muy distinto a Europa y claramente de forma diferente a las vivencias de los miembros de las religiones monoteístas mayoritarias en Occidente¹⁰⁶¹.

3.2. Legislación en materia de libertad religiosa

3.2.1. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000

En el año 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (firmado el 13 de diciembre de 2007), la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los tratados, texto que unifica y sistematiza en un solo cuerpo legal derechos y libertades dispersados en diferentes tratados¹⁰⁶². El día anterior a la firma del Tratado de Lisboa, concretamente el día 12 de diciembre, asimismo en la ciudad de Lisboa, se procedió a la proclamación de la Carta por los presidentes del Parlamento, del Consejo y de la Comisión. Ante el fracaso de la ratificación del proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (los referéndums fracasados en Francia y Holanda pusieron de manifiesto el rechazo popular hacia dicho texto) que incorporaba en su cuerpo normativo la citada Carta, el Tratado de Lisboa optó por no incorporarla, sino que se decidió otorgarle un valor vinculante. Hasta dicho momento la Carta no gozaba de valor jurídicamente vinculante, aunque sí era tenida en cuenta, tal y como recuerda por ejemplo la STJUE de 27 de junio de 2006, asunto C-540/03, caso Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea (TJCE 2006, 177).

Ya en el Preámbulo de la Carta, que es ciertamente breve en relación a lo que su contenido representa para la ciudadanía europea, se hace especial hincapié en los valores morales y espirituales que son compartidos por la mayoría de los países de la Unión: *“Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho”.*

¹⁰⁶¹ Sostiene dicha postura CASTRO JOVER, María Adoración: "Presentación", en AAVV: *Iglesias, confesiones y comunidades religiosas en la Unión Europea. San Sebastián, 25 y 26 de septiembre de 1998*. 1ª edición. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1999, p. 13.

¹⁰⁶² Al respecto puede consultarse PICO LORENZO, Celsa: "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea". *Revista Unión Europea Aranzadi*, 2009, núm. 11, pp. 21-35.

El art. 1 reconoce el valor de la dignidad en el sistema europeo de derechos: *“La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”*. Dicho precepto que puede ponerse en íntima conexión con el art. 31.1, que espeta que *“todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”*. El art. 6 el derecho genérico a la libertad: *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”*. Dicho esto, y en cuanto a lo que aquí interesa, es de resaltar el art. 10.1: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”*. Nótese como en un solo apartado se recoge de forma sistemática y clara la tradición en la materia de la mayoría de sistemas constitucionales europeos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recordado la equivalencia entre normas internacionales, por ejemplo en la STJUE de 5 de septiembre de 2012, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, caso Bundesrepublik Deutschland contra Y (asunto C-71/11) y Z (asunto C-99/11) (TJCE 2012, 226): *“El derecho a la libertad de religión consagrado en el artículo 10, apartado 1, de la Carta se corresponde con el derecho garantizado por el artículo 9 del CEDH”* (56). Es más, la libertad religiosa se considera tan relevante que *“la injerencia en el derecho a la libertad de religión puede ser de tal gravedad como para equipararla a los casos contemplados en el artículo 15, apartado 2, del CEDH”* (57).

En cambio, por ser una manifestación específica de los derechos enunciados, y sin situarse en otro artículo, en el apartado segundo del art. 10 se cita el derecho a la objeción de conciencia: *“Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”*.

El art. 11.1 está dedicado a la libertad de expresión de las personas: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”*.

El artículo 20 regula el derecho a la igualdad, el artículo 21 el de prohibición de discriminación, y el artículo 22 está dedicado exclusivamente a la igualdad entre hombres y mujeres. El artículo 21.1 reza de la siguiente manera: *“Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”*. La regulación contiene un doble sistema de cláusula abierta. Una es la clásica de *“o de cualquier otro tipo”*. Pero además, nótese que establece dos tipos de prohibiciones de discriminación. Una genérica (*“toda discriminación”*) y otra particular, mediante una lista abierta de supuestos. El apartado segundo prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad.

Por si no quedaban claros los citados derechos en materia religiosa, el art. 22 enfatiza que *“la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística”*.

Las eventuales limitaciones en el ejercicio de los enunciados derechos y libertades están reguladas en el art. 52.1: *“Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y*

respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. Son significativas dos reglas interpretativas que contiene asimismo citado el art. 52:

1) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa” (apartado tercero).

2) Tradiciones constitucionales: “En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones” (apartado cuarto).

El art. 53 establece una regla de interpretación: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

Finalmente, el art. 54 prohíbe el abuso de derecho en el ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta”.

3.2.2. Directivas en materia de igualdad y prohibición de discriminación

La Unión Europea ha mostrado un especial interés en regular, fundamentalmente a través de directivas, el principio de igualdad y no discriminación en la relación laboral¹⁰⁶³. La igualdad de trato y la prohibición de toda discriminación son los ejes del modelo social europeo en materia laboral. Si bien es cierto que tradicionalmente el Derecho comunitario se ha limitado a luchar contra la discriminación por razón de género y nacionalidad; recientemente sus esfuerzos se han extendiendo más allá de dichas parcelas¹⁰⁶⁴. No obstante, existe cierto consenso doctrinal en el hecho de que en un alto grado las conductas discriminatorias en el mercado de trabajo se centran en las minorías étnicas, y que el diferente status jurídico existente entre ciudadanos europeos y no europeos, reforzado por las diferentes leyes nacionales en materia de extranjería, es responsable en buena parte de dicha fuente de discriminación¹⁰⁶⁵. Así, se pueden citar las siguientes directivas, que han sido todas traspuestas al ordenamiento español:

¹⁰⁶³ Sobre el desarrollo de la normativa comunitaria antidiscriminatoria derivada de la Directiva 2000/43 puede consultarse CHACÓN RODRÍGUEZ: *La “España Inmigrante”...*, op. cit., pp. 294-301.

¹⁰⁶⁴ AAVV: *Migrants, minorities and employment...*, op. cit., p. 47.

¹⁰⁶⁵ “Since the adoption of the Amsterdam Treaty and Article 13 as the legal basis for legislation and measures against discrimination on the European level, the European Union has developed a

a) Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico

Tradicionalmente la tutela antidiscriminatoria de la Unión Europea se había limitado al mercado de trabajo para una mejor consecución de los fines de la Unión. No obstante, la experiencia ha demostrado que otras desigualdades que se materializan en ámbitos diferentes a los del mercado de trabajo pueden afectarle de forma directa. Por ejemplo, es el caso de las desigualdades en el campo de la educación o la vivienda¹⁰⁶⁶. Así la Directiva 2000/43/CE extendió su ámbito de aplicación más allá del trabajo: a la protección social, ventajas sociales, educación, etc. (art. 3.1).

El Preámbulo advierte que *“la discriminación basada en el origen racial o étnico puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular la consecución de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad, y también puede hipotecar el objetivo de desarrollar la Unión Europea como un espacio de libertad, seguridad y justicia”*. Es decir, la discriminación por origen racial o étnico afectará sin duda otros aspectos extralaborales. Por tal razón *“para garantizar el desarrollo de sociedades democráticas y tolerantes en las que toda persona pueda participar, con independencia de su origen racial o étnico, la actuación específica en el ámbito de la discriminación por estos motivos debe ir más allá del acceso a la actividad por cuenta propia o ajena y abarcar ámbitos como la educación, la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, las ventajas sociales, la oferta de bienes y servicios y el acceso a los mismos”*.

La Directiva ofrece sendas definiciones de lo que entiende por discriminación directa e indirecta (art. 2.2) y por acoso (art. 2.3), que serán retomadas cuando se examine dicha temática en otro apartado:

broad action program to terminate all forms of discrimination, racism and xenophobia. Yet, when looking at the situation of migrants and minorities in employment there is still one major ‘missing link’: the national legal frameworks regulating entry, residence, and employment of non-nationals. These must be considered as a decisive source of inequality between persons residing on European territory holding a nationality of a European Member State/ the European Union and those who do not and hence are subject to migration control”. AAVV: *Migrants, minorities...*, op. cit., p. 65. El trabajo citado enfatiza que el estatus jurídico asignado a las minorías impacta de lleno en su posición socioeconómica y de forma directa o indirecta afecta a su acceso a recursos básicos o al ejercicio de derechos fundamentales, así como provoca una mayor incidencia de la explotación laboral.

¹⁰⁶⁶ Es una lección que quedó muy clara en la lucha por la igualdad entre blancos y negros en los Estados Unidos: *“Las medidas antidiscriminatorias no tuvieron las mismas consecuencias para todos los grupos de negros en Estados Unidos. En ese proceso hubo ganadores y perdedores dentro de los negros: las mujeres negras resultaron más ganadoras que los varones y, entre éstos, obtuvieron más mejoras los que tenían un mayor nivel educativo y mayor cualificación (especialmente los jóvenes que habían accedido a estudios universitarios) y los que tenían un origen social más favorable. Es decir, los que logran el círculo vicioso de la discriminación (origen/raza, educación, vivienda, trabajo) antes de llegar al mercado laboral tienen más probabilidades de ser tratados como iguales que aquellos que son víctimas de dicho círculo vicioso en la educación y en la vivienda. La lucha contra la discriminación étnica en el trabajo debe comenzar en la escuela y en a vivienda”*. CHACÓN RODRÍGUEZ: *La “España Inmigrante”...*, op. cit., p. 316.

- Discriminación directa: existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable.

- Discriminación indirecta: existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

- Acoso: el acoso constituirá discriminación cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.

En lo que aquí interesa cabe indicar que, entre otros ámbitos (art. 3.1), la Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

- Las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional.

- Las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.

- La afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

La Directiva establece una excepción respecto al concepto de discriminación: *“los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”* (art. 4).

Aparte de regular la carga de la prueba (art. 8) es interesante destacar que se establece también la obligación de los Estados de regular lo que la doctrina española conoce como principio de indemnidad: *“los Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a las personas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato”* (art. 9).

Si se examina el texto de la Directiva se podrá comprobar que en ningún momento realiza alusión alguna a la religión o a las creencias religiosas. No obstante, como es conocido la discriminación por motivos religiosos va acompañada en muchas ocasiones por discriminaciones motivadas por otras razones: de género, de raza... En el Preámbulo sí se advierte la frecuente existencia de discriminaciones múltiples por razón de género más

otros factores de discriminación. Así, advierte que *“debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”*.

b) Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2002, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En el Preámbulo se parte del principio de que el trabajo por cuenta ajena va más allá de ser una mera fuente de subsistencia: *“El empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal”*¹⁰⁶⁷. Asimismo se advierte que *“la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas”*. Es interesante destacar que el Preámbulo introduce la relevancia de un concepto creado por la doctrina norteamericana equivalente a la “acomodación” del puesto de trabajo o la “carga desproporcionada”: *“Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”*.

De acuerdo con su art. 1, el objeto de la Directiva es el establecimiento de *“un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”*. Al respecto, la STJUE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, caso Werner Mangold contra Rüdiger Helm (TJCE 2005, 341), puntualiza: *“La Directiva 2000/78 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación. En efecto, a tenor de su artículo 1, esta Directiva únicamente tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual», mientras que, como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva, el principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en la tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”* (74). Al mismo tiempo, la conocida STJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, caso Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A (TJCE 2006, 192), expresa los límites objetivos del citado art. 1: *“Entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario figura el principio general de no discriminación. Por lo*

¹⁰⁶⁷ Tanto esta directiva como la que propugna la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico poseen unos antecedentes comunes: *“The formulation of both directives builds on lessons learned in the prohibition of discrimination between nationals of Member States as well as discrimination on grounds of gender, two bodies of anti-discrimination law which are as old as the European Communities themselves. The Directives are also said to reflect an «Anglo-Dutch» model, based on individual litigation rights with an emphasis on access to key social goods such as employment”*. AAVV: *Migrants, minorities and employment...*, op. cit., p. 47.

tanto, este último principio vincula a los Estados miembros cuando la situación nacional sobre la que versa el ligio principal está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (en este sentido, véanse las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, Rec. p. I-11915, apartados 30 y 32, y de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, Rec. p. I-5659, apartado 75, y jurisprudencia allí citada). Pero de ello no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva” (56)¹⁰⁶⁸.

El art. 2.2 y 2.3 define qué se entiende por discriminación directa e indirecta, y por acoso:

- Discriminación directa: existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos descritos al tratar del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva.

- Discriminación indirecta: existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas¹⁰⁶⁹. La Directiva establece varias excepciones a la existencia de la citada discriminación indirecta:

- Que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

- Que respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica

- Acoso: el acoso constituirá discriminación cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos objeto de protección por la Directiva que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá

¹⁰⁶⁸ Dicha sentencia es relevante por definir el concepto de “discapacidad” a los efectos de la Directiva 2000/78, que no la definió, y asimismo especifica que el concepto de “enfermedad” sólo podrá equipararse, más bien subsumirse, al de “discapacidad” cuando las limitaciones provocadas por la citada enfermedad sean probablemente de larga duración. En relación a la citada sentencia y al despido de trabajadores en situación de incapacidad temporal *vid.* TOLEDO OMS, Albert: *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2009, pp. 246-252.

¹⁰⁶⁹ Es necesario enfatizar que cuando la Directiva comentada y la Directiva que propugna la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico hacen referencia a la discriminación indirecta lo hacen en un sentido amplio y flexible: “*The use of the phrase «would put» implies that the disadvantage need not already have occurred: it is sufficient to show that a provision may result in disadvantage in the future. Furthermore, the directives have been formulated in such a manner as to open up the possibility to demonstrate disadvantage for a particular group without having to deliver statistical proof, relying instead on the ‘common sense’ of a judge. For instance, if an employer insists on working hours that are incompatible with certain religious obligations, a claimant should not be required to produce data on the number of persons affected to convince the court that these requirements amount to indirect discrimination*”. AAVV: *Migrants, minorities...*, *op. cit.*, p. 48.

definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.

En lo que aquí interesa cabe indicar que, entre otros ámbitos (art. 3.1), la Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

-Las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción.

- Las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.

- La afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

La Directiva permite que existan desigualdades de trato si concurren los siguientes supuestos (art. 4):

- Los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos anteriormente mencionados, como pueden ser las creencias religiosas, no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

- Los Estados miembros podrán mantener en su legislación nacional vigente el día de adopción de la Directiva, o establecer en una legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la Directiva, disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho comunitario, y no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo. Siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización. Obviamente, el presente supuesto tiene una relevancia enorme cuando se hable en el apartado correspondiente de las empresas ideológicas o de tendencia.

Aunque *prima facie* parezca que no tenga una relación directa con el objeto del presente trabajo se considera importante reproducir el contenido del art. 5, al que ya se ha hecho referencia al tratar del Preámbulo de la Directiva: “*A fin de garantizar la observancia del*

principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades". Como se analiza en el lugar adecuado, la "accommodation" estadounidense ha tenido una influencia crucial en la legislación antidiscriminatoria europea. Y si en la Unión Europea tal acomodación o adecuación parece diseñada para ayudar en la aplicación de la prohibición de toda discriminación que afecte exclusivamente a los trabajadores discapacitados, se expondrán argumentos más que suficientes como para extender la utilización de dicho instrumento jurídico a la discriminación por otros motivos, señeramente a la motivada por las creencias religiosas del trabajador, exista desarrollo legal en la materia o no, en aplicación directa del art. 16 CE.

Aparte de regular la carga de la prueba (art. 10) es interesante destacar que se establece también la obligación de los Estados de regular lo que la doctrina española conoce como principio de indemnidad: *"los Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato"* (art. 11).

c) Directiva 2002/73/CE del Consejo, de 13 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/2007/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo

Tal y como se argumenta en el Preámbulo de la norma, su misión es la modificación de la legislación existente para fortalecer la prohibición de discriminación por razones de sexo: *"La Directiva 76/207/CEE del Consejo(4) no define los conceptos de discriminación directa o indirecta. Basándose en el artículo 13 del Tratado, el Consejo adoptó la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que definen la discriminación directa e indirecta. Resulta, pues, apropiado incluir definiciones en línea con dichas Directivas por lo que al sexo se refiere".*

De este modo, se definen los conceptos de discriminación directa, indirecta, acoso y acoso sexual. En definitiva, se sigue la estructura y contenido de las Directivas ya examinadas anteriormente con el fin de regular la prohibición de discriminación por razón de sexo.

d) Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato de hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro

La Directiva parte del hecho empíricamente constatado que la discriminación de la mujer en ámbitos extralaborales puede afectar asimismo al ámbito laboral: *“La discriminación sexual y el acoso, incluido el sexual, también se producen en ámbitos ajenos al mercado de trabajo. Tal discriminación puede ser igualmente dañina y constituir un obstáculo a la integración plena y con éxito de hombres y mujeres en la vida económica y social”*.

Como expresa su art. 1, la Directiva tiene por objeto *“crear un marco para combatir la discriminación sexual en el acceso a bienes y servicios y su suministro, con vistas a que entre en vigor en los Estados miembros el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres”*.

e) Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, de aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación

Dicha Directiva refundió la Directiva 76/207/CEE, la Directiva 86/378/CEE, la Directiva 75/117/CEE y la Directiva 97/80/CE, por las razones que se exponen en su preámbulo: *“dado que en dichas Directivas se han hecho modificaciones, conviene, en aras de la claridad, refundir las disposiciones correspondientes, reuniendo en un único texto las principales disposiciones existentes en este ámbito, así como ciertas novedades que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”*.

Así, de acuerdo con su art. 1, la Directiva tiene por objeto *“garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”*. Tal garantía es referida, entre otros ámbitos, en el acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional; y a las condiciones de trabajo, incluida la retribución.

Entre otras definiciones, el art. 2.1 define los conceptos de discriminación directa, indirecta, acoso y acoso sexual:

- Discriminación directa: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable.

- Discriminación indirecta: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

- Acoso: la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

- Acoso sexual: la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra

la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Hay que tener en cuenta que dentro del concepto de discriminación se incluyen los siguientes supuestos (art. 2.2):

- El acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo.
- La orden de discriminar a personas por razón de su sexo.
- El trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE.

Se prohíbe toda discriminación directa e indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en ámbitos tales como (art. 14.1):

- Las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción.
- Las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución.
- La afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

El art. 14.2 establece una excepción en cuanto al acceso al empleo: los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Si se examina el texto de la Directiva se podrá comprobar que en ningún momento realiza alusión alguna a la religión o a las creencias religiosas.

4. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA

4.1. Regulación constitucional en España del derecho a la libertad religiosa como derecho y principio

Si los textos jurídicos internacionales regulan de forma conjunta la libertad de pensamiento, conciencia y religión; la Constitución Española no utiliza conceptos equivalentes, tal y como se comprobará a continuación. En primer lugar, el art. 1.1 CE proclama solemnemente: *“España se constituye en un Estado social y democrático de*

Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". El art. 9.3 CE fija a los poderes públicos los objetivos de sus esfuerzos: *"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"*.

El art. 10 de la Carta Magna contiene dos preceptos muy relevantes a los efectos de la presente investigación. En su apartado primero se reconoce el rol de la dignidad en el sistema constitucional: *"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"*¹⁰⁷⁰. Por otro lado, el apartado segundo contiene una norma hermenéutica de vital importancia: *"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"*.

Dicho esto, hay que citar el art. 16 CE, que contiene el núcleo duro de la libertad de pensamiento aunque, como ya se ha avanzado, en unos términos diferentes a los recogidos de forma habitual por los textos internacionales. De hecho, ni siquiera se utiliza el término "pensamiento". Así, el art. 16.1 CE regula los derechos de pensamiento de la siguiente manera: *"Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley"*. De este modo, en lugar de libertades de pensamiento, conciencia y religión se citan las libertades ideológica, religiosa y de culto. Respecto a la libertad religiosa, se regula su dimensión

¹⁰⁷⁰ Tal precepto guarda una relación directa con los derechos fundamentales, que conforman un sistema de valores positivados. En tal sentido STC 53/1985 de 11 abril (BOE 18 de mayo de 1985): *"la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2, 17.4, 18.1 y 4, 20.3 y 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa"* (Fundamento Jurídico Cuarto). La noción de los derechos fundamentales como "componentes estructurales básicos" de todas las ramas del Derecho, por lo tanto, también del ámbito jurídico laboral; y como "sistema de valores" es de gran relevancia en relación a varios apartados de la presente investigación, entre ellos el dedicado al rol que debe jugar el Derecho del Trabajo en una sociedad religiosamente plural.

subjetiva y sus limitaciones. El art. 16 CE regula de forma amplia y omnicomprensiva la libertad de pensamiento¹⁰⁷¹, o conciencia para algunos autores¹⁰⁷². Pero en todo caso es claro que no se limita a regular la libertad religiosa. Se regula la libertad de creer en una divinidad, como la libertad de no creer en ninguna¹⁰⁷³. La Constitución no reconoce una mera tolerancia religiosa, como había ocurrido con otras constituciones españolas, sino que reconoce una verdadera libertad religiosa¹⁰⁷⁴ desde una posición de neutralidad, que no indiferencia, ante el fenómeno religioso¹⁰⁷⁵.

No existe unanimidad doctrinal sobre las eventuales equivalencias entre los conceptos de las libertades citadas en los textos internacionales en relación a la Constitución. Si no hay acuerdo doctrinal sobre la equivalencia de conceptos, tampoco la puede haber sobre la eventual autonomía de los diferentes derechos constitucionales o si, por el contrario, existe subordinación entre ellos. En todo caso, sí se puede constatar que la doctrina mayoritaria, que es la postura mantenida en el presente trabajo, es partidaria de afirmar que la libertad de pensamiento engloba la religiosa, la de conciencia, la ideológica y la de culto¹⁰⁷⁶. También se puede afirmar que las libertades ideológica, religiosa y de culto conforman derechos subjetivos de carácter fundamental, tal y como ha afirmado el

¹⁰⁷¹ Para conocer las dimensiones de la libertad, en este caso de la libertad religiosa, hay que conocer tres elementos, los cuales son en parte explicitados en el art. 16 CE y completados en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa: "*Liberty can always be explained by a reference to three items: the agents who are free, the restrictions or limitations which they are free from, and what it is that they are free to do or no to do*". RAWLS, John: *A theory of justice*. 11ª reimpresión. Cambridge: Harvard University Press, 1981, p. 202.

¹⁰⁷² SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo: "La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, 25 años después", en AAVV: *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006, p. 46. "*Existe una disociación terminológica entre el texto del artículo 16 de la Constitución española y los textos internacionales y regionales en materia de libertad religiosa. La propia dicción del artículo constitucional no es técnicamente clara*". PALOMINO LOZANO: *Religión y derecho...*, op. cit., p. 140. Posteriormente el autor resume las diferentes posiciones doctrinales en la materia.

¹⁰⁷³ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO: "Estado y religión...", en AAVV: *La nueva realidad...*, op. cit., p. 40.

¹⁰⁷⁴ Frente a la tolerancia religiosa, la libertad religiosa ha sido caracterizada del siguiente modo: "*Es el reconocimiento de que el individuo es la única autoridad válida para decidir cuáles son sus creencias. Mientras que la tolerancia implica una lectura negativa, esto es, que se respeta al disidente a quien se coloca, no obstante, en una posición inferior, la libertad religiosa, por el contrario, tiene una lectura positiva: que todas las creencias se colocan en un mismo nivel y que la persona elige entre ellas la que más le convence, la que voluntariamente quiere profesar. La libertad religiosa consagra el pluralismo ideológico y religiosos, sin jerarquías y diferencias*". MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *Constitución y libertad...*, op. cit., pp. 24-25. En el caso de la doctrina alemana: "*En cuanto se implanta en un Estado la convicción de que las cuestiones religiosas no son tareas de competencia estatal, y de que el Estado debe ser neutral, comienza el período de la libertad religiosa moderna. La tolerancia es superada por la libertad religiosa y, al mismo tiempo, aquélla está garantizada por ésta. Puesto que el Estado, que gestiona las cuestiones seculares, es ciego en materia religiosa, ya no puede seguir siendo tolerante. Ha tenido lugar un cambio paradigmático del Estado reconecedor de la tolerancia, al Estado garante de la libertad religiosa. La tolerancia es ya, solamente, una virtud ciudadana de unos creyentes frente a otros*". STARCK, Christian: "Raíces históricas de la libertad religiosa moderna". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1996, núm. 47, p. 20.

¹⁰⁷⁵ "*La igualdad es una condición esencial de la democracia, sin ella un régimen no puede ser calificado como democrático. En consecuencia, la tolerancia, ya sea de tipo religioso, ya la de índole cultural o cualesquiera otra, debe ser dejada como algo que pertenece a los regímenes predemocráticos*". LÓPEZ ALONSO, Carmen: "Religión, Iglesia y Estado Laico", en AAVV: *Europa, Siglo XXI: secularización y Estados laicos*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006, p. 39.

¹⁰⁷⁶ ROSSELL GRANADOS: *La no discriminación...*, op. cit., pp. 24-28. En dicha obra se citan las principales posturas doctrinales.

Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones. Por ejemplo, en su STC 24/1982, de 13 de mayo (BOE 9 de junio de 1982), dictada por el Pleno, entiende en su Fundamento de Derecho Primero que la libertad religiosa es “*un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de «agere licere» del individuo*”¹⁰⁷⁷.

El art. 16.2 CE complementa la regulación de los citados derechos respecto a una noción de gran relevancia en las relaciones laborales: “*Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*”. Asimismo, el art. 16.3 CE constata de manera no precisamente contundente que el Estado no tiene ninguna religión oficial: “*Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones*”. Es lo que se denomina la dimensión objetiva del derecho a la libertad religiosa, que comprende la neutralidad de los poderes públicos, encuadrada en la aconfesionalidad del Estado (STC 34/2011, BOE 21 de abril de 2011, Fundamento de Derecho Tercero). Una neutralidad que no hay que confundir con indiferencia respecto el hecho religioso o una posición secularista¹⁰⁷⁸.

Por el contrario, por ejemplo, en Francia se entiende que “secularidad” significa que la religión debe limitarse al ámbito doméstico, porque se interpreta que el fenómeno religioso se erige como un riesgo para dicha secularidad, por lo que se intenta que dicho fenómeno mantenga cierta distancia del Estado. En cambio, sin perder el sentido pragmático, el Estado acomoda parcialmente aspectos como las festividades, la oración, las regulaciones de alimentos, el soporte económico para escuelas privadas religiosas, la financiación indirecta para las religiones, etc¹⁰⁷⁹.

Así, sobre el art. 16.3 CE se ha afirmado que “*esta relevancia del criterio sociológico, establecido por nuestra Ley fundamental, constituye un principio rector de los demás in re religiosa*” por dos razones distintas: 1) define como principio la actitud del Estado español como promotor de la relevancia positiva del hecho social religioso. Sólo es posible una política de reconocimiento de dicho factor religioso en régimen de libertad y no discriminación, debiendo extremarse la cooperación a fin de que se promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, según el tenor del art. 9.2 CE. De este modo, no son posibles las actitudes de hostilidad persecutoria, ni de indiferencia agnóstica, ni de neutralidad paralizante, ni de confesionalidad; 2) se trata de un principio que delimita las preferencias de actuación de los otros principios constitucionales, ya que ha de partirse

¹⁰⁷⁷ Sobre la misma dimensión externa pero de la libertad religiosa puede consultarse la STC 137/1990, de 19 de julio (BOE 30 de julio de 1990, Fundamento Jurídico Octavo).

¹⁰⁷⁸ En cuanto a la posición del Estado, el modelo español es peculiar: “*Hoy España encaja en el modelo de separación de Iglesia y Estado amistosa o por lo menos no antagónica, en muchos sentidos parecida a la de Alemania en la Constitución de Bonn. Esto representa una ruptura con la larga tradición de una Iglesia establecida, de una Iglesia en una posición legalmente privilegiada, pero también un claro rechazo de un Estado laico que trata de relegar a la religión a una esfera privada y controlar su influencia y manifestación pública, por ejemplo, en la educación. Es normativamente distinto del modelo americano de separación en el sentido de que permite la cooperación con la Iglesia y reconoce la posición especial del catolicismo en la sociedad*”. LINZ STORCH DE GRACIA: “Religión y política...”, en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., p. 40.

¹⁰⁷⁹ MCGOLDRICK: “Religion in the European...”, op. cit., p. 454.

del hecho de que son las confesiones religiosas las que han de atraer la prioritaria atención de los poderes públicos¹⁰⁸⁰.

Por otro lado, dicha regulación del posicionamiento constitucional se ajusta bastante a los parámetros señalados por la doctrina internacional más autorizada, y que ha dejado dicho que en una democracia moderna el enfoque secular de la religión va dirigido a alcanzar tres tipologías de bienes que se corresponden con la trinidad revolucionaria francesa: libertad, igualdad y fraternidad. De este modo: 1) nadie puede ser coaccionado en materia de religión o de creencias básicas. Es lo que se entiende comúnmente por libertad religiosa, incluida la libertad de no creer, y equivale a la Primera Enmienda de la Constitución los Estados Unidos, de la que se habla en otro lugar; 2) exigencia de igualdad entre personas que sostengan diferentes convicciones. Ninguna cosmovisión religiosa o arreligiosa puede disfrutar de una posición privilegiada, y menos aún erigirse en doctrina oficial del Estado; 3) todas las corrientes que sostengan convicciones religiosas y no religiosas han de poder usar los cauces de participación establecidos por las cuales la sociedad se impone objetivos y su identidad política¹⁰⁸¹.

De esta forma, la libertad religiosa ha sido definida como “*la inmunidad de coacción para abrazar la fe religiosa y ordenar la propia vida individual o social de acuerdo con esas creencias*”¹⁰⁸²; garantía de un espacio de no injerencia frente a otros (sentido negativo de la libertad, en su concepción típicamente liberal)¹⁰⁸³ que a su vez permite la autonomía del individuo¹⁰⁸⁴; pero al mismo tiempo el derecho a ajustar la conducta propia a las convicciones religiosas. Ahora bien, ha de diferenciarse el derecho a la libertad religiosa, en su vertiente objetiva y subjetiva, de la libertad religiosa como principio. Del contenido de la Constitución se desprende que la libertad religiosa no sólo se corresponde a un derecho, sino que también se erige como un principio hermenéutico del ordenamiento jurídico. La libertad religiosa conforma un orden valorativo que influye e irradia a todos los ámbitos jurídicos del país. Desde este punto de vista puede entenderse que la libertad religiosa como principio posee un carácter hermenéutico que orienta la creación, interpretación y aplicación del Derecho. Todos los operadores jurídicos deben tener en

¹⁰⁸⁰ LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: “Libertad religiosa y concordato”. *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, 2003, núm. 21, p. 208.

¹⁰⁸¹ TAYLOR: “Por qué necesitamos...”, en AAVV: *El poder de la religión...*, op. cit., pp. 39-40.

¹⁰⁸² BARRERO ORTEGA, Abraham: *La libertad religiosa en España*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 91.

¹⁰⁸³ Lógicamente al derecho a no sufrir injerencias corresponde el deber de un tercero de abstenerse (un no hacer): “*La llibertat d'una persona que consisteix en el fet que li és permès un capteniment determinat pel fet que no està prohibit és garantida per l'ordre jurídic només en la mesura que aquest ordre mana a les altres persones de respectar aquesta llibertat, els prohibeix d'introduir-se en l'esfera d'aquesta llibertat, és a dir, prohibeix un capteniment mitjançant el qual algú és impedit dur a terme el capteniment que no li està prohibit i que, en aquest sentit, li és permès. Només aleshores, doncs, el capteniment que no està prohibit i, en aquest sentit negatiu, és permès pot ser vàlid com a capteniment justificat, és a dir, com el contingut d'una justificació que constitueix el reflex d'un deure corresponent*”. KELSEN, Hans: *Teoría pura del Dret*. Vol. I. 1ª edición. Barcelona: Edicions 62, 1988, pp. 90-91.

¹⁰⁸⁴ La relación entre la libertad en su sentido negativo y la autonomía individual ha sido explicado del siguiente modo: “*Negative freedom, freedom from coercive interferences, is valuable inasmuch as it serves positive freedom and autonomy. It does so in several ways. Coercing another may express contempt, or at any rate disrespect for his autonomy. Secondly, it reduces his options and therefore may be to his disadvantage. It may, in this way, also interfere with his autonomy. It may but it need not: some options one is better off not having. Others are denied one so that one will improve one's options in the future. In judging the value of negative freedom one should never forget that it derives from its contribution to autonomy*”. RAZ: *The morality...*, op. cit., p. 410.

cuenta el contenido y consideración constitucional de la libertad religiosa en todo momento¹⁰⁸⁵.

Hasta aquí se ha examinado la libertad religiosa desde un punto de vista jurídico-formal. Sin embargo, no se puede dejar al margen denuncias como las realizadas por algunas de las minorías religiosas que ponen de manifiesto que España realizó una transición política, pero quedaría pendiente realizar una verdadera transición religiosa; es decir, se ha de terminar aún un proceso por el cual se transita de un régimen confesional a otro que garantice de forma real y efectiva el pluralismo religioso, y la no discriminación de las distintas confesiones religiosas minoritarias¹⁰⁸⁶. Obviamente, que exista diversidad religiosa no significa que el pluralismo religioso se respete¹⁰⁸⁷. Si tales denuncias fueran ciertas en esencia (en un buen número de casos no están huérfanas de fundamentación, especialmente en relación al sistema concordatario y la aplicación de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa sólo a las confesiones minoritarias)¹⁰⁸⁸, entre otros preceptos estaría en entredicho el art. 9.2 CE tantas veces citado de forma más bien retórica al tratar de derechos fundamentales. En no pocos casos la regulación de un derecho y su garantía real están separadas por una gran distancia, y la magnitud de dicha distancia marcará cuán sana es la vigencia de los derechos fundamentales en la relación laboral, extremo que se deberá ir analizando según se avance en la exposición. Además, para conocer el estado de salud de la libertad religiosa en un país no es suficiente conocer el trato que se otorga a las confesiones minoritarias más tradicionales, sino que ha de comprobarse cómo se regula la situación jurídica y el ejercicio de sus derechos por parte de los miembros de las religiones, o los fenómenos espirituales más novedosos¹⁰⁸⁹. Y todo ello depende de la aplicación de una normativa muy profusa, tanto estatal como internacional, incluida la comunitaria, que regula un ámbito social muy plural y cambiante¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁵ BARRERO ORTEGA: *La libertad religiosa...*, op. cit., p. 120-126.

¹⁰⁸⁶ LÓPEZ LOZANO, Carlos y BLÁZQUEZ BURGO, Mariano: "Problemática jurídica general de las iglesias evangélicas españolas", en AAVV: *Pluralismo religioso y Estado de derecho*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 182. Tales autores enfatizan que dicha transición religiosa podrá darse por terminada "cuando existan unas normas y unos mecanismos eficaces que permitan proteger a las personas y a las instituciones de las situaciones de desigualdad lesiva o de la discriminación que, de hecho y de derecho, persisten en la actualidad".

¹⁰⁸⁷ "Diversidad religiosa no significa necesariamente pluralismo religioso entendido como una situación de derecho que supone el respeto y valoración de la diversidad religiosa como una realidad positiva para la ciudadanía y para el bien común. La diversidad religiosa ha convivido y sigue conviviendo con demasiada frecuencia con, por un lado, situaciones de dominio de una tradición religiosa sobre las otras que viven sumisas en contextos de marginación, discriminación o exclusión y, por otro lado, con un laicismo beligerante que reduce la religión al ámbito de la vida privada". TORRADEFLOT: "El cristianismo y el diálogo...", en AAVV: *Historia...*, op. cit., pp. 556-557.

¹⁰⁸⁸ "Este modelo de ordenación de las confesiones y creencias que podríamos calificar como de monoculturalismo confesional o hegemonía monocultural ya no es válido y debe ser revisado. No sólo por razones del respeto debido a toda libertad de conciencia, a la igualdad entre los ciudadanos, a la confesionalidad o laicidad del Estado y en definitiva al respecto que se le debe al pluralismo existente en la sociedad, sino también porque a nuestro juicio es un elemento generador de riesgos para la cohesión social". MAYORAL CORTÉS: "Libertad religiosa y laicidad...", en AAVV: *La nueva realidad...*, op. cit., p. 247.

¹⁰⁸⁹ "The new religions have become a unique barometer and challenge policies and practice with regard to religious tolerance". MARTIN: "Inter-faith dialogue...", en AAVV: *Encuentro de las tres...*, op. cit., p. 45.

¹⁰⁹⁰ De hecho, se ha definido el derecho a la libertad religiosa desde el punto de vista de la intensidad en la regulación de la materia por parte del Estado. Así, se ha afirmado que la libertad religiosa "represents the degree to which a government regulates the religious marketplace". Un mercado que se caracteriza por ser competitivo entre las diferentes organizaciones religiosas y

Asimismo, por las circunstancias y el contexto en que se negoció el texto que finalmente acabó siendo la Constitución hoy vigente, la Carta Magna no hace ninguna referencia a la memoria histórica; es decir, al reconocimiento de aquellas personas que fueron represaliadas por razón de sus convicciones religiosas, o por otras razones, especialmente los creyentes de las minorías religiosas. Por tal razón, algún estatuto de autonomía sí ha hecho referencia a tal problemática. Por ejemplo, es el caso del art. 54 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. Dicho precepto, concretamente en su apartado segundo, contiene una obligación programática: "*La Generalitat ha de vetllar perquè la memòria històrica es converteixi en símbol permanent de la tolerància, de la dignitat dels valors democràtics, del rebuig dels totalitarismes i del reconeixement de totes les persones que han patit persecució a causa de llurs opcions personals, ideològiques o de consciència*".

4.2. Objeto del derecho a la libertad religiosa y diferenciación con la libertad ideológica

Una vez examinada la regulación del derecho y su naturaleza jurídica como derecho subjetivo de carácter fundamental, es menester analizar su objeto, una tarea que entraña evidentes dificultades. Es especialmente relevante determinar el objeto del derecho a la libertad religiosa si se pretende identificar las conductas que puedan concurrir en un determinado centro de trabajo y que serían tributarias de ser encuadradas en su esfera protección.

Llegados a este punto, puede ser útil realizar una mayor profundización respecto al concepto de tolerancia y a la relación entre poder público y sujeto privado contenidos en la obra de LOCKE. La diferenciación entre los postulados liberales del autor inglés en relación con la relación laboral tal y como se entiende en la contemporaneidad ayudará de forma muy gráfica a la presente exposición. Desde un prisma netamente liberal, LOCKE defendía en su *Ensayo sobre la tolerancia* que "el culto religioso, al ser homenaje que yo rindo al Dios que adoro en la forma que juzgo que le es aceptable, y al ser una actividad o comercio que se establece exclusivamente entre Dios y yo, no contiene de suyo ninguna acción que perturbe a la comunidad"¹⁰⁹¹. Dicho aserto tiene su validez si se enmarca en la noción de la sociedad conceptuada por el liberalismo, una sociedad en el que todos los sujetos son esencialmente iguales y se diferencia entre su esfera pública y la privada, que son considerados ámbitos casi estancos. Sin embargo, lo cierto es que con la industrialización, aparece y se multiplica exponencialmente la figura del trabajador por cuenta ajena que presta servicios para el empresario, un empresario o empresa cada vez de mayor dimensión, en ejecución del contrato de trabajo. Y dicha ejecución del contrato se produce en el seno del centro de trabajo, que a su vez conforma una comunidad humana mucho más impermeable y cerrada que la comunidad social de la que hablaba el pensador inglés.

grupos, que frecuentemente lo pueden intentar monopolizar. Es decir, el espacio social en el que se mueven las distintas creencias es un espacio que se caracteriza por una pluralidad en distinto grado según tiempo y lugar y que está regulado por la autoridad pública en un modo que indicará el nivel de libertad religiosa existente". GILL: *The political origins...*, op. cit., pp. 40 y siguientes.

¹⁰⁹¹ LOCKE: *Ensayo y Carta...*, op. cit., p. 28.

Es en esa comunidad donde a partir de la industrialización el trabajador por cuenta ajena mora durante un tiempo sustancial de cada día¹⁰⁹², un tiempo y unos descansos que son regulados según una visión concreta; donde, por la antedicha característica, se ve obligado a consumir alimentos de cierta clase y de determinada manera; un lugar en el que para el desempeño de sus funciones ha de vestir frecuentemente según una indumentaria reglada y obligatoria (por ejemplo, uniforme); y, como no podía ser de otro modo, se erige como un lugar en el que el trabajador ha de convivir de acuerdo con sus propias creencias y en interacción con otros compañeros de trabajo y la contraparte del contrato de trabajo, el empresario. Todos ellos sujetos privados que, a su vez, sostienen sus propias creencias religiosas o que pueden carecer de ellas, y donde van formando identidades, comunes o no según las dinámicas de trabajo (por ejemplo, trabajadores extranjeros y nacionales; trabajadores de producción o de oficinas; operarios y capataces y supervisores...)¹⁰⁹³. Y todo ello a cambio de una prestación laboral y de un salario respectivamente¹⁰⁹⁴.

Constatada dicha realidad sociológica, no cabe sino disentir de la afirmación de LOCKE, que quizás podía ser correcta parcialmente respecto el contexto histórico en que se sostuvo su teoría; pero que ya no sirve por incompleta para responder a la realidad posterior a la aparición del trabajo asalariado por cuenta ajena, en el que la libertad religiosa deberá anclarse en otros fundamentos para extenderse a toda la población, y no sólo a los ciudadanos conceptuados según los cánones liberales. LOCKE, al verter sus ideas, no está pensando obviamente en el trabajador asalariado, sino que reflexiona en relación al artesano o profesional liberal. Dicho matiz tan relevante a los presentes efectos se detecta acto seguido en el *Ensayo sobre la tolerancia*, al desarrollar sus ideas

¹⁰⁹² En contra de lo que podría parecer a voz de pronto, y salvando las evidentes diferencias entre las dos épocas, la extensión de las jornadas de los trabajadores sigue siendo un tema preocupante en la sociedad española contemporánea, tal y como apunta certeramente la Asociación para la Racionalización de los Horarios Españoles (www.horariosenespana.es).

¹⁰⁹³ Las identidades se forman en diálogo permanente con otros sujetos con los que se interactúa o con los que se ha interactuado: "*We don't just learn the languages in dialogue and then go on to use them for our own purposes. We are of course expected to develop our own opinions, outlook, stances toward things, and to considerable degree through solitary reflection. But this is not how things work with important issues, likes the definition of our identity. We define our identity always in dialogue with, sometimes in struggle against, the things our significant others want to see in us. Even after we outgrow some of these others - our parents, for instance - and they disappear from our lives, the conversation with them continues within us as long as we live*". TAYLOR: *Multiculturalism and the politics...*, op. cit., pp. 32-33. Así, nuestra identidad o identidades se va conformando según se interactúa con la familia, con los compañeros de estudio, con los vecinos del barrio de residencia, y, no menos importante, al contrario, con los compañeros de trabajo y superiores jerárquicos. Es más, la identidad de un individuo está formada incluso por las experiencias vividas en puestos de trabajo anteriores, de ahí que, por ejemplo, las situaciones de discriminación puedan afectar mucho más allá del puesto en que uno fue objeto de discriminación.

¹⁰⁹⁴ Tal y como apunta el liberalismo clásico: "*The workman is generally dependent of the master, but not on any particular master; these two men meet in the factory, but do not know each other elsewhere; and while they come into contact on one point, they stand very far apart on all others. The manufacturer asks nothing of the workman but his labour; the workman expects nothing from him but his wages*". DE TOCQUEVILLE, *Democracy...*, op. cit., p. 256. Dicha constatación realizada hace más de un siglo continúa vigente en buena parte en la actualidad: trabajo a cambio de salario. O como describe gráficamente el autor: "*Between the workman and the master there are frequent relations, but no real association*" (p. 256). Al empresario, en principio, no le interesan las convicciones íntimas del trabajador, y al revés. Ahora bien, en la actualidad frecuentemente el empresario espera mucho más que el simple y estricto trabajo pactado y el trabajador querrá que se respeten sus derechos fundamentales, entre ellos la libertad religiosa, que le acompañará al centro de trabajo.

sobre la tolerancia del poder público al enfrentarse a las acciones de los sujetos privados. De este modo, el autor afirma que *“todos los principios prácticos u opiniones por los que los hombres piensan que están obligados a regular sus acciones respecto a los demás”*, y el autor cita expresamente, entre otros ejemplos, que *“puedan trabajar o descansar cuando mejor les convenga”*, son *“opiniones que, junto con las acciones que siguen de ellas tienen derecho a ser toleradas junto con todas las otras cosas que de suyo sean indiferentes; pero sólo en la medida en que no tiendan a la perturbación del Estado o no causen a la comunidad más inconvenientes que ventajas”*¹⁰⁹⁵. Es decir, para el autor inglés el poder público debe ser tolerante respecto a decisiones en el ámbito privado y frente a demás sujetos privados como son el hecho de trabajar o no, siempre y cuando no afecten a la comunidad; pero obviamente se refiere a sujetos cuya relación contractual es claramente mercantil, una relación jurídica entre iguales, ya que para un trabajador por cuenta ajena el hecho de trabajar o no se debe enmarcar en las obligaciones contractuales de naturaleza laboral cuya dinámica se desarrolla respecto a dos sujetos en posición desigual; y no dependen de su mera voluntad. Las acciones del empresario se rigen en su mayor parte por su conciencia; las del trabajador por su conciencia y asimismo por las obligaciones contractuales, gran partes de ellas nacidas en el ejercicio empresarial del poder de dirección y organización. Así, dichas acciones llevadas a cabo en el seno del centro de trabajo pueden ser acciones motivadas por sus creencias religiosas, por su conciencia, y que, por lo tanto, pueden tener una afectación no sólo en el seno del contrato de trabajo, sino también tener una trascendencia pública. Un ejemplo claro sería una pausa del trabajador para rezar. Por un lado, el trabajador quizás incumple una obligación contractual, pero al mismo tiempo quizás por la motivación o el modo de realizar la pausa se ve amparado por la legalidad.

La existencia de trabajadores por cuenta ajena que interactúan en el seno del centro de trabajo según los elementos más arriba mencionados y según sus creencias o falta de creencias (menú de la cantina del centro de trabajo, uniformidad, pausa para rezar...), una realidad social incontestable especialmente en las plurales y complejas sociedades contemporáneas, pueden fácilmente perturbar el microcosmos existente en el centro de trabajo, y por extensión, y dependiendo del grado de conflicto, acabar afectando a la comunidad social y política en su conjunto. El trabajador por cuenta ajena a través de la ejecución del contrato de trabajo se inserta en la empresa donde, como un ciudadano más, debe desarrollar de forma continuada y probablemente diaria muchos de los actos más esenciales de la vida diaria intentando preservar sus derechos, su dignidad, y actuar según sus convicciones sin perturbar los de los demás¹⁰⁹⁶, lo que otorga a dicha relación una naturaleza social que fácilmente trasciende la esfera privada¹⁰⁹⁷ y que se aleja de una

¹⁰⁹⁵ LOCKE: *Ensayo y Carta...*, op. cit., p. 30.

¹⁰⁹⁶ Los riesgos del trabajo asalariado son apuntados, por ejemplo, por la Encíclica "Laborem Exercens": *"El trabajo es uno de estos aspectos, perenne y fundamental, siempre actual y que exige constantemente una renovada atención y un decidido testimonio. Porque surgen siempre nuevos interrogantes y problemas, nacen siempre nuevas esperanzas, pero nacen también temores y amenazas relacionadas con esta dimensión fundamental de la existencia humana, de la que la vida del hombre está hecha cada día, de la que deriva la propia dignidad específica y en la que a la vez está contenida la medida incesante de la fatiga humana, del sufrimiento y también del daño y de la injusticia que invaden profundamente la vida social dentro de cada Nación y a escala internacional"*.

¹⁰⁹⁷ Precisamente la distinción entre la esfera pública y privada en materia de religión aparece por doquier en Europa ya a principios de la Modernidad para preservar la cohesión de las diversas comunidades ante la división producida por la reforma protestante. Ante la siempre fiscalizada

simple relación entre el sujeto y la Divinidad en que crea cada individuo. O en el caso de los trabajadores ateos que interactúan con un empresario o compañeros de trabajo que sostienen determinadas creencias religiosas, la relación va más allá de la que pueda mantener dicho trabajador con sus íntimas convicciones morales o su conciencia. Así, no se está ante una relación individual entre trabajador y su Dios y/o su conciencia; sino ante una relación social *inter privados*, unos sujetos privados que distan de partir de una situación de igualdad, especialmente cuando se contraponen el trabajador con la figura del empresario o sus representantes y delegados. Y que se trate de una relación entre sujetos privados no significa que sus contornos no tengan trascendencia más allá de la relación laboral definida como una relación estrictamente privada, sino que por los derechos en juego, condicionará el rol de los poderes públicos en sentido amplio (legislador, jurisdicción, autoridad laboral, etc.), por situarse dicho ámbito social en la actualidad en la esfera pública.

De este modo, se puede afirmar que las acciones del trabajador (siempre debe existir una manifestación externa, apreciable por los sentidos)¹⁰⁹⁸ en el centro de trabajo pueden tener una trascendencia religiosa o no. Si la tienen, porque se acomodan a las reglas establecidas por su confesión religiosa¹⁰⁹⁹ o, lo que es más importante, así lo cree el sujeto de que se trate (convicción frente a la mera creencia u opinión), podrán estar amparadas por el derecho a la libertad religiosa¹¹⁰⁰. Dichas acciones con trascendencia religiosa podrán tener incidencia respecto a las obligaciones contractuales del trabajador; como podría tratarse de una acción religiosa intrascendente en el marco de la ejecución del contrato. En este caso el empresario no podría impedirla, pues probablemente ni siquiera quedaría dentro de la esfera de la potestad de dirección y organización de la cual el empresario es exclusivo titular. Si una conducta del trabajador con trascendencia religiosa entra en conflicto con dichas obligaciones contractuales, habrá que ponderar qué derecho prevalece, e incluso puede motivar que el destinatario de la obligación pueda incluso optar por la objeción de conciencia.

esfera pública, la esfera privada y familiar se convierte en un espacio y refugio para las prácticas religiosas que en público eran perseguidas. KAPLAN: *Divided...*, *op. cit.*, p. 195.

¹⁰⁹⁸ “Y es que el pensamiento, las creencias, la religión, etc. de los individuos son derechos que pertenecen a la esfera íntima de la persona y sólo se puede admitir una consideración jurídica de ellos desde el momento en que lleven aparejada una actividad externa, actividad que ha de garantizar y proteger”. ROSSELL GRANADOS: *La no discriminación...*, *op. cit.*, p. 22. SPINOZA diferencia pedagógicamente entre el “ejercicio de la piedad y del culto religioso externo” y “la misma piedad y del culto interno a Dios o de los medios por los que la mente se dispone internamente a dar culto a Dios con toda sinceridad”. La consecuencia de dicha distinción no podría ser otra: “El culto interno a Dios y la misma piedad son de derecho exclusivo de cada uno (...), el cual no puede ser transferido a otro”. SPINOZA: *Tratado...*, *op. cit.*, p. 397.

¹⁰⁹⁹ Obviamente, los creyentes estarán guiados y se verán obligados por las normas preceptivas de la confesión religiosa, que condicionarán su conducta: “La creencia es obra de nuestra imaginación, pero no somos libres de modificarla a nuestro gusto; es creación nuestra, pero no lo sabemos; es humana y la creemos divina; es efecto de nuestro poder y, sin embargo, es más fuerte que nosotros. La llevamos dentro sin poder abandonarla y siempre no está hablando; si nos manda, la obedecemos; si nos prescribe deberes, nos sometemos a ellos; y, finalmente, el hombre puede dominar la naturaleza, pero está sujeto a la fuerza de sus creencias”. COULANGES: *La ciudad...*, *op. cit.*, pp. 124-125. El autor define “creencia” como un conjunto de reglas comunes. Ante la diversidad de individuos que conformaron las primeras ciudades fue necesario un sistema normativo de aplicación a todos ellos, sistema dado por la religión.

¹¹⁰⁰ Un matiz importante entre el sujeto y el objeto protegido es el siguiente: “El objeto de la libertad es (...) las creencias o las convicciones. Pero «el» protegido es la persona. La persona en una dimensión «religacional». Por tanto, no es una libertad dirigida a proteger la elección, sino un aspecto operacional de la vida humana”. PALOMINO LOZANO: *Religión y derecho...*, *op. cit.*, p. 150.

Asimismo, el trabajador puede llevar a cabo una acción que en el marco de una empresa ordinaria no comportaría ningún tipo de trascendencia, pero en el contexto de una empresa ideológica puede adquirir trascendencia religiosa y además jurídica. Por ejemplo, un profesor de enseñanza primaria que presta servicios en una escuela con un ideario ultrarreligioso contrae matrimonio con otra persona del mismo sexo. En ese caso habría que analizar qué derecho debería prevalecer de los varios que entran en juego.

Volviendo a LOCKE es interesante observar cómo dicho autor también diferencia en su *Carta sobre la tolerancia* cuando una misma acción tiene o no trascendencia religiosa y, según ello, la autoridad pública no debe ser tolerante y ha de intervenir. De este modo, ejemplifica tal situación mediante el supuesto de que en un acto religioso se sacrifique un animal. Para el autor debe ser indiferente para la autoridad si dicho sacrificio es apto o no para agrandar a Dios, ya que ello depende de la creencia de cada uno, y la autoridad no debe inmiscuirse ante asuntos religiosos. Ahora bien, dicha acción de sacrificio que *prima facie* tendría una trascendencia religiosa y, por lo tanto, se trata de un asunto ajeno a la autoridad, por otras razones puede convertirse en un asunto de interés público que legitimaría y obligaría a la autoridad a intervenir (hecho con trascendencia religiosa a su vez posee una trascendencia jurídica). Un ejemplo sería el de la existencia de una ley que, ante la falta temporal de alimentos provocados por una plaga, decreta la prohibición de sacrificar animales sino es para el consumo humano¹¹⁰¹. Esta referencia es interesante porque demuestra cómo una misma acción, considerada de forma abstracta, puede o no comportar una trascendencia religiosa, y, por motivos bien diversos, dicha naturaleza puede cambiar de forma inmediata, lo que acarrea consecuencias jurídicas muy diferentes y puede crear nuevos conflictos entre derechos¹¹⁰². En la actualidad dicho ejemplo podría acarrear un conflicto entre la Administración que defiende el interés común del aprovisionamiento suficiente de carne; por otro lado, el derecho a la libertad religiosa de la comunidad religiosa que realizara el sacrificio (el sacrificio animal es de gran relevancia religiosa en el judaísmo, el islam o la santería); y, por último, no se podrían desdeñar las actuales leyes de defensa de los derechos de los animales¹¹⁰³.

¹¹⁰¹ LOCKE: *Ensayo y Carta...*, *op. cit.*, pp. 94-95.

¹¹⁰² Precisamente el jurista parte de una situación, hecho o comportamiento empírico cualquiera (en esta caso con relación al fenómeno religioso) y lleva a cabo una abstracción de sus rasgos específicos. Entonces se cualifica el ente abstracto extraído de la realidad social a tenor de la normativa en materia de libertad religiosa. Así, se configura la categoría jurídica, que en el presente supuesto sería la de hecho con connotación religiosa que conlleva ciertas consecuencias jurídicas. Sobre dichas operaciones jurídicas *vid.* CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón: *Elementos de análisis jurídico*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 1999, pp. 97-99.

¹¹⁰³ Tales problemáticas pueden analizarse en la STEDH de 27 de junio de 2010, caso Chaare Shalom Ve Tsedek contra Francia (TEDH 2000, 144), conflicto que es comentado en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: "Sacrificios rituales de animales, autorización administrativa y libertad religiosa (Sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia, de 27 de junio de 2000)". *Revista de Administración Pública*, 2003, núm. 161, pp. 221-238. La jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense tampoco ha quedado al margen de esta tipología de conflictos. En el caso *Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*, 508 US 520 (1993) se examina el conflicto generado por el derecho de unos ciudadanos seguidores de las creencias de la santería y las autoridades de una población de Florida. Los santeros pretenden abrir un templo y la Administración, con clara voluntad de evitarlo, adopta una estricta normativa en materia de sacrificio de animales, conscientes que dicha práctica es inherente a la santería. Si bien en la práctica vulnera el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, lo cierto es que dicha normativa paradójicamente no impedía el sacrificio en otros ámbitos, como el sacrificio para consumir los animales sacrificados o la experimentación científica con ellos.

Es necesario resaltar que aquí se habla de acción, porque lo que al Derecho interesa es el hecho jurídico, no el mero pensamiento o creencia, sobre el que el ordenamiento jurídico a duras penas alcanza a incidir. Por ejemplo, el derecho a la libertad religiosa garantiza que el creyente pueda formar libremente sus propias convicciones, lo que le protegería frente a intentos de "lavado de cerebro" u otras intromisiones al claustro más íntimo de la persona; pero por otro lado no puede impedir que una persona mantenga un *odium teologicum* contra otra que no se materialice en hechos concretos que sean aptos para tener trascendencia jurídica¹¹⁰⁴. El mero pensamiento no posee trascendencia social y, por lo tanto, tampoco jurídica. En cambio sí es relevante la acción que produce determinado hecho de relevancia jurídica¹¹⁰⁵ porque tal hecho satisface la descripción que aparece como condición de aplicación de la norma jurídica¹¹⁰⁶. Es obvio que en la mayoría de religiones es fundamental el aspecto mental del creyente, las ideas, la concepción psicológica de la fe, el convencimiento¹¹⁰⁷. Todo ello puede acarrear fácilmente una trascendencia religiosa. Un ejemplo gráfico es el mismo concepto de pecado en el marco de la religión católica. Un mal pensamiento puede erigirse como pecado, es decir, según el credo católico tendrá una consecuencia religiosa. Ahora bien, el hecho jurídico es aquel que da lugar a consecuencias o efectos jurídicos, o sea, se constituye como presupuesto de hecho de una norma jurídica. Así, se puede definir como hecho jurídico *"todo acontecimiento o estado – en general, todo suceso o falta del mismo (ya que también hay hechos negativos) - al que por su sola realización, o juntamente con*

¹¹⁰⁴ Todo ordenamiento posee unas limitaciones materiales obvias: *"Com que un ordre jurídic - igual com tot ordre social normatiu - només pot manar unes accions i unes omissions completament determinades, la persona mai no pot ser limitada en la seva llibertat per un ordre jurídic pel que fa a la seva existència total pel que fa al conjunt del seu capteniment extern i intern, de la seva actuació, de la seva voluntat, del seu pensament i del seu sentiment. L'ordre jurídic pot limitar més o menys la llibertat d'una persona en la mesura que exerceix més o menys autoritat sobre ella"*. KELSEN: *Teoría pura...*, op. cit., Vol. I, p. 92. Naturalmente, un Estado totalitario, haciendo honor a su calificativo, intentará incidir en lo posible en la totalidad de la esfera de las personas para limitar su libertad, incluida la religiosa.

¹¹⁰⁵ Como aclara LLAMAZARES FERNÁNDEZ, la percepción por el sujeto de sí mismo como "yo" referencial de cuanto hace y de cuanto le acontece constituye un fenómeno interno no controlable por el Derecho. Deja de serlo en el momento que se exterioriza, voluntaria o involuntariamente, pero de forma unívoca. En el citado supuesto es cuando *"la expresión misma es jurídicamente relevante, y jurídicamente controlable es también la coherencia o incoherencia entre convicción interna o conducta externa"*. LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la libertad...*, op. cit., Vol. I, pp. 18-19.

¹¹⁰⁶ *"Una norma es aplicable cuando en el mundo real se dan los hechos que satisfacen la descripción que aparece como condición de aplicación de tal norma"*. CAPELLA HERNÁNDEZ: *Elementos de análisis...*, op. cit., p. 96. Las descripciones de las condiciones de aplicación remiten a la situación fáctica del mundo que condiciona la operatividad de la proposición normativa (p. 66). Desde el punto de vista kelseniano: *"Si hom analitza (...) qualsevol dels fets que són interpretats com a dret o bé es relacionen d'alguna manera amb el dret, com ara una resolució parlamentària, un acte administratiu, una sentència judicial, un assumpte jurídic, un delicte, llavors hom pot distingir dos elements: l'un és una acte perceptible sensiblement, un acte que s'esdevé en el temps i l'espai, o bé un seguit d'actes d'aquesta mena, un procés manifest de capteniment humà; l'altre és la significació jurídica de l'acte, és a dir, la significació que té l'acte a causa del dret"*. KELSEN: *Teoría pura...*, op. cit., Vol. I, p. 38.

¹¹⁰⁷ Tal y como afirman los adventistas *"las leyes humanas se refieren únicamente a los actos externos"*, pero, en cambio, la ley religiosa (para dicha confesión, como para la gran mayoría de confesiones religiosas, la "ley divina") *"abarca nuestros pensamientos más secretos, nuestros deseos y emociones, como los celos, la envidia, la concupiscencia y la ambición"*. AAVV: *Creencias de los Adventistas del Séptimo Día*. 3ª edición. Madrid: Safeliz, 1989, pp. 270-271.

otros, liga el Derecho objetivo la producción de un efecto, que es efecto jurídica en cuanto dispuesto por ese Derecho objetivo”¹¹⁰⁸.

Será, pues, tarea del iuslaboralista detectar qué hechos insertos en la dinámica de la relación laboral, es decir, el resultado de acciones, conductas u omisiones del trabajador o del empresario, guardan algún tipo de relación con el fenómeno religioso y, al mismo tiempo, conforman parte del supuesto de hecho de una norma jurídica al que anuda unas consecuencias jurídicas determinadas. Como se puede apreciar, una tarea nada fácil en la práctica¹¹⁰⁹, que provoca que el jurista deba poseer no sólo sus habituales conocimientos jurídicos, sino que ha de poseer un mínimo de sensibilidad y conocimiento, y ha de examinar la realidad social en la que las normas jurídicas han de aplicarse; es decir, las estructuras, normas internas y dinámicas de las confesiones religiosas¹¹¹⁰. Un conocimiento somero de las normas religiosas de cada confesión religiosa puede aportar

¹¹⁰⁸ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*. Vol. II, 14ª edición. Barcelona: José María Bosch Editor, 1996, p. 126. Según la teoría kelseniana: "El fet manifest, el qual és conforme a la seva significació objectiva un acte lícit o de dret (o bé un acte il·lícit o contra el dret), constitueix en tots els casos, per tal com es desenvolupa en el temps i en l'espai, un esdeveniment sensiblement perceptible, una peça de la natura que, com a tal, està determinada per lleis causals. Això no obstant, aquest esdeveniment com a tal, com a element del sistema de la natura, no és pas un objecte de coneixement específicament jurídic ni és consegüentment en general res de jurídic. Allò que converteix aquest fet en un acte de dret (o contra el dret) no és pas la seva realitat efectiva, el seu ésser natural, és a dir, l'ésser determinat per les lleis causals i inclòs el sistema de la natura, sinó el sentit objectiu que va unit amb aquest acte, la significació que té. El fet en qüestió obté el sentit específicament jurídic, la seva significació pròpiament jurídica, en virtut d'una norma que amb el seu contingut s'hi refereix, una norma que li atorga la significació jurídica, de tal manera que l'acte pot ser interpretat conforme aquesta norma". KELSEN: *Teoría pura...*, op. cit., Vol. I, p. 40.

¹¹⁰⁹ Aunque en la presente investigación no se va más allá, para no incurrir en una desviación excesiva de su objeto, el jurista tiene en sus manos una tarea mucho más ardua de lo que pudiera parecer, que no sólo se limita a realizar sus operaciones intelectuales a partir del hecho acaecido. Como afirma LARENZ, el hecho en cuanto enunciado "no está «dado» de antemano al que enjuicia, sino que tiene que ser primero formado por él, por un lado, atendiendo a su posible significación jurídica. La actividad de los juristas no empieza, de ordinario, en el enjuiciamiento jurídico del hecho que se le presenta terminado, sino ya en la formación del hecho accesible a su enjuiciamiento jurídico". LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*. 2ª edición. Barcelona, Ariel, 2001, p. 272. Sobre la problemática de la reconstrucción de los hechos jurídicamente relevantes vid. CAPELLA HERNÁNDEZ: *Elementos de análisis...*, op. cit., pp. 132 y siguientes.

¹¹¹⁰ "Understandings of what religion is or what religions are about are important for addressing issues of law or even of preference and taste (...). It may take a religious scholar or jurist of religious sensibilities to throw special light on the issue of what is at stake in the sensibilities of other religionists". MARTY, Martin E.: "Religious dimensions of human rights", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Religious perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, p. 6. Tal y como indica Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN el supuesto de hecho de la norma jurídica, mediante una prefiguración intelectual, es "la realidad futura y posible, pero lo hace casi siempre utilizando una descripción de la que forma parte las experiencias existentes respecto de las realidades pretéritas. Al mismo tiempo, como quiera que la descripción tiene que ser abstracta y general, asume una cierta tipología respecto de los casos que quiere comprender". Lo interesante es que dicha operación, aparte de requerir una técnica especial, necesita que se opere con conceptos que con frecuencia son extrajurídicos y que "pueden haber sido tomados de otras ciencias, de un repertorio de saberes prácticos o simplemente del lenguaje espontáneo y de los modos de vida social". El autor ejemplifica sus argumentos poniendo de relieve que el antiguo art. 1 CC mencionaba las islas adyacentes a la península, las Canarias y los territorios de África. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Experiencias jurídicas...*, op. cit., p. 58. Pues bien, *mutatis mutandis* si en una norma que desarrolle la libertad religiosa consta como presupuesto de hecho el concepto de "ministro de culto" es claro que para una correcta aplicación de la norma el operador jurídico tendrá que conocer, por ejemplo, que el ministro religioso en el Islam es el imam.

luz en la comprensión de muchos supuestos que serían difícilmente solventables simplemente teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico secular y que pueden guardar relación con ámbitos tan dispares como la alimentación, la utilización de simbología religiosa, los descansos, las festividades, etc.; es decir, aspectos que se encuentran habitualmente en la escuela, en el ámbito familiar o en el centro de trabajo, que se erigen como punto de interconexión entre los hechos de trascendencia religiosa, según las normas religiosas, y las normas jurídicas seculares en materia de libertad religiosa¹¹¹¹. Asimismo, tales conocimientos ayudarán a constatar la existencia de unas verdaderas convicciones religiosas y su carácter sincero. No se pierda de vista que el ciudadano -trabajador- creyente ajustará su comportamiento a las normas de aplicación a cualquier ciudadano, a las normas laborales (incluidos los derechos fundamentales inespecíficos, como es el derecho a la libertad religiosa) y a las normas morales que conformen sus convicciones religiosas.

Así, para llevar a cabo con solvencia la tarea descrita, hay que determinar de forma clara cuál es el objeto de protección de la libertad de pensamiento, en el cual están insertas libertades como la ideológica y la religiosa. Para PRIETO SANCHÍS la libertad religiosa constituye una “proyección del valor superior de la libertad en el ámbito de Derecho eclesiástico, supone el reconocimiento de un ámbito de inmunidad en orden a la realización del acto de fe y de cuantas expresiones individuales y colectivas aquél lleva aparejado”. Es decir, “la libertad religiosa genera un deber de abstención o no interferencia tanto para poderes públicos como para todos los sujetos privados”¹¹¹². Esta última idea debe ser retenida, ya que el citado deber de abstención o no interferencia también debe afirmarse en el seno de la relación jurídica que liga al empresario y al trabajador por cuenta ajena nacida del contrato de trabajo en relación al acto de fe y sus expresiones¹¹¹³. Si existe interferencia o coerción la fe no puede desarrollarse de forma óptima, genuina, y, por lo tanto, no se podrá hablar de libertad religiosa¹¹¹⁴.

En cuanto al objeto de la libertad religiosa, siguiendo a LLAMAZARES FERNÁNDEZ, se puede afirmar que las meras opiniones quedan dentro del objeto de la libertad de

¹¹¹¹ “Las reglas religiosas que todo fiel está obligado a observar se manifiesta con frecuencia en forma de exigencias de reconocimiento jurídico por los poderes públicos: reconocimiento del derecho a alimentarse o vestir de una forma determinada, de contraer matrimonio ante la autoridad religiosa, de quedar exentos del servicio militar, etc. No se pueden entender esas exigencias sin comprender las reglas religiosas en que se apoyan”. FERRARI: *El espíritu de los derechos...*, op. cit., pp. 322-323. Es más, el conocimiento de los ordenamientos jurídicos religiosos “afecta a todas las realidades – escuela, familia, empresa y otras – que tienen que ver con estas cuestiones y están de algún modo obligadas a elaborar una respuesta”.

¹¹¹² PRIETO SANCHÍS: “Principios constitucionales...”, en AAVV: *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 26.

¹¹¹³ La mayoría de confesiones religiosas enfatizan la necesidad de respetar un espacio de libertad alrededor del acto de fe. En el caso de la Iglesia Católica, en la Declaración *Dignitatis humanae* se afirma, entre otros extremos, que “nadie debe ser forzado a abrazar la fe contra su voluntad. Porque el acto de fe es voluntario por su propia naturaleza, ya que el hombre, redimido por Cristo Salvador y llamado por Jesucristo a la filiación adoptiva, no puede adherirse a Dios que se revela a sí mismo, a menos que, atraído por el Padre, rinda a Dios el obsequio racional y libre de la fe. Está por consiguiente en total acuerdo con la índole de la fe que quede excluido cualquier género de imposición por parte de los hombres en materia religiosa” (10).

¹¹¹⁴ “To believe is a voluntary act. To be true to itself, authentic religion must wait upon the voluntary responses of persons who are free of coercion in order for religious faith to be genuine and to be true to itself”. WOOD: “An apologia...”, en AAVV: *Religious human...*, op. cit., p. 463. En el mismo sentido p. 466.

expresión regulada en el art. 20 de la Constitución. En cambio, las convicciones¹¹¹⁵ que forman parte del núcleo de la cosmovisión y de la comprensión de la identidad del individuo, que se erigen como deberes y mandatos que guían su comportamiento¹¹¹⁶, y el resto de ideas que no constituyan meras opiniones¹¹¹⁷ tendrán cobertura en el art. 16 CE y la única limitación será el orden público¹¹¹⁸. Naturalmente, dicha posición está reforzada por la doctrina vertida por el Tribunal Constitucional¹¹¹⁹. Es más, en opinión del autor, las creencias y las ideas que formen parte del núcleo de la cosmovisión del individuo limitan la acción imperativa del Derecho (privacidad e intimidad) y en determinados supuestos pueden liberar al individuo de la eficacia vinculante de las normas jurídicas a través de la objeción de conciencia¹¹²⁰, tal y como se examina en otro apartado de la investigación.

Como se ha podido comprobar, el derecho a la libertad ideológica y el derecho a la libertad religiosa mantienen un origen histórico común, porque con fundamento en nociones de tipo religioso o extrarreligioso la persona siempre ha establecido un sistema de valores, compartido o no, con otras personas que, a su vez, condiciona sus lealtades, y que determina qué se considera bueno o malo, respecto al cual intenta guiar su existencia y que evoluciona conforme avanza dicha existencia¹¹²¹. Y, con algunas

¹¹¹⁵ Definidas por el autor como “*creencias e ideas inseparables de ellas, vividas y sentidas como parte de uno mismo*”.

¹¹¹⁶ KANT diferenciaba claramente entre las acciones guiadas por un deber genuino y los meros caprichos y conductas triviales: “*Por amor a la humanidad quiero conceder que la mayoría de nuestras acciones son conformes al deber; pero si se miran de cerca sus caprichos y cavilaciones uno tropieza por doquier con ese amado yo, que siempre descuella, sobre el cual se apoya su propósito, y no sobre el ese severo mandato del deber que muchas veces exigiría abnegación*”. KANT, Immanuel: *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. 1ª edición. Madrid: Alianza, 2006, p. 83-84.

¹¹¹⁷ Las ideas han sido contrastadas por el individuo, las opiniones no. Las ideas se apoyan en otras ideas y forman parte de un sistema coherente. La mera opinión parte de una hipótesis nueva, no contrastada, y ligada a un acontecimiento aislado.

¹¹¹⁸ Desde una visión contractualista se ha defendido que la garantía del orden público no significa que los intereses públicos sean superiores a las convicciones individuales: “*Liberty of conscience is limited, everybody agrees, by the common interest in public order and security. This limitation itself is readily derivable from the contract point of view. First of all, acceptance of this limitation does not imply that public interests are in any sense superior to moral and religious interests; nor does it require; nor does it require that government view religious matters as things indifferent or claim the right to suppress philosophical beliefs whenever they conflict with affairs of state*”. RAWLS: *A theory of justice...*, op. cit., p. 212.

¹¹¹⁹ En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la STEDH de 25 de febrero de 1982, caso Campbell y Cosans contra el Reino Unido (TEDH 1982, 1), se explica el concepto de “convicciones”: “*La palabra "convicciones", si se considera aisladamente y en su acepción habitual, no es sinónima de "opinión" e "ideas", tal como las emplea el artículo 10 del Convenio, que garantiza la libertad de expresión; aparece también en la versión francesa del artículo 9 (en inglés "beliefs"), que consagra la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Se aplica a la opinión que alcanza determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia*” (36).

¹¹²⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la libertad...*, op. cit., Vol. I, pp. 20-22. Como es sabido, para dicho autor el “derecho matriz” es la libertad de conciencia, donde se insertarían derechos más restringidos como son la libertad ideológica o la libertad religiosa, el segundo subsumido en el primero. Para dicho autor “*todo sistema de ideas y creencias, explicativo del universo, puede ser teológico o no, religioso o no, según que a la cabecera del sistema figure o no la creencia en una fuerza superior (trascendente o inmanente), y según que el último criterio de contrastabilidad sea la fe en esa realidad superior, en el misterio y en el milagro, o la adecuación con la realidad percibida experiencialmente por el hombre*”.

¹¹²¹ “*Persons also have at any given time a determinate conception of the good that they try to achieve. Such a conception must not be understood narrowly but rather as including a conception*

diferencias en relación al ordenamiento constitucional español, tales derechos a la libertad ideológica y religiosa han sido regulados de manera conjunta en los principales instrumentos jurídicos internacionales, incluidos los comunitarios. En cambio, y sin desconocer sus vínculos y analogías, el Tribunal Constitucional ha configurado ambos derechos como derechos autónomos, aunque con iguales garantías¹¹²². Así, la STC 177/1996, de 11 de noviembre (BOE 17 de diciembre de 1996) diferencia entre ambos derechos del siguiente modo: "*El derecho a la libertad religiosa del art. 16.1 CE 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. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio art. 16.1 CE, incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros*" (Fundamento Jurídico Noveno).

La libertad religiosa, en cuanto derecho subjetivo¹¹²³, posee una doble dimensión, interna y externa (STC 34/2011, BOE 28 de abril de 2011, Fundamento de Derecho Tercero, que recoge otras sentencias)¹¹²⁴, pero también una dimensión negativa:

1) Dimensión interna: el derecho 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 individual¹¹²⁵. Faculta a la persona

of what is valuable in human life. Thus, a conception of the good normally consists of a more or less determinate scheme of final ends, that is, ends we want to realize for their own sake, as well as attachments to other persons and loyalties to various groups and associations. These attachments and loyalties give rise to devotions and affections, and so the flourishing of the persons and associations who are the objects of these sentiments is also a part of our conception of the good. We also connect with such a conception a view of our relation to the world - religious, philosophical, and moral - by reference to which the value and significance of our ends and attachments are understood. Finally, persons' conceptions of the good are not fixed but form and develop as they mature, and may change more or less radically over the course of life". RAWLS: Political liberalism..., op. cit., pp. 19-20. Asimismo, vid. p. 302.

¹¹²² En este sentido, se ha afirmado que el art. 16 CE, literalmente, "*parece estar refiriéndose en singular a una libertad y a una garantía, pero en realidad reconoce y garantiza conjuntamente dos libertades fundamentales de ámbito personal, la ideológica y la religiosa, que tienen sustantividad propia aunque estén íntimamente relacionadas entre sí por provenir de un tronco histórico común*". CÁMARA VILLAR, Gregorio: "Principio de igualdad y derechos individuales", en AAVV: *Derecho Constitucional*. Vol. II. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 1999, p. 88. Para el autor, el art. 16 CE es la expresión de una genérica libertad de pensamiento o conciencia.

¹¹²³ Como nos recuerda DE PÁRAMO ARGÜELLES, "*los derechos fundamentales son un tipo o especie del género derechos subjetivos, concepto moderno que hace referencia en su origen histórico a un ámbito de soberanía individual como resultado de una manifestación o poder de la voluntad*". DE PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón en AAVV: *Constitución y derechos fundamentales*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de la Presidencia, 2004, p. 199.

¹¹²⁴ Dicha doble dimensión de la libertad, interna y externa, ha sido explicada del siguiente modo: "*Persons are free internally when their spirit in its deliberations, decisions, and actions is independent, when it is not imposed or hampered by an outside agent or by their own unruly passions. They are free externally when no outside power coerces them physically or sets up obstacles for their intended actions*". ORSY S.J.: "The divine dignity...", op. cit., p. 17.

¹¹²⁵ Sin duda, las convicciones religiosas forman parte del claustro más íntimo del ser humano: "*Con relación a los objetos sensibles la conciencia del objeto es separable de la conciencia de sí; pero en el caso del objeto religioso coincide inmediatamente la conciencia con la autoconciencia. El objeto sensible es exterior al hombre, el objeto religioso está en él, le es interior; por eso es un objeto que no le puede abandonar, como tampoco le abandona su autoconciencia o su conciencia moral. Es un objeto íntimo, el más íntimo y próximo de todos los objetos*". En palabras de FEUERBACH "*todo lo que existe, posee un valor, es un ser dotado de distinción; por eso se afirma,*

a adoptar las creencias religiosas que desee con plena libertad. Algún autor ha puesto de manifiesto que mediante sofisticadas tecnologías o el uso de drogas no es descartable que el Estado o un sujeto privado pueda alterar incluso el núcleo más interno de las creencias de una persona¹¹²⁶. También es conocido que existen sectas destructivas que utilizan la coerción psicológica sobre sus miembros para llevar a cabo lo que comúnmente se definiría como “lavado de cerebro”.

2) Dimensión externa de “agere licere”: faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros, en público, que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos o los sujetos privados, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, tales como los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades¹¹²⁷. Garantiza la acomodación de la conducta a los imperativos de las propias convicciones, con exclusión de injerencias del Estado o sujetos privados. Es decir, otorga la posibilidad de actuar con plena inmunidad de coacción o coerción ilegítima¹¹²⁸. Naturalmente, será objetivamente más factible y le será más fácil al trabajador creyente de una religión mayoritaria ajustar sus conductas a las leyes, convenios aplicativos, cláusulas contractuales y costumbre de aplicación, sin entrar en contradicción con dichas fuentes de obligaciones jurídicas.

Las citadas dimensiones internas y externas de la libertad religiosa han sido confirmadas de manera temprana por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, la STEDH de 25 de mayo de 1993, caso Kokkinakis contra Grecia (TEDH 1993, 21), afirma que “*si la libertad religiosa emana en principio del foro interno, ésta «implica», por tanto,*

se sostiene. Pero la forma más alta de autoafirmación, la que por sí misma se distingue perfecta, feliz y buena, es la conciencia”. FEUERBACH: *La esencia del cristianismo...*, op. cit., p. 64.

¹¹²⁶ DURHAM JR: “Perspectives on religious...”, en AAVV: *Religious human rights...*, op. cit., pp. 27-28.

¹¹²⁷ De hecho, desde el punto de vista del liberalismo clásico, el concepto de iglesia va estrictamente ligado al de libertad religiosa: “*es una asociación libre de hombres, unidos con el objeto de rendir públicamente culto a Dios del modo que ellos creen que le es aceptable para la salvación de sus almas*”. LOCKE: *Ensayo y Carta...*, op. cit., p. 70. Y el autor añade más adelante: “*Ningún hombre se encuentra ligado por naturaleza a ninguna Iglesia, ni unido a ninguna secta, sino que cada uno se une voluntariamente a la sociedad en la cual cree que ha encontrado la profesión y el culto que es verdaderamente aceptable a Dios (...)* Si con posterioridad a su ingreso descubre alguna cosa errónea en la doctrina o incongruente en el culto, debe tener siempre la misma libertad para salirse de ella, como fue libre de entrar” (p.70).

¹¹²⁸ Es necesario diferenciar entre aquella conducta que puede constituir coerción contra el ejercicio del derecho, y la simple incapacidad para poder hacer algo: “*If I am prevented by others from doing what I could otherwise do, I am to that degree unfree; and if this area is contracted by other men beyond a certain minimum, I can be described as being coerced, or, it may be, enslaved. Coercion is not, however, a term that covers every form of inability. If I say that I am unable to jump more than ten feet in the air, or cannot read because I am blind, or cannot understand the darker pages of Hegel, it would be eccentric to say that I am to that degree enslaved or coerced. Coercion implies the deliberate interference of other human beings within the area in which I could otherwise act*”. BERLIN: *Four essays...*, op. cit., p. 122. La mera incapacidad no es falta de libertad. Cuanto más grande sea el espacio de no interferencia ajena, más grande será la libertad (p. 123). Sin olvidar la relevancia de las tesis de BERLIN, en un Estado social de Derecho hay que superar la visión liberal de la libertad en su concepción negativa; es decir, la configuración de la libertad como una mera ausencia de coacción, la garantía de un espacio individual libre de interferencias, primero frente al Estado, luego frente a los sujetos privados. En la presente investigación es fácil apreciar que se entiende la libertad religiosa como algo más que una simple falta de injerencia externa.

especialmente, la de «manifestar su religión». El testimonio, en palabras y en actos, se encuentra ligado a la existencia de convicciones religiosas”. La STEDH de 13 de febrero de 2003, Caso Refah Partisi y otros contra Turquía entiende que “aunque la libertad de religión depende ante todo del foro interno, lleva consigo también la de manifestar su religión individualmente y en privado, o de forma colectiva, en público y en el entorno de aquellos cuya fe se comparte”¹¹²⁹.

3) Dimensión negativa: asimismo, las dimensiones interna y externa se complementan con una dimensión negativa, en parte por la prescripción del art. 16.2 CE de que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

En la STC 141/2000, de 29 de mayo (BOE 30 de junio de 2000), se define la libertad de creencias, con independencia de su origen religioso o no religioso: “La libertad de creencias, sea cual sea su naturaleza, religiosa o secular, representa el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmune a la coacción estatal garantizado por el art. 16 CE, «sin más limitación, en sus manifestaciones, que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».”. Así, en palabras del Tribunal “ampara, pues, un «agere licere» consistente (...) en profesar las creencias que se desee y conducirse de acuerdo con ellas, así como mantenerlas frente a terceros y poder hacer proselitismo de las mismas. Esa facultad constitucional tiene una particular manifestación en el derecho a no ser discriminado por razón de credo o religión, de modo que las diferentes creencias no pueden sustentar diferencias de trato jurídico (STC 1/1981, de 26 de enero, F. 5; AATC 271/1984, de 9 de mayo; 180/1986, de 21 de febrero; 480/1989, de 2 de octubre; 40/1999, de 22 de febrero STEDH caso Hoffmann, aps. 33 y 36, por remisión del ap. 38), posee una distinta intensidad según se proyecte sobre la propia conducta y la disposición que sobre la misma haga cada cual, o bien lo haga sobre la repercusión que esa conducta conforme con las propias creencias tenga en terceros, sean éstos el propio Estado o los particulares, bien pretendiendo de ellos la observancia de un deber de abstenerse de interferir en nuestra libertad de creencias o bien pretendiendo que se constituyan en objeto y destinatarios de esas mismas creencias” (Fundamento de Derecho Cuarto). También posee el derecho una dimensión negativa: “La libertad de creencias encuentra, por otra parte, su límite más evidente en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos (SSTEDH de 25 de mayo de 1993, caso Kokkinakis, aps. 42 a 44 y 47; de 24 de febrero de 1998, caso Larissis, aps. 45 y 47); así como también resulta un evidente límite de esa libertad de creencias la integridad moral (art. 15 CE) de quien sufra las manifestaciones externas de su profesión, pues bien pudiere conllevar las mismas una cierta intimidación moral, e

¹¹²⁹ Esta sentencia y otras dictadas por el Tribunal en un sentido parecido han sido duramente criticadas por la doctrina, ya que denota ciertos prejuicios respecto al islam: “Cuando se analizan pormenorizadamente esos casos, y se los pone en su respectivo contexto político, no es difícil conjeturar que muchos de ellos, si no todos, hubieran recibido una solución diferente de haberse tratado de una religión que no fuera la islámica. Además, en alguna de esas sentencias, el Tribunal hacía algunas simplistas alusiones al islam, con implícitos juicios de valor peyorativos sobre el carácter discriminatorio, e incluso violento, de su ley religiosa, que fácilmente podían ser interpretadas como transmitiendo el mensaje de que es imposible ser, al mismo tiempo, un creyente musulmán y un verdadero demócrata. Lo cual implicaría, en última instancia, que Europa debería tratar al islam como una potencial amenaza para la democracia y las libertades; o al menos que la religión musulmana, y sus seguidores, carecen de la capacidad de integrarse plenamente en la tradición política occidental de la democracia liberal”. MARTÍNEZ-TORRÓN: “La tragedia de Charlie Hebdo...”, op. cit., p. 24.

incluso tratos inhumanos o degradantes (SSTC 2/1982, de 29 de enero, F. 5; 120/1990, F. 8; 215/1994, de 14 de julio, F. 4; 332/1994, de 29 de diciembre, F. 6 y 137/1997, de 21 de julio, F. 3; AATC 71/1992, de 9 de marzo, F. 3; 333/1997, de 13 de octubre, F. 5; SSTEDH caso Kokkinakis, ap. 48; caso Larissis, ap. 53)".

Todas las personas, como tales, tienen el derecho a tener su propia explicación del ser humano, del mundo y la vida ("*Weltanschauung*") para poder vivir con dignidad y en libertad, y poder actuar en consecuencia y en relación a dichas creencias. Tal concepción del mundo puede ser religiosa o no. La lucha por la libertad religiosa y el proceso de secularización de las sociedades occidentales han permitido la distinción, dentro de una genérica libertad de pensamiento, de la libertad ideológica y la libertad religiosa. Desde este punto de vista se pueden definir ambos conceptos¹¹³⁰:

- Libertad ideológica: derecho a adoptar, mantener y expresar libremente las ideas y convicciones de cualquier tipo sobre la persona, el mundo, la sociedad y la comunidad política.

- Libertad religiosa: derecho a que las personas puedan adoptar, mantener y expresar las ideas, doctrinas, creencias y convicciones propias de las diversas concepciones sobre Dios (o dioses), el origen y gobierno del universo, así como sobre lo que espera a las personas después de la muerte, incluyendo cultos y ritos relacionados con estas creencias.

Como se puede comprobar, el derecho a la libertad religiosa parte de una concepción o definición funcional del fenómeno religioso, no sustantivo; que habrá de ser interpretada según cada momento y lugar, pues se trata de una realidad cambiante¹¹³¹, sujeta a los procesos históricos y sociales, por lo que desde este prisma no se puede tratar a la religión como algo absoluto¹¹³². La STEDH de 20 de septiembre de 1994, caso Otto-Preminger-Institut contra Austria, enfatiza la problemática que conlleva describir el concepto de "moral" o "religión" de forma inamovible, pues su definición depende de cada país: "*As in the case of «morals» it is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society (see the Müller and Others v. Switzerland judgment of 24 May 1988, Series A no. 133, p. 20, para. 30, and p. 22, para.*

¹¹³⁰ CÁMARA VILLAR: "Principio de igualdad...", en AAVV: *Derecho Constitucional...*, Vol. II, p. 89.

¹¹³¹ Una definición clásica de "religión" es la siguiente: "*Una religió és un sistema solidari de creences i de pràctiques relatives a coses sagrades, és a dir separades, prohibides, creences i pràctiques que uneixen en una mateixa comunitat moral, anomenada Església, tots aquells que s'hi adhereixen*". DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., p. 69. Sobre las definiciones sociológicas de religión vid. BERGER: *The social reality...*, op. cit., pp. 177-180. La religión también ha sido definida como "*a set of symbolic forms and acts that relate man to the ultimate conditions of his existence*". BELLAH: *Essays on religion...*, op. cit., p. 21. Dicha definición fue incluida en su trabajo clásico "Religious evolution", y el autor ya advierte que se trata de una definición a los meros efectos de poder explicar la evolución de las religiones.

¹¹³² "*Religion can sound absolute, that is, it can be made to sound as if it determines objective and unchangeable differences between people. These are often thought to be basic and cast in stone by powers above human will and human history. Religious are, after all, concerned with the seemingly absolute matters of life and death, good and evil, merit and failure - in other words, the meaning and morality of life. There is no doubt that most believers think that this is true, and a social science of religion needs to recognize this fact. It does, after all, motivate believers to the actions that we need to understand. At the same time, however, it would be naive for a social scientist to take on board the absolute claims of one religion, another religion, or even all religions. The very idea of calling some things religious, and other things not, is a result of very particular historical processes*". BAUMANN: *The multicultural...*, op. cit., pp. 21-22.

35); *even within a single country such conceptions may vary*". (50). En la STEDH de 10 de noviembre de 2005, caso Leyla Sahín contra Turquía se puntualiza que "*the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context (see, among other authorities, Dahlab v. Switzerland (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V)*" (109).

Una concepción sustantiva sería aquella bajo la cual para que se entendiera afectado el derecho a la libertad religiosa partiría de analizar si la persona concreta basa su conducta en una doctrina religiosa concreta o en la creencia en una determinada deidad. En cambio, una concepción funcional parte de examinar qué función cumplen las ideas del sujeto en su vida, se analiza cuál es la postura vital del individuo concreto. Según la función que cumplan no se estará hablando de meras ideas, opiniones u ocurrencias, sino de convicciones o valores últimos, sobre los cuales el sujeto construye su existencia¹¹³³. Una visión doctrinal que parta de una postura sustantiva puede provocar la discriminación de aquellos sujetos que profesen religiones novedosas o que profesando alguna de las principales religiones existentes sean partidarias de posturas no ortodoxas. Por ejemplo, el sujeto concreto puede ser que interprete el Talmud o la Biblia de forma diferente a la preceptuada por su confesión, y no por ello puede quedar desamparado en la garantía del derecho a la libertad religiosa. Además, una visión sustantiva de la libertad religiosa en los términos indicados provocaría que los operadores jurídicos debieran entrar a decidir qué conducta es conforme a la ortodoxia o correcta desde un punto de vista teológico, extremo que excedería de la mera tarea jurídica y en el caso de un operador que forme parte de algún poder del Estado (por ejemplo, el juez o la Administración pública) provocaría la vulneración del principio de neutralidad¹¹³⁴. Se ha afirmado que las definiciones funcionales definen la religión en términos de "qué hace", por ejemplo, facilitar soluciones a problemas últimos o contestar las preguntas fundamentales de la condición humana. En cambio, las definiciones sustanciales, identifican la religión en términos que explican "qué es", por ejemplo, creencias y acciones que asumen la existencia de seres o poderes supranaturales¹¹³⁵.

¹¹³³ El mismo Roger Williams asignaba al ámbito de la conciencia, y por lo tanto digno de respeto y protección legal, sólo aquellas ideas y acciones ligadas a los fines últimos de la existencia: "*For Williams, the faculty with which each person searches for the ultimate meaning of life is of intrinsic worth and value, and is worthy of respect whether the person is using it well or badly. The faculty is identified in part by what it does - it reasons, searches, and experiences emotions of longing connected to that search - and in part by its subject matter - it deals with ultimate questions, questions of ultimate meaning*". NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, *op. cit.*, pp. 168-169. Tal definición del ámbito de protección llevaría a afirmar que se parte asimismo de una concepción funcional de la religión.

¹¹³⁴ La diferencia entre la citada visión sustantiva y funcional de la religión, así como sus consecuencias, puede examinarse en STRONKS: "The Courts' definition...", en AAVV: *Religion, public life...*, *op. cit.*, pp. 149 y siguientes. Dicha autora pone de manifiesto que durante los primeros 150 años de labor hermenéutica del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre la Primera Enmienda prevaleció la visión sustantiva de la religión. Paulatinamente su posición se desplazó de la sustancia de la creencia a su función en la vida del creyente. PALOMINO LOZANO habla de "sistema sintético-funcional" y enfatiza su utilidad en conflictos jurídicos de carácter individual y en materia antidiscriminatoria, que son precisamente los tratados en la presente investigación; pero presenta algunos problemas respecto la vertiente colectiva de la libertad religiosa, vertiente que queda alejada en buena parte de la presente investigación. PALOMINO LOZANO: *Religión y derecho...*, *op. cit.*, pp. 190-191.

¹¹³⁵ Sobre dichas definiciones y sus problemas puede consultarse BRUCE: *Religion in the modern...*, *op. cit.*, pp. 6-7. También se ha distinguido entre "contenido" y "continente": "*Mucho se ha discutido en la ciencia contemporánea de las religiones sobre el doble tipo de definiciones de la*

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos también ha enfatizado la dificultad de definir la religión. En la sentencia dictada en el caso *United States v. Seeger*, 380 US 163 (1965) llega a afirmar que "*few would quarrel, we think, with the proposition that in no field of human endeavor has the tool of language proved so inadequate in the communication of ideas as it has in dealing with the fundamental questions of man's predicament in life, in death, or in final judgment and retribution*". Después de analizar la gran pluralidad de creencias religiosas existentes en el país¹¹³⁶, opta por una definición funcional de la religión y la equipara a otros tipos de creencias.

Cosa distinta es que la pertenencia a un grupo o comunidad religiosa pueda ayudar a determinar la sinceridad de las convicciones, o si una actividad concreta puede tener un contenido religioso y cuán relevante pueda ser para el sistema de creencias¹¹³⁷. El Tribunal Supremo de Canadá ha realizado las siguientes observaciones al respecto (caso *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004), incluso citando jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: "*These passages seem to show that this Court has interpreted freedom of religion as protecting both religious beliefs, which are considered to be highly personal and private in nature, and consequent religious practices. However, a religion is a system of beliefs and practices based on certain religious precepts. A nexus between personal beliefs and the religion's precepts must therefore be established. This point of view is consistent with those encountered in other common law jurisdictions: Bowman v. Secular Society, Ltd., [1917] A.C. 406 (H.L.); R. v. Registrar General, Ex parte Segerdal, [1970] 2 Q.B. 697 (C.A.); Barralet v. Attorney General, [1980] 3 All E.R. 918 (Ch. D.); Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972). Religious precepts constitute a body of objectively identifiable data that permit a distinction to be made between genuine religious beliefs and personal choices or practices that are unrelated to freedom of conscience. Connecting freedom of religion to precepts provides a basis for establishing objectively whether the fundamental right in issue has been violated. By identifying with a religion, an individual makes it known that he or she shares a number of precepts with other followers of the religion. The approach I have adopted here requires not only a personal belief or*

*religión: las definiciones de tipo de contenido y las definiciones de tipo de continente. Las primeras definen la religión en virtud de creencias objetivas, poderes sobrenaturales, entidades divinas, etc. Las segundas la definen en virtud de la función que las religiones pretenden realizar: salvar al hombre, liberarlo, darle la paz, llevarlo a su plenitud, etc. Mientras que las primeras se apoyan fundamentalmente en las distintas cosmologías, metafísicas y teologías de las diferentes tradiciones humanas, las segundas se fundan en las varias antropologías que están en la base de la actitud religiosa". PANIKKAR ALEMANY: "La religión...", en AAVV: *Filosofía de la religión...*, op. cit., pp. 742-743. Como se puede apreciar, aunque con otros términos, se trata de definir la religión desde un punto de vista sustancial y funcional.*

¹¹³⁶ "*Nor is it made the easier by the richness and variety of spiritual life in our country. Over 250 sects inhabit our land. Some believe in a purely personal God, some in a supernatural deity; others think of religion as a way of life envisioning, as its ultimate goal, the day when all men can live together in perfect understanding and peace. There are those who think of God as the depth of our being; others, such as the Buddhists, strive for a state of lasting rest through self-denial and inner purification; in Hindu philosophy, the Supreme Being is the transcendental reality which is truth, knowledge and bliss. Even those religious groups which have traditionally opposed war in every form have splintered into various denominations: from 1940 to 1947, there were four denominations using the name "Friends," Selective Service System Monograph No. 11, Conscientious Objection 13 (1950); the "Church of the Brethren" was the official name of the oldest and largest church body of four denominations composed of those commonly called Brethren, id. at 11; and the "Mennonite Church" was the largest of 17 denominations, including the Amish and Hutterites, grouped as "Mennonite bodies" in the 1936 report on the Census of Religious Bodies".*

¹¹³⁷ Al respecto NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, op. cit., p. 170.

the adoption of a religious practice that is supported by a personal belief, but also a genuine connection between the belief and the person's religion. In my view, the only way the trial judge can establish that a person has a sincere belief, or has sincerely adopted a religious practice that is genuinely connected with the religion he or she claims to follow, is by applying an objective test. It is one thing to assert that a practice is protected even though certain followers of the religion do not think that the practice is included among the religion's precepts and quite another to assert that a practice must be protected when none of the followers think it is included among those precepts".

4.3. Breve comentario a la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa

Es decir, según lo antedicho resulta patente que los trabajadores, como ciudadanos, tienen el derecho a ajustar su actividad diaria a sus convicciones religiosas de manera que no sean violentadas. Ahora bien, la cuestión se centra en examinar cómo ejercer el derecho según dicha concepción en el puesto de trabajo. Sin aclarar tal cuestión, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa desarrolló, los preceptos constitucionales en la materia. Los preceptos constitucionales fueron desarrollados principalmente en los ochos artículos de dicha ley (tal y como expresa su art. 1.1), que no incluyó una Exposición de Motivos. De hecho, se puede afirmar que el art. 1 LOLR es un precepto de naturaleza propedéutica, un texto marco, ya que se limita a recoger y reiterar los principios básicos enunciados por la Constitución en relación a la libertad religiosa. Reproducidos tales principios en sede legal, los arts. 2 a 8 los desarrollan¹¹³⁸, aunque de forma bastante minimalista y probablemente teniendo el legislador en mente que serían los órganos jurisdiccionales los que con el devenir del tiempo irían solventando las controversias según los pocos preceptos existentes en la materia¹¹³⁹.

Asimismo, se ha puesto de manifiesto que el título de la ley es engañoso, pues lo cierto es que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa ha acabado siendo una ley de aplicación a

¹¹³⁸ En dicho sentido se pronuncia CIÁURRIZ LABIANO, María José: "La recepción en el artículo 1 de la Ley Orgánica de libertad religiosa del derecho fundamental de libertad religiosa y de culto garantizado en el artículo 16 de la Constitución", en AAVV: *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (Comentarios a su articulado)*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006, pp. 24 y 28-29.

¹¹³⁹ Al respecto, no han faltado voces muy críticas con la Ley Orgánica de Libertad Religiosa: "Pese a la intención del legislador, no supuso un cambio radical con respecto a su predecesora de 1967 y no cumplió las expectativas para las que fue creada (...). Se trata de una declaración programática en la que apenas se otorga ningún derecho que, con la Constitución en vigor, no se reconociese ya a los individuos y las confesiones religiosas". ROSSELL GRANADOS, Jaime: "La Ley Orgánica de libertad religiosa española y su posible reforma: ¿hacia el modelo de Ley de Libertad Religiosa portugués?", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: lustel, 2009, p. 112. Ciertamente, existe en la doctrina eclesiasticista un sector doctrinal que opina que es mejor que la legislación en la materia permanezca tal y como está, y que sean los Tribunales los que resuelvan caso por caso con las reglas existentes; y en el otro extremo un sector doctrinal en el que se considera preferible una legislación que regule de forma más minuciosa los diferentes supuestos de hecho, tal y como se ha optado en Portugal. En opinión de PALOMINO LOZANO el precedente franquista pudiera explicar las características de la ley actual: "tal vez por reacción contra la antigua Ley de Libertad Religiosa de 1967, se trata de un texto formalmente de menor densidad cuantitativa aunque con textos gramaticalmente idénticos a los de la de 1967". PALOMINO LOZANO, Rafael: *Religión y derecho...*, op. cit., p. 265.

las minorías religiosas; y no a la religión mayoritaria del país, cuya dinámica es regulada por la Constitución y por los diferentes Concordatos vigentes. Así, se ha criticado que la ley se podía haber llamado "Ley de las minorías religiosas" o "Ley de las religiones no católicas"¹¹⁴⁰.

Su art. 1.2 incluye la prohibición de discriminación ya enunciada en el art. 14 CE, pero centrada en materia religiosa: "*Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas*". A su vez el apartado tercero reafirma la no existencia de una religión oficial: "*Ninguna confesión tendrá carácter estatal*".

El art. 2 está dedicado a los concretos derechos o facultades que derivan de la libertad religiosa, que por las características de dicha libertad impiden considerar tales supuestos como un catálogo cerrado o de *numerus clausus*¹¹⁴¹. En lo que a esta investigación interesa, hay que citar los siguientes derechos:

- Profesar las creencias religiosas que libremente se elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía¹¹⁴²; manifestar libremente las propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.
- Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de la propia confesión; conmemorar las festividades, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.
- Recibir e impartir enseñanza a información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento.
- Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos.

Tal y como establece la Constitución, el rol de los poderes públicos es muy relevante para la aplicación real y efectiva de los citados derechos. Así, de acuerdo con el art. 3.3, "*los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos*".

El art. 3.1 de la Ley enuncia las limitaciones en el ejercicio de los citados derechos: "*El ejercicio de los derechos dimanantes de la Libertad Religiosa y de Culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y*

¹¹⁴⁰ PRADO: *El retorn de l'islam...*, op. cit., p. 125.

¹¹⁴¹ RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel: "Manifestaciones del derecho fundamental de libertad religiosa", en AAVV: *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (Comentarios a su articulado)*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006, p. 53.

¹¹⁴² "Citizens are free in that they conceive of themselves and of one another as having the moral power to have a conception of the good. This is not to say that, as part of their political conception, they view themselves as inevitably tied to the pursuit of the particular conception of the good that they affirm at any given time. Rather, as citizens, they are seen as capable of revising and changing this conception on reasonable and rational grounds, and they may do this if they so desire. As free persons, citizens claim the right to view their persons as independent from and not identified with any particular such conception with its scheme of final ends. Given their moral power to form, revise, and rationally pursue a conception of the good, their public identity as free persons is not affected by changes over time in their determinate conception of it". RAWLS: *Political liberalism...*, op. cit., p. 30.

derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

Más adelante se volverá a incidir sobre este determinante aspecto del ejercicio de cualquier derecho, sus limitaciones. Resulta evidente que el ejercicio de la libertad religiosa no podrá ejercerse en todos los supuestos en que el creyente participe en su día a día. No todos los contextos sociales son aptos para ejercer tal derecho o para manifestar la religión que se profese. Por ejemplo, en la STEDH de 12 de diciembre de 2002, caso Vassilios Sofianopoulos, Konstantinos Spaïdiotis, Georgios Metallinos y Spyridon Kontogiannis contra Grecia, el Tribunal considera que la tarjeta de identidad personal de un ciudadano no es un lugar apto donde manifestar las creencias religiosas: *“The Court considers that an identity card cannot be regarded as a means intended to ensure that the adherents of any religion or faith whatsoever should have the right to exercise or manifest their religion. It acknowledges that an identity card, as such, is not essential for civil life or the functioning of the State, as evidenced by the fact that a number of States have chosen not to introduce a system of identification of citizens but to use other official documents such as passports or driving licenses. However, where a State decides to introduce a system of identification by identity cards it should be accepted that these are merely official documents whereby persons may be identified and distinguished in their status as citizens and in their relations with the State’s legal system. Religious beliefs, as the authority rightly pointed out, do not constitute information that can be used to distinguish an individual citizen in his relations with the State. Not only are they a matter of individual conscience, they may also, like other information, change over a person’s lifetime. Moreover, recording them in a document exposed the bearers to the risk of discriminatory situations in their relations with the administrative authorities or even in their professional relations”.* La tarjeta de identificación no sólo no es un lugar apto donde manifestar la religión, sino que, en el caso de que se manifestara, incluso podría poner en riesgo precisamente la libertad religiosa de su titular.

Ahora bien, ya se puede avanzar que las limitaciones más habituales con los que topará el ejercicio de la libertad religiosa por parte del trabajador asalariado serán las relacionadas con el eventual conflicto con los derechos del empresario, de carácter fundamental o no; y con los derechos de los otros trabajadores, sean de la misma empresa o no. Si el ejercicio del derecho se lleva a cabo dentro de las limitaciones establecidas, serán tutelados si es necesario por los órganos jurisdiccionales, tal y como indica el art. 4 LOLR. En definitiva, el marco establecido por la relación laboral es un contexto apto para que pueda ser ejercido el derecho a la libertad religiosa, mas con las oportunas modulaciones que dependerán de muchas y variadas circunstancias: prevención de riesgos laborales, prestación de servicios para la Administración pública, los derechos fundamentales de otros trabajadores, etc.

El art. 3.2, después de enunciar las limitaciones del ejercicio del derecho y de una forma un tanto asistemática, realiza una exclusión en relación al ámbito de aplicación del derecho regulado: *“Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espirituales u otros fines análogos ajenos a los religiosos”.* Naturalmente, que queden fuera de dicho ámbito de aplicación de la ley por no conformar parte del objeto del derecho a la libertad religiosa, no excluye que dichas actividades puedan encuadrarse

dentro del objeto de otros derechos, como el derecho a la libertad ideológica o el derecho a la libertad de expresión, según las circunstancias del concreto supuesto¹¹⁴³.

Salta a la vista que la regulación diferenciada, aunque muy parecida, del derecho a la libertad ideológica y el derecho a la libertad religiosa en el ordenamiento español, una opción jurídica que eluden las normas internacionales, conduce a una problemática evidente. Además, la redacción de la Ley Orgánica no es precisamente clara al definir qué constituye un hecho religioso¹¹⁴⁴. Como se ha dicho anteriormente, el jurista deberá determinar si una determinada conducta, acción u omisión del trabajador o del empresario tiene determinada trascendencia religiosa. Y para determinar qué tiene o no trascendencia religiosa habrá que entrar a analizar en muchos supuestos normas y costumbres internas de la confesión religiosa de que se trate. Por ejemplo, si el menú de un comedor de empresa contiene cerdo, está claro que para un cristiano (excepto un cristiano riguroso durante el período de Semana Santa) dicho contenido no tendrá ningún tipo de trascendencia. Pero, ¿y si el menú es único y quien tiene que ingerir los alimentos es un trabajador musulmán o judío? En primer lugar, tendrá una clara trascendencia religiosa para ellos. Y en segundo lugar, si posee tal trascendencia religiosa para ellos es muy presumible que puedan estar amparados de un modo u otro por su derecho a la libertad religiosa; o lo que es lo mismo, los hechos concretos serán subsumibles en la norma jurídica.

Pero como se puede comprobar, para poder determinar si es de aplicación el derecho a la libertad religiosa, o la prohibición de no ser discriminado por razones religiosas, resulta evidente que el jurista deberá realizar una pequeña incursión en la normativa y costumbres religiosas de la confesión de que se trate¹¹⁴⁵. En el caso de las confesiones mayoritarias no será tan problemático, aunque se debe tener en cuenta que hay personas dentro de aquéllas que siguen postulados más estrictos en relación a las doctrinas religiosas de común aplicación en la confesión en cuestión¹¹⁴⁶. Quizás el ejemplo no es el

¹¹⁴³ En dicho sentido: “*Tal mandato no supone su marginación, ni su consideración negativa, sino la constatación de su distinto carácter, merecedor de un tratamiento propio, en atención a su singularidad, al amparo, en su caso, de otro u otros derechos fundamentales*”. PORRAS RAMÍREZ, José María: “La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea”, en AAVV: *Derecho y factor religioso*. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 2011, p. 24.

¹¹⁴⁴ Sobre el art. 3.2 LOLR puede consultarse DE GOICOECHEA ZABALA: “Los contenidos materiales...”, *op. cit.*, pp. 1-69. Dicho autor es claro al afirmar de forma conclusiva que “*poco podemos sacar en claro de la Ley de Libertad Religiosa en cuanto a un modelo de definición de lo que debe entenderse por hecho religioso y, por tanto, por entidades, asociaciones o confesiones religiosas*” (pp. 11-12).

¹¹⁴⁵ Dicha incursión puede ser especialmente relevante en el caso de la objeción de conciencia: “*People disobey the law with some frequency, believing that pursuit of their own personal objectives justifies rather trivial violations or that a competing obligation overrides the duty to obey. But the most serious and notable instances in which people who break the law think they are morally justified are ones in which they object to a law, policy, or practice. If the law compels an act that a person cannot conscientiously perform, say to join the military, an outsider cannot evaluate his justification for refusing to do the act short of assessing all the moral reasons that led him to think the act is absolutely forbidden*”. GREENWALT, Kent: *Conflicts of law and morality*. 1ª edición. New York: Oxford University Press, 1987, p. 230.

¹¹⁴⁶ Gran conocedor del fenómeno religioso y educado dentro del más estricto calvinismo escocés, HUME es muy gráfico a la hora de resaltar las diferencias religiosas en los individuos: “*Se han descubierto algunas naciones que no albergaban sentimiento religioso alguno, si son de creer testimonios de viajeros e historiadores; y nunca ha habido siquiera dos naciones o dos individuos que hayan coincidido exactamente en lo tocante a sus respectivos sentimientos*”. HUME: *Historia natural...*, *op. cit.*, p. 4. Esta obra, publicada por primera vez en 1757, pone de manifiesto cuan

más indicado, pero un monje que se someta a los rigorismos de la Regla de San Benito, a pesar de incluirse en la categoría general de “católico”, deberá ajustar sus actos del día a día de una manera más inflexible a normas religiosas que una persona que también sea católica, pero por ejemplo ni siquiera sea practicante¹¹⁴⁷. Pues bien, en el caso de nuevas sectas o religiones minoritarias y muy desconocidas en España, la evaluación de la situación se puede complicar sobremanera, especialmente cuando sus normas no están sistematizadas por escrito. Otra cuestión, naturalmente, es hasta qué punto será tutelado el trabajador que sostiene dichas convicciones en el seno de la relación laboral o si en su caso podrá optar por la objeción de conciencia *secundum legem*, pero se insiste en que lo primero será determinar si el elemento fáctico de que se trate lleva anudado algún tipo de trascendencia religiosa.

Como dejó sentado SPINOZA, fuera de la mente no hay nada sagrado o profano, sino en relación a ella. Un objeto para un ateo no es más que un objeto. Ahora bien, si una determinada comunidad religiosa considera que dicho objeto está destinado, por ejemplo, al culto, será un objeto sagrado, y no profano¹¹⁴⁸. Así pues, si alguien rompe el objeto de la persona atea, le debería indemnizar por los daños y perjuicios causados, que obviamente podrán incluir por ejemplo su valor sentimental. Si unos alborotadores rompen dicho objeto, que es objeto de culto de determinada comunidad religiosa, teniendo conocimiento además del significado sacro y trascendental de dicho objeto, la cuestión jurídica planteada irá más allá de un simple problema de resarcimiento *ad integrum* del daño causado¹¹⁴⁹. El agua, como sustancia, puede ser agua corriente para

diferentes son los sentimientos religiosos que han albergado las personas desde la Antigüedad hasta la Modernidad, incluso dentro del mismo contexto nacional.

¹¹⁴⁷ El riguroso día a día a de las personas que se someten a la Regla de Sant Benito puede consultarse en la clásica edición de JUST RIBA, Cassià Maria: *Regla de Sant Benet*. 2ª edición (2ª reimpresión). Barcelona: Publicacions de l'Abadia de Montserrat, 2007.

¹¹⁴⁸ "Allò que caracteritza el fenomen religiós és que suposa sempre una divisió bipartida de l'univers conegut i cognoscible en dos gèneres que comprenen tot el que existeix, però que s'exclouen radicalment. Les coses sagrades són aquelles que les prohibicions protegeixen i aïllen; les coses profanes, aquelles a les quals s'apliquen aquestes prohibicions i que han de quedar a distància de les primeres. Les creences religioses són representacions que expressen la natura de les coses sagrades i les relacions que sostenen, bé les unes amb les altres, bé amb les coses profanes. Finalment, els ritus són unes regles de conducta que prescriuen com s'ha de comportar l'home amb les coses sagrades". DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., p. 63.

¹¹⁴⁹ "Se llama sagrado y divino aquel objeto que está destinado a la práctica de la piedad y de la religión, y sólo será sagrado mientras los hombres hagan del mismo un uso religioso. Si ellos dejan de ser piadosos, ipso facto dejará él también de ser sagrado; y si lo dedican para realizar cosas impías, se convertirá en inmundo y profano lo mismo que antes era sagrado". SPINOZA: *Tratado teológico...*, op. cit., pp. 290-291. Es muy interesante la observación que realizó LUDWIG FEUERBACH en el prólogo de la primera edición (1841) de *La esencia del cristianismo*: "Sólo cuando el hombre no existe, ni siente, ni piensa en armonía con su fe, cuando la fe ya no es una verdad que penetra el hombre, sólo entonces se yergue con su vigor particular la contradicción de la fe, de la religión con la razón. Por supuesto, aun cuando la fe está en armonía consigo misma, declara sus objetos incomprensibles y contradictorios respecto a la razón; pero distingue entre la razón cristiana y la pagana, entre la razón ilustrada y la razón natural. Esta distinción quiere decir lo siguiente: sólo para el incrédulo los objetos de la fe contradicen la razón; pero para el que cree y está convencido de su verdad, estos objetos tienen valor de razón suprema". FEUERBACH: *La esencia...*, op. cit., p. 30. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico ante un mismo hecho o en relación a un objeto podrá anudar unas consecuencias jurídicas diferentes según el significado adquirido en materia religiosa, por lo que se podrá decir que incluso el supuesto de hecho de la norma será realmente distinto. Precisamente la persona, en utilización de su juicio, distingue entre lo que considera divino de lo que no posee tal cualidad: "Lo que el hombre alaba y ensalza es para él Dios. Lo que censura y rechaza es lo no-divino. La religión es un juicio. La determinación más

un ateo, o puede ser agua sagrada para un creyente¹¹⁵⁰. Lo mismo ocurre con un producto en principio tan anodino como el pan¹¹⁵¹. Cualquier cosa, palabra, animal, planta, piedra, espacio o incluso el tiempo puede poseer una naturaleza sagrada¹¹⁵².

Si se traslada el ejemplo al seno de un centro de trabajo, el “objeto” de posibles connotaciones religiosas podrá ser una conducta, una expresión, un uniforme, una imagen¹¹⁵³, la celebración o no de una festividad, los ingredientes de la comida servida en un comedor de empresa, una acción o una omisión, etc. La relación del *homo religiosus* con su objeto conformará una relación religiosa¹¹⁵⁴ que, como tal, cumplirá una función social¹¹⁵⁵ y en su caso puede poseer trascendencia jurídica¹¹⁵⁶. Como problema añadido,

esencial en la religión, en la idea del ser divino, es, según lo dicho, la separación entre lo que es digno de alabanza y de censura, de lo perfecto y de lo imperfecto, en un apalabra, de lo esencial y de la nada. El culto mismo consiste únicamente en la renovación continua del origen de la religión, en la separación crítica y solemne entre lo divino y lo no divino” (p. 145).

¹¹⁵⁰ “El agua es el sujeto o materia del bautismo – agua corriente, natural -, lo mismo que nuestro propio ser natural es ni más ni menos que la materia de la religión. Pero así como la religión nos enajena y sustrae nuestra propia esencia, del mismo modo el agua del bautismo es agua, a su vez, completamente diferente de la corriente; pues no tiene una fuerza y significación física, sino hiperfísica. Es el *lavacrum regenerationis*, que purifica a los hombres de la mancha del pecado original, expulsa el demonio congénito, reconcilia con Dios. Es, pues, agua natural sólo en apariencia; en realidad, es sobrenatural”. FEUERBACH: *La esencia...*, op. cit., pp. 280-281. El ordenamiento jurídico, en reconocimiento de la libertad religiosa, no puede ser indiferente a tal punto de vista, por lo que condiciona el supuesto de hecho de las normas jurídicas.

¹¹⁵¹ “Quien participa indignamente en la comunión sólo posee el goce físico del pan y del vino. Quien no trae nada, tampoco lleva nada. La diferencia esencial de este pan respecto del pan corriente natural se apoya únicamente en la diferente actitud de aquel que participa en la mesa del Señor y el que participa en otra mesa cualquiera (...). Pero esta actitud depende, a su vez, solamente, de la significación que doy a este pan. Si tiene para mí el significado de que no es pan, sino el cuerpo mismo de Cristo, entonces tampoco tiene el efecto del pan corriente”. FEUERBACH: *La esencia...*, op. cit., p. 285.

¹¹⁵² “Totes les creences religioses conegudes, siguin simples o complexes, presenten una mateixa característica comuna: suposen una classificació de les coses, reals o ideals, que els homes es representen, en dues classes, en dos gèneres oposats, designats generalment amb dos termes diferents que tradueixen prou bé els mots de profà i de sagrat. La divisió del món en dos dominis que comprenen, l'un tot el que és sagrat, l'altre tot el que és profà, és el tret distintiu del pensament religiós; les creences, els mites, els dogmes, les llegendes, són representacions, o sistemes de representacions, que expressen la naturalesa de les coses sagrades, les virtuts i els poders que els són atribuïts, la seva història, les relacions de les unes amb les altres i amb les coses profanes. Però per coses sagrades no s'ha d'entendre simplement aquests éssers personals que s'anomenen déus o esperits; una roca, un arbre, una font, una pedra, una peça de fusta, una casa, en una paraula, qualsevol cosa pot ser sagrada”. DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., p. 60.

¹¹⁵³ Precisamente la imagen sagrada es uno de los objetos de la religión más paradigmáticos: “La adoración de lo sagrado en imagen es la adoración de la imagen en cuanto sagrada. La imagen es la esencia de la religión allí donde la imagen es la expresión esencial, el órgano de la religión”. FEUERBACH: *La esencia...*, op. cit., p. 126.

¹¹⁵⁴ WEBER “adjudica a la relación religiosa un sentido y derecho propios, que en principio no se pueden descubrir a través de ningún análisis científico – experimental. Esto distingue radicalmente la concepción weberiana de los dos otros teóricos clásicos de la religión: Marx y Durkheim”. WEISS, Johannes: “El objeto religioso y la objetividad de la sociología de la religión”, en AAVV: *En el centenario de La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2005, p. 66.

¹¹⁵⁵ “Desde Marx hasta Bourdieu, pasando por Durkheim, ya está presente la idea de que la única manera adecuada y apta de abordar las experiencias, acciones e instituciones religiosas se basa en desvelar sus condiciones y funciones sociales”. WEISS: “El objeto religioso...”, en AAVV: *En el centenario...*, op. cit., pp. 72-73.

y tal y como ha demostrado la antropología de las religiones, hay que indicar que no todas las culturas distinguen netamente entre aquello que es considerado "natural" y lo que es entendido como "sobrenatural", del mismo modo que se hace en el occidente de mayoría cristiana¹¹⁵⁷; por lo que en una sociedad pluricultural el nivel de dificultad aumenta en relación a una sociedad homogénea, una sociedad cuya tipología sólo existe de forma ideal en los manuales académicos.

4.4. Ateísmo, agnosticismo y libertad religiosa

En relación al art. 16 CE, es un hecho discutido por la doctrina el encuadramiento que deba otorgarse a las conductas llevadas a cabo por personas de creencias ateas¹¹⁵⁸ o agnósticas. Dicha cuestión dogmática, la protección jurídica del ateísmo y el agnosticismo, tendrá su relevancia cuando después se proceda a estudiar el contrato de trabajo en relación a las creencias del trabajador. Y más, cuando en una sociedad en un estado avanzado de secularización, como es el caso de la española, dichas cosmovisiones son cada vez más comunes, junto con los indiferentes respecto al hecho religioso¹¹⁵⁹.

Existen muchas definiciones posibles sobre qué puede ser entendido por "ateo", un fenómeno que si mundialmente sigue siendo minoritario, desde un punto de vista histórico empezó a adquirir trascendencia en el siglo XVIII, aunque sólo fuera entre algunas élites intelectuales en un mundo impregnado de religiosidad; estado de cosas

¹¹⁵⁶ "La intrascendencia de unos hechos y la trascendencia de otros, desde el punto de vista del caso jurídico, viene dada, sin embargo, por el sentido de la norma o normas cuya aplicación de se ponga en cuestión (...). No es posible deslindar radicalmente la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*. Al interpretar la *quaestio facti* se está llevando a cabo muchas veces una operación de valoración jurídica, lo mismo que al interpretar las normas no pueden perderse de vista los hechos". DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Experiencias jurídicas...*, op. cit., p. 228.

¹¹⁵⁷ "Muchos pueblos no hacen diferencia entre dos niveles distintos y exclusivos, siendo uno «natural» y otro «sobrenatural» como la cultura cristiana ha hecho. Pueden establecer distinciones y divisiones de modo muy diferente, así como presentar una concepción completa y coherente de sí mismos, de los «otros» y del mundo natural que les rodea". RUBIO HERNÁNDEZ, Rogelio: *Antropología: religión, mito y ritual*. 2ª edición. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1991, p. 27.

¹¹⁵⁸ El término "ateo" es hoy más delimitado que en la Edad Moderna: "The term «atheist» was created in the sixteenth century. It's meaning then was broader than it is today and included not only those who did not believe in God, but also anyone who found God's presence to be irrelevant and thus might doubt the existence of heaven and hell or of the soul and its immortality. The fact that disbelief was severely punished by most societies led many people to dissimulate belief, and thus measuring the existence of disbelief difficult". SCHWARTZ: *All can be saved...*, op. cit., p. 75. En opinión de FEUERBACH es ateo aquel que niega el sujeto, pero también sus predicados: "Un verdadero ateo, es decir, un ateo en el sentido corriente de la palabra, es sólo aquel para quien los predicados de la esencia divina, como, por ejemplo, el amor, la sabiduría, la justicia no existen, pero no aquel que niega simplemente el sujeto de esos predicados. La negación del sujeto no implica en absoluto la negación de los predicados mismos. Los predicados tienen significación propia e independiente, imponen su reconocimiento al hombre por su contenido, se muestran inmediatamente como verdaderos por sí mismos". FEUERBACH: *La esencia del cristianismo...*, op. cit., pp. 72-73.

¹¹⁵⁹ "España, desde el punto de vista de las opciones religiosas, es un país cada vez más plural. Y el agnosticismo, la indiferencia y el ateísmo son las opciones religiosas (más bien no religiosas) que más han crecido desde la década de los noventa del siglo pasado". PÉREZ-AGOTE POVEDA: *Cambio religioso en España...*, op. cit., p. 49.

que continuó en general hasta el siglo XIX¹¹⁶⁰. Entre las muchas posibles una voz especialmente autorizada ha afirmado lo siguiente: "*Human thoughts and emotions emerge from exceedingly complex interconnections of physical entities within the brain. An atheist in this sense of philosophical naturalist is somebody who believes there is nothing beyond the natural, physical world, no supernatural creative intelligence lurking behind the observable universe, no soul that outlasts the body and no miracles - except in the sense of natural phenomena that we don't yet understand. If there is something that appears to lie beyond the natural world as it is now imperfectly understood, we hope eventually to understand it and embrace it within the natural*"¹¹⁶¹.

A pesar de que obviamente se desconoce el número de trabajadores que abrazarían dichas doctrinas (una moral exenta de cualquier componente religioso¹¹⁶²), es sobradamente conocido que España, a pesar de ser un país donde históricamente han prevalecido las tesis de la Iglesia Católica, es también uno de los países del mundo donde las ideas anarquistas y libertarias, uno de cuyos postulados es el ateísmo, han disfrutado tradicionalmente de más arraigo; junto con los movimientos culturales ligados a dichos postulados, como los fenómenos de renovación pedagógica, por citar sólo un ejemplo. Ya no sólo hay que citar a la Federación Anarquista Ibérica (FAI) y al sindicato Confederación Nacional del Trabajo (CNT), fundado en Barcelona y un verdadero sindicato de masas que llegó a alcanzar miles de afiliados en pocos años y que dominaba

¹¹⁶⁰ "In general we can say that until the eighteenth century, or even perhaps until the nineteenth, the problem of non-belief has been limited to relatively small groups of intellectuals, cultural elite. The masses have been afflicted not with non-belief but with over-belief, at least from the point of view of religious orthodoxy, in a dismaying variety of magical notions, superstitions, and taboos". BELLAH: *Essays on religion...*, op. cit., p. 217. Se trata del ensayo titulado "Religion and belief: the historical background of «non-belief»".

¹¹⁶¹ DAWKINS, Richard: *The God delusion*. 1ª edición. Londres: Black Swan, 2007, pp. 34-35. Aunque el autor es experto en biología evolutiva es evidente que su obra trasciende las fronteras de su campo de estudio, como no puede ser de otro modo por el tema tratado. Es de resaltar la escala de creencias que el autor desarrolla en su libro, una escala que intenta reflejar en siete posiciones desde el deísta más acérrimo hasta la persona con convicciones ateas más fuertes, y que evidencia la escala de grises existente entre el blanco y el negro en materia de creencias (p. 73). En la Constitución Pastoral *Gaudium et spes* de 7 de diciembre de 1965, la Iglesia católica obviamente es crítica con el ateísmo, pero en lo que aquí interesa es relevante examinar cómo define el fenómeno de forma fuertemente influenciada por la división del mundo por bloques antagónicos: "*Con frecuencia, el ateísmo moderno reviste también la forma sistemática, la cual, dejando ahora otras causas, lleva el afán de autonomía humana hasta negar toda dependencia del hombre respecto de Dios. Los que profesan este ateísmo afirman que la esencia de la libertad consiste en que el hombre es el fin de sí mismo, el único artífice y creador de su propia historia. Lo cual no puede conciliarse, según ellos, con el reconocimiento del Señor, autor y fin de todo, o por lo menos tal afirmación de Dios es completamente superflua. El sentido de poder que el progreso técnico actual da al hombre puede favorecer esta doctrina*" (20).

¹¹⁶² Una cosmovisión atea podría ser la siguiente: "*In «Unweaving the Rainbow» I tried to convey how lucky we are to be alive, given that the vast majority of people who could potentially be thrown up by the combinatorial lottery of DNA will in fact never be born. For those of us lucky enough to be here, I pictured the relative brevity of life by imagining a laser thin spotlight creeping along a gigantic ruler of time. Everything before or after the spotlight is shrouded in the darkness of the dead past, or the darkness of the unknown future. We are staggeringly lucky to find ourselves in the spotlight. However brief our time in the sun, if we waste a second of it, or complain that it is dull or barren or (like a child) boring, couldn't this be seen as a callous insult to those unborn trillions who will never even be offered life in the first place? As many atheists have said better than me, the knowledge that we have only one life should make it all the more precious. The atheist view is correspondingly life-affirming and life-enhancing, while at the same time never being tainted with self delusion, wishful thinking, or the whingeing self-pity of those who feel that life owes them something*". DAWKINS: *The God...*, op. cit., pp. 404-405.

ciudades y grandes zonas agrícolas; sino también fenómenos sociales como el de los jornaleros andaluces¹¹⁶³, o la implantación de partidos sin igual en otros lugares de Europa como el Partido Obrero de Unificación Marxista (POUM), cuyas relaciones con la Iglesia siempre fueron complejas por fundamentar sus postulados en las tesis marxistas. Sin ir más lejos, el primer congreso anarquista celebrado en Europa se celebró en la ciudad de Córdoba en 1873¹¹⁶⁴.

Ello sin contar con la llegada a España de un buen número de trabajadores provenientes de países donde oficialmente el ateísmo fue una de los fundamentos de sus regímenes políticos durante décadas. Tal es el caso, por ejemplo, de los Estados que compusieron en su día el denominado "Bloque del Este", con inclusión de Rusia y las repúblicas que formaron la Unión Soviética¹¹⁶⁵. Obviamente dicha constatación no significa que todos los trabajadores provenientes de tales países compartan ideas que se pudieron englobar bajo un prisma ateo (Polonia constituye precisamente un paradigma de país con fuertes raíces católicas), pero sí que es muy posible que muchos de ellos sí compartan sus tesis; aunque sea por el sólo hecho de que en sus sociedades la libertad religiosa era inexistente y, por lo tanto, no había formalmente otra religión presente que no fuera la ideología de un Estado totalitario que no dejaba espacio a las cosmovisiones religiosas.

Se ha avanzado que no existe una posición doctrinal unánime, pero la opción más correcta de acuerdo con el ordenamiento jurídico español es la de afirmar que en un primer momento el ciudadano ateo o agnóstico tiene derecho a formarse sus convicciones de carácter ateo o agnóstico de acuerdo con el derecho a la libertad religiosa. Así, el ciudadano (trabajador) tendrá derecho a formar libremente su opinión en relación a la inexistencia de un Dios o el más allá sin que pueda ser coaccionado según las garantías ofrecidas por el derecho a la libertad religiosa, que por su objeto tiene por finalidad en primera instancia permitir que la persona pueda formular una posición propia ante la fe o un dios o dioses trascendentes. De hecho, la literalidad del art. 2.1.a) LOLR es clara, cualquier persona es libre de no profesar ninguna creencia religiosa, así como se reconoce su derecho a manifestar la ausencia de las mismas¹¹⁶⁶.

Ha de recordarse que, por ejemplo, la STC 177/1996, de 11 de noviembre (BOE 17 de diciembre de 1996), afirma que el derecho a la libertad religiosa garantiza, en su dimensión interna, *"la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un*

¹¹⁶³ "En contraste con otras tendencias europeas, la práctica religiosa en el sur de España es entre dos y siete puntos más alta en las ciudades que en el campo. Los jornaleros andaluces, que en su día hicieron del anarquismo su religión, todavía mantienen niveles de práctica religiosa más bajo que los imperantes en las grandes agrocidades de la región. En éstas, ser católico practicante aún confiere cierto status a las clases medias. Sus clases homólogas en las áreas industriales y ciudades modernas no son socialmente recompensadas en la misma medida por mostrar una fidelidad pública a la Iglesia". GINER DE SAN JULIÁN y SARASA URDIOLA: "Religión y Modernidad...", en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., p. 78.

¹¹⁶⁴ CASTRO: *Sobre el nombre...*, op. cit., p. 37.

¹¹⁶⁵ "Tras el sarampión postcomunista que llevó a algunos analistas a augurar una recristianización de la Europa oriental y Rusia, encontramos que el número de no religiosos y ateos en Rusia, Bielorrusia, Ucrania, Moldavia, Letonia, Estonia o incluso Chequia, Bulgaria o Kazajstán supera o ronda el 50% de la población y los grupos de población a los que no se endocrinó en la juventud o en el seno familiar se han terminado manteniendo al margen de las estructuras eclesiales y religiosas de modo mayoritario". DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., p. 564.

¹¹⁶⁶ De este modo lo entiende, por ejemplo, RODRÍGUEZ BLANCO: "Manifestaciones del derecho...", en AAVV: *La libertad religiosa...*, op. cit., p. 54.

espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual” (Fundamento Jurídico Noveno).

Una vez garantizada esta formación libre de sus ideas ateas o agnósticas, la autodeterminación intelectual a que se refería el Tribunal Constitucional, el derecho a la libertad religiosa se vería agotado. Es decir, la libertad religiosa garantiza el derecho a tener o no tener creencias religiosas; una vez el individuo ha optado por no tenerlas y a sostener que Dios no existe, el derecho a la libertad religiosa se agota. Ahora bien, el resto de manifestaciones individuales en relación a las creencias de raíz atea o agnóstica quedarían cubiertas en su caso por otros derechos. El derecho señero sería el de la libertad ideológica, pues toda manifestación pública exterior de ideas u opiniones relativas a la inexistencia de Dios serían amparadas por el derecho a la libertad ideológica¹¹⁶⁷, y en su caso por la libertad de expresión.

La protección efectiva de las creencias del ciudadano ateo o agnóstico en su sentido positivo, de formar libremente sus convicciones, y negativo, o sea, no poder ser coaccionado por razón de sus creencias, así como el derecho a no ser discriminado, será especialmente importante en el contexto de la prestación de servicios para una empresa ideológica; pues en dicho ámbito es donde existen más posibilidades de que el citado derecho pudiera verse vulnerado, aunque por desgracia no es el único supuesto posible de discriminación. En todo caso, pese las disquisiciones doctrinales al respecto, en la práctica las garantías jurídicas del trabajador ateo o agnóstico son equivalentes a las del trabajador con convicciones jurídicas¹¹⁶⁸.

La STEDH de 25 de mayo de 1993, caso Kokkinakis contra Grecia (TEDH 1993, 21) recuerda que el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es de aplicación a ateos y agnósticos: *“Tal y como la garantiza el artículo 9 la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los fundamentos de una “sociedad democrática” en términos del Convenio. Figura, en su dimensión religiosa, entre los elementos esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero ésta es también un bienpreciado por los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes”* (31).

En palabras de la STEDH de 5 de octubre de 2006, caso Delegación de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia (TEDH 2006, 54): *“El Tribunal se refiere a su jurisprudencia que subraya que, como protege el artículo 9, la libertad de pensamiento,*

¹¹⁶⁷ PORRAS RAMÍREZ: “La libertad religiosa...”, en AAVV: *Derecho y factor...*, op. cit., p. 24. De forma matizada estaría por ejemplo la postura seguida en BARRERO ORTEGA: *La libertad religiosa...*, op. cit., pp. 105-112. En contra: *“Tanto las creencias no (estrictamente) religiosas, como las Ideas (filosóficas, etc.) sobre lo religioso y lo divino, debieran quedar de quedar más bien ubicadas extramuros de la libertad religiosa; es cierto que tanto la negación como la propia duda acerca de la divinidad, pueden nacer de la creencia, incluso religiosa, y que, en consecuencia, pueden presentar en origen esa estructura que frente a la Idea caracterizaría a la Creencia, pero en virtud de su elaboración y articulación doctrinal el ateísmo, como el agnosticismo o el indiferentismo religiosos, aun cuando directamente relacionados con lo religioso y divino, serían ya más Ideas que creencias”*. LÓPEZ CASTILLO: “Acerca del derecho...”, op. cit., pp. 84-85.

¹¹⁶⁸ La doctrina estadounidense también ha puesto de manifiesto la equivalencia de situaciones entre trabajadores ateos o agnósticos y trabajadores creyentes: *“For some people, being religious means they dress or act in ways that obviously set them apart from most of their co-workers. For others, it refers to their own understanding of their work as religious work or to their quiet actions to help co-workers or costumers. Employees who call themselves spiritual, secular, or atheistic can also live out their deepest values and commitments in the workplace in ways that are readily compared to religious expression”*. HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 89.

conciencia y religión, es uno de los fundamentos de una «sociedad democrática» en el sentido del Convenio. Es, en su dimensión religiosa, uno de los elementos vitales que deciden la identidad de los creyentes y su concepción de la vida, pero es también un valor precioso para los ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes. El pluralismo, indisociable de una sociedad democrática y que ha sido ganado con esfuerzo a lo largo de siglos, depende de ello" (57).

5. ACUERDOS CONCORDATARIOS CON LA IGLESIA CATÓLICA Y ACUERDOS CON LAS CONFESIONES MINORITARIAS

5.1. Acuerdos concordatarios con la Iglesia Católica en la España democrática

Para sustituir el Concordato de 1953, España y la Santa Sede firmaron cinco acuerdos, uno en 1976 y cuatro en 1979. Si la Constitución se aprobó el 27 de diciembre de 1978, los acuerdos se firmaron el 3 de enero de 1979; es decir, hay simultaneidad en la negociación de las citadas normas como efecto de los grandes pactos que posibilitaron la Transición política. Se trataba de acuerdos de cooperación sectoriales, regidos asimismo por el Derecho Internacional¹¹⁶⁹. Los acuerdos de 1979, una vez ya promulgada la Constitución, pueden entenderse suscritos en ejecución del mandato constitucional de cooperación contenido en el art. 16.3 CE. En el mismo sentido, y aunque no fuera utilizado el cauce del concordato, sino el establecido por el art. 7 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, en 1992 se suscribieron sendos acuerdos entre el Estado y las confesiones minoritarias.

El Acuerdo de 28 de abril de 1976, ratificado mediante Instrumento de 19 de agosto de 1976 (BOE de 24 de septiembre de 1976), consistía básicamente en un pacto por el que las partes se comprometían a sustituir el Concordato vigente por otros acuerdos. Asimismo, la Iglesia renunciaba al privilegio de fuero y el Estado español al privilegio de presentación¹¹⁷⁰.

Los acuerdos de 1979 son los siguientes:

¹¹⁶⁹ Para un cuadro con indicación de los concordatos y acuerdos suscritos por la Santa Sede con diferentes con Estados *vid.* BLANCO FERNÁNDEZ, María: *Libertad religiosa, laicidad y cooperación en el derecho eclesiástico*. 1ª edición. Granada: Comares, 2008, pp. 24-27. Se recogen acuerdos desde 1966 (concordato con Argentina) hasta el año 2001 (Acuerdo sobre el estatuto de la enseñanza católica con Gabón). Asimismo, contiene un detalle de los numerosos acuerdos firmados con la República Federal Alemana y sus *Länder* (pp. 32-33). Sobre el proceso de revisión concordataria y su evolución *in extenso* puede consultarse DE CARLI: *El derecho a la libertad...*, *op. cit.* pp. 63-227.

¹¹⁷⁰ Se ha criticado que dicho proceder entre el Estado español y la Santa Sede perjudicó a las religiones minoritarias: "La jerarquía católica, que había sabido estar con el régimen de Franco y defender (como tradicionalmente lo había hecho) la exclusión y en el mejor de los casos la tolerancia de cualquier otro culto disidente, supo también preparar, después de la muerte del dictador, la sustitución del citado sistema político-religioso de modo que la libertad política y religiosa no perjudicase la situación privilegiada y hegemónica de la referida Iglesia". LÓPEZ LOZANO, Carlos y BLÁZQUEZ BURGO: "Problemática jurídica general...", en AAVV: *Pluralismo religioso...*, *op. cit.*, p. 182.

- Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano, que fue ratificado mediante Instrumento de 5 de diciembre (BOE de 15 de diciembre de 1979): garantiza a la Iglesia el derecho al ejercicio de las actividades que le son propias, y en especial las de culto, jurisdicción y magisterio. Ha de destacarse el contenido del art. III establece que “*el Estado reconoce como días festivos todos los domingos. De común acuerdo se determinará que otras festividades religiosas son reconocidas como días festivos*”.

- Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano, que fue ratificado mediante Instrumento de 5 de diciembre (BOE de 15 de diciembre de 1979): regula fundamentalmente el sistema de financiación de la Iglesia Católica en España¹¹⁷¹.

- Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano, que fue ratificado mediante Instrumento de 5 de diciembre (BOE de 15 de diciembre de 1979): a los efectos que interesan para la presente investigación hay que destacar que regula el régimen jurídico de los profesores de religión, tal y como se tendrá ocasión de examinar en el apartado correspondiente. No es casual que sea el acuerdo más debatido de los tres, al ser también el menos consensuado¹¹⁷².

La doctrina ha destacado cuatro características comunes a los citados acuerdos¹¹⁷³:

1) Naturaleza jurídica internacional: A diferencia de los acuerdos suscritos con las confesiones minoritarias, los cuatro acuerdos firmados con la Santa Sede se asimilan a tratados internacionales, por lo que su régimen de modificación, derogación y suspensión es el previsto en el art. 96 CE.

2) Interpretación de su contenido: se lleva a cabo de forma conjunta por el Estado y la Iglesia Católica.

3) Falta de reconocimiento de un órgano jurisdiccional superior: siguiendo una tradición de la Edad Media, la Iglesia no ha reconocido un Tribunal superior que pueda juzgar sus acciones, extremo insólito en la actualidad.

4) Formalmente postconstitucionales: si la Constitución actual fue sancionada por el Rey el día 27 de diciembre de 1978, y se publicó y entró en vigor el día 29; los acuerdos con la Iglesia son de fecha 3 de enero de 1979. Es casi imposible que la negociación se llevara a cabo en cinco días, alguno de ellos festivo.

¹¹⁷¹ Por ejemplo, el art. 2.5 contiene la célebre y controvertida declaración en materia de autofinanciación de la Iglesia: “*La Iglesia Católica declara su propósito de lograr por sí misma los recursos suficientes para la atención de sus necesidades. Cuando fuera conseguido este propósito, ambas partes se podrán de acuerdo para sustituir los sistema de colaboración financiera expresada en los párrafos anteriores de este artículo, por otros campos y formas de colaboración económica entre la Iglesia Católica y el Estado*”.

¹¹⁷² BLANCO FERNÁNDEZ: *Libertad religiosa...*, op. cit., p. 111.

¹¹⁷³ TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro: “El desarrollo postconstitucional del derecho fundamental de libertad religiosa en España”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 2003, núm. 120, p. 247.

5.2. Acuerdos con las confesiones minoritarias

Con las confesiones minoritarias más representativas no se pudieron cerrar acuerdos internacionales, pues ninguna de ellas poseía personalidad internacional. Cuestión distinta es saber si se hubieran cerrado acuerdos internacionales de poseer dicha personalidad. Más relevante es determinar si el otorgamiento de un trato diferenciado y la suscripción de acuerdos de naturaleza internacional con la Iglesia Católica es respetuoso con el principio de igualdad y no discriminación contenido en el art. 14 CE, o con el principio de neutralidad del Estado. Tales cuestiones quedan fuera del objeto de la presente investigación, pero lo cierto es que respecto a algunas de las confesiones minoritarias se optó por ejecutar la regulación contenida en el art. 7.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, que prevé lo siguiente: “*El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales*”.

En aplicación del citado precepto, y con notorio retraso, se suscribieron los siguientes Acuerdos en un año tan simbólico como fue el quinto centenario de la expulsión de las minorías religiosas:

- 1) Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, aprobado por la Ley 24/1992 (BOE de 12 de noviembre de 1992).
- 2) Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, aprobado por la Ley 25/1992 (BOE de 12 de noviembre de 1992).
- 3) Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, aprobado por la Ley 26/1992 (BOE de 12 de noviembre de 1992).

Los citados Acuerdos, muy parecidos entre ellos, contienen normas que regulan asuntos tan dispares como el régimen económico, la asistencia religiosa o las festividades. Por lo tanto, su contenido será examinado en los apartados correspondientes y en cuanto tengan relación con el objeto de la presente investigación. No obstante, ha de advertirse de antemano que su aplicación práctica ha sido discreta y han recibido abundantes críticas por la doctrina, como es el desconocimiento de su contenido por parte de las Administraciones públicas o el hecho de que en escasas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia pueden encontrarse fallos en los que se cite cualquiera de los tres Acuerdos¹¹⁷⁴. Al respecto, la doctrina ha resumido la debilidad del sistema de Acuerdos con las confesiones minoritarias en cuatro puntos¹¹⁷⁵:

¹¹⁷⁴ BLANCO FERNÁNDEZ: *Libertad religiosa...*, *op. cit.*, p. 72. Otro autor, en referencia a la comunidad musulmana, ha afirmado que el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España es ambicioso en muchos aspectos, pero no tiene en cuenta el número de fieles que residen en la actualidad en España, ni existe voluntad política para desarrollar los derechos reconocidos. De nada sirve reconocer unos derechos que luego no se pueden ejercitar. PRADO: *El retorn de l'islam...*, *op. cit.*, p. 132.

¹¹⁷⁵ Se sigue básicamente a MOTILLA DE LA CALLE, Agustín: “La reforma de los acuerdos de cooperación con las federaciones evangélica, judía y musulmana”, en AAVV: *Los acuerdos con las confesiones minoritarias. Diez años de vigencia*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2004, pp. 24-25. Que dichos Acuerdos posean puntos críticos no significa que no supusieran un avance

1) No se pactaron con los representantes de las confesiones religiosas, sino con federaciones que aglutinan intereses y creencias muy diferentes, como es el caso de FEREDE.

2) La citada agrupación de iglesias y confesiones en federaciones jalonada por la Administración para facilitar la negociación y garantizar la representatividad de los sujetos negociadores, ha provocado tensiones y crisis de diferente grado en el seno de las federaciones y una clara dificultad para desarrollar los pactos alcanzados.

3) Como se ha indicado ya, los contenidos de los tres Acuerdos se repiten de forma inmotivada. Si se deseaba mantener una total igualdad en el tratamiento de las confesiones, simplemente habría resultado más aconsejable firmar un sólo Acuerdo. Es evidente que si todas las creencias son diferentes, ha de presuponerse que también lo serán sus necesidades, como la realidad demuestra todos los días, por lo que los Acuerdos debían haber plasmado diferentes soluciones a los diferentes problemas planteados por la realidad social. Obviamente, en el puesto de trabajo, no tiene las mismas necesidades de acomodación un trabajador musulmán, que un protestante o que un judío, pues incluso en cada una de las tres tradiciones religiosas hay confesiones muy diversas y necesidades muy dispares. Es conocido que en Italia se ha optado por suscribir acuerdos bilaterales y de diferente alcance con cada unas de las confesiones religiosas.

4) Se evidencia un mínimo compromiso, una falta de voluntad política, que abarca los aspectos económicos, en el caso de los Acuerdos que no alcanza a las fórmulas de cooperación vigentes con la Iglesia Católica respecto ámbito tan relevantes como son la enseñanza o la asistencia religiosa para citar dos ejemplos.

Como se ha podido apreciar y es sobradamente conocido, existen en España tres tipologías distintas de regulación, y con sus consecuentes status diferenciados, en relación a las confesiones religiosas: la concordataria de naturaleza internacional para la Iglesia Católica; el estatuto de las confesiones no católicas con Acuerdo y notorio arraigo en España¹¹⁷⁶; y la del resto de confesiones católicas sin Acuerdo, que pueden estar inscritas o no en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia¹¹⁷⁷. Es decir, ya en período democrático se arrastra un estado de cosas difícilmente compadecible con la necesaria igualdad que debe prevalecer en un Estado religiosamente neutral. Sin embargo, pudiera pensarse que tal situación afecta solamente al ámbito de relaciones Estado - confesiones religiosas, lo cierto es que tales diferenciaciones tienen su traslación en las relaciones entre sujetos privados, pues no es

relevante, aunque quizás más simbólico que real, tal y como parece señalar el citado autor: "*Una vez superada la importancia originaria de los Acuerdos de 1992, en sí mismo considerados y rememorando la historia de intolerancia hacia las minorías religiosas que desgraciadamente ha dominado la política y la sociedad española desde que España existe como nación, los derechos a favor de las comunidades evangélicas, judías e islámicas que en él se reconocen, o el grado de cooperación que el Estado se mostró dispuesto a brindar, y que inspiran el texto de los Acuerdos, son reflejo de las circunstancias de ese tiempo y, tal vez, de la inexperiencia en la tarea de culminar el proceso de negociación de los primeros convenios con confesiones minoritarias de toda nuestra Historia*" (p. 53).

¹¹⁷⁶ El procedimiento para la declaración del notorio arraigo se encuentra en el Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España.

¹¹⁷⁷ Dicho registro público está regulado en el Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas.

lo mismo que los derechos de un ciudadano se recojan en un Acuerdo o convenio, o que ni siquiera se prevea ninguna especialidad en el ordenamiento jurídico; que la mucho más privilegiada situación de que tales derechos y su ejercicio se regulen en normas de naturaleza internacional, especialmente las de naturaleza bilateral como son las concordatarias. Aunque los derechos subjetivos constitucionales, como es el derecho de libertad religiosa, son de aplicación directa en la relación laboral; no es lo mismo ejercerlos cuando ninguna norma jurídica los desarrolla o permite acomodación alguna¹¹⁷⁸, ni siquiera en normas no estrictamente laborales, que cuando el ordenamiento se adapta como un guante a las convicciones de la religión mayoritaria.

¹¹⁷⁸ El hecho de que los Acuerdos de 1992 no permitan a las minorías ningún tipo de acomodación, lo que demuestra una clara falta de voluntad política y sitúa a dichas minorías en una situación estructural de desventaja, es puesto de manifiesto por SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO: *Musulmans a Catalunya...*, *op. cit.*, p. 147.

CAPÍTULO III: LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA POR CREENCIAS RELIGIOSAS

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA POR CREENCIAS RELIGIOSAS

Desde un punto de vista histórico, se puede afirmar que los problemas de conciencia, definidos como conflictos entre obligación jurídica y obligación moral, entre ley, y convicciones personales (religiosas o no), existen desde que existe el Derecho. Y desde que han existido dichos conflictos entre normas jurídicas y convicciones religiosas personales las diferentes escuelas jurídicas han realizado denodados esfuerzos para levantar teorías para justificar si debe prevalecer el Derecho positivo sobre la conciencia moral de la persona; o si existe un ordenamiento de valores inmutable en el tiempo, preexistente al Derecho, y superior al ordenamiento positivo. La dificultad de tal tarea puede ser resumida en el hecho objetivo que aún hoy se dista del consenso doctrinal. Así, desde las teorías iusnaturalistas más extremas se puede encontrar una escala de gradaciones hasta un positivismo máximo no menos extremo. Es en las nociones iusnaturalistas y positivistas más moderadas donde se han ido configurando espacios para el encuentro, especialmente respecto a la obediencia de las normas jurídicas y el lugar de la objeción de conciencia en un Estado democrático de Derecho¹¹⁷⁹.

Desde el momento en que la persona ha de regir su conducta de acuerdo con una obligación jurídica, empieza el riesgo a que dicha prescripción de hacer o no hacer, de dar o no dar, colisione con la conducta prescrita por las convicciones personales, muchas veces guiadas por normas de naturaleza religiosa. Así, sin abandonar el prisma histórico, se podrá hablar de una objeción de conciencia *de facto*, que consistirá en que el destinatario de las obligaciones que entran en colisión opta por seguir o cumplir la norma moral y, por lo tanto, desobedece la obligación jurídica que encuentra su origen en el poder estatuido. La tipología de castigos por tal desobediencia es variada y en muchas ocasiones la pena ha alcanzado cuotas de crueldad muy elevadas. Posteriormente, como se verá, se empieza a reconocer jurídicamente dicha posibilidad de objetar y al mismo tiempo *de iure* se establecen exenciones por razones de conciencia; también en el marco de la relación laboral, no sólo frente al Estado, que es lo más tradicional.

¹¹⁷⁹ La moderación en los posicionamientos de tales teorías respecto la obediencia de las normas positivas puede ser resumida del siguiente modo: "*Tanto la teoría positivista moderada - según la cual las leyes deben ser obedecidas porque la obediencia a las leyes tiene por sí misma un valor positivo para el orden social - como la teoría iusnaturalista moderada - según la cual las leyes pueden ser desobedecidas solo si la desobediencia no pone en peligro el orden social - constituyen ambas un homenaje al valor orden. Además, ambas conducen a un resultado análogo, que consiste en inducir a la gente a obedecer en la mayor parte de los casos las leyes, aun cuando este ideal se obtiene por medios diversos, unas veces atenuando el rigor del deber de obediencia, otras, poniendo límite al deber de desobediencia y partiendo de presupuestos diversos, ya que para el positivista moderado el orden es un bien por más que no sea el mayor de los bienes, y para el naturalista moderado, un mal menor*". BOBBIO, Norberto: *Iusnaturalismo y positivismo...*, op. cit., pp. 130-131.

No se puede ignorar que el tratamiento de la objeción de conciencia ha sido siempre problemático y que ha enfrentado a los juristas en muy diversas ocasiones¹¹⁸⁰. En el Estado totalitario la objeción ha sido vista como una amenaza a su hegemonía de pretensiones omnicomprendivas; para el Derecho natural de corte confesional ha sido visto con buenos ojos cuando la confesión religiosa de turno estaba en posición de subordinación, pero al ser hegemónica la ha tratado como un factor de posible fragmentación de la ortodoxia; y, en fin, en el Estado democrático de Derecho, especialmente en sus versiones más positivistas, la objeción de conciencia ha sido tratada, y combatida, como una indeseable anomalía origen de la más sutil de las anarquías al ser un factor que neutraliza desde dentro la inexorable aplicación general del Derecho.

Por lo tanto, desde un punto de vista sistemático, e incluso histórico, resulta procedente tratar antes de la objeción de conciencia que de la libertad religiosa en el contrato de trabajo. Primero, porque los conflictos entre normas morales y jurídicas anteceden al reconocimiento jurídico del derecho fundamental a la libertad religiosa. En segundo lugar, porque, tal y como se verá, el derecho a la objeción de conciencia en el Derecho Constitucional español, aunque es discutida su naturaleza, es configurado como un derecho constitucional autónomo no fundamental, por lo que aunque guarda una íntima relación con otros derechos fundamentales, como es el derecho a la libertad religiosa, se trata de un derecho con una dinámica propia. Y, por último, en tercer lugar, el hilo argumental sobre la objeción de conciencia permitirá exponer las diferencias y elementos característicos entre la norma jurídica y la norma moral de tipo religioso, extremo que será de utilidad al explicar la dinámica del derecho a la libertad religiosa, que sí constituye un derecho fundamental, no instrumental, en el seno de la relación laboral.

Desde que existen normas jurídicas han habido conflictos entre éstas y las convicciones personales de cada individuo; entre unas normas que contienen una ética pública o el parecer de las clases dirigentes (por eso se trata en muchos casos de conflictos que no son neutros desde un punto de vista moral o político), y las normas que configuran las más íntimas convicciones de una persona, de origen religioso o no, intrínsecamente ligadas a su dignidad, como legislador de sí mismo¹¹⁸¹, en cuanto moral¹¹⁸². Si bien la

¹¹⁸⁰ "Lo habitual es que los juristas consideren que el incumplimiento de un deber jurídico es por definición ilegal, que la libertad de conciencia se detiene a las puertas de tales deberes y que la objeción de conciencia presenta un carácter excepcional, por lo que sólo surte efectos cuando ha sido específicamente regulada en alguna de sus modalidades concretas". GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 267.

¹¹⁸¹ "Los conflictos derivados de los comportamientos de objeción a la ley no son políticamente neutros. Presuponen un enfrentamiento entre contenidos éticos de conciencia y normas jurídicas aprobadas a instancias del Gobierno y de la mayoría parlamentaria que lo sostiene en cada momento. En definitiva, la objeción de conciencia implica una colisión entre la norma moral individual y una cierta ética pública que alienta políticamente el sentido de las leyes". GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: "La regulación legal de las opciones de conciencia y la ley orgánica de libertad religiosa", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: lustel, 2009, p. 210.

¹¹⁸² Una adecuada definición de "moral" puede localizarse en la obra de Bobbio, autor que entiende como tal "un conjunto de prescripciones sobre la conducta humana en general, ordenadas sistemática y jerárquicamente en torno a algunas máximas fundamentales, habitualmente inspiradas por la aceptación de un valor considerado preeminente. Las morales suelen distinguirse por la particular relevancia otorgada al valor preeminente que les informa, de manera que se habla de ética de la libertad, la justicia, la compasión, la caridad, la perfección, la

persona, por definición, siempre ha sido soporte de valores¹¹⁸³ y sostiene unas convicciones que han marcado su comportamiento (desde los inicios de los tiempos han incluido las de tipología religiosa o trascendental¹¹⁸⁴ aunque no se trata de convicciones "naturales", sino un producto histórico)¹¹⁸⁵, pues son un reflejo de su perspectiva de lo que le rodea¹¹⁸⁶, especialmente guían su comportamiento en el contexto de su vida en comunidad con otras personas (funcionalidad de la moral)¹¹⁸⁷; no siempre han existido normas de naturaleza jurídica¹¹⁸⁸ que diriman el concurso de distintas autonomías morales¹¹⁸⁹. Así, la religión va más allá de ser un mero conjunto de valores y creencias,

solidaridad, la utilidad, la fuerza, la potencia, la paz, el bienestar y así sucesivamente, y algunas veces, y de forma menos clara, a partir de la escuela o el autor que las ha elaborado y predicado, de manera que se habla de ética cínica, estoica, epicúrea, tomista, libertina, calvinista, puritana, espinosista, kantiana, spenceriana". BOBBIO: Iusnaturalismo y positivismo..., op. cit., p. 171.

¹¹⁸³ "For men do not live only by bread, vitamins, and technological discoveries. They live by values and realities which are above time, and are worth being known for their own sake; they feed on that invisible food which sustains the life of the spirit, and which makes them aware, not of such or such means at the service of their life, but of their very reasons for living - and suffering, and hoping". MARITAIN: *On the use...*, op. cit., pp. 6-7.

¹¹⁸⁴ La religión ha ayudado a la persona desde los albores de la humanidad a realizar representaciones de sí mismo y del mundo que le rodea: "Se sap des de fa temps que els primers sistemes de representacions que l'home s'ha fet del món i d'ell mateix són d'origen religiós. No hi ha cap religió que no sigui una cosmologia al mateix temps que una especulació sobre el diví. Si la filosofia i les ciències han nascut de la religió, és que la religió per ella mateix començà ocupant el lloc de les ciències i de la filosofia. Però el què s'ha remarcat menys és que no s'ha limitat a enriquir amb un cert nombre d'idees un esperit humà format prèviament; també ha contribuït a formar-lo. Els homes no li han degut tan sols, en bona part, la matèria de llurs coneixements, sinó també la forma segons la qual s'han elaborat aquests coneixements". DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., p. 34.

¹¹⁸⁵ Porque una de las funciones de la religión es ofrecer respuestas al ser humano, especialmente en situaciones difíciles o ante fenómenos cuya dinámica desconoce, para "paliar" sus debilidades, de ahí su vinculación a lo trascendental. O dicho de otro modo: "Quehacer de la religión es (...) la vinculación, la ob-ligatio en la búsqueda de una re-ligatio que restañe la herida de la individualidad, de la finitud, de la mortalidad". DUQUE PAJUELO, Félix: "Sobre la esencia del fundamento, o sea sobre la violencia", en AAVV: *Religión y violencia*. 1ª edición. Madrid: Círculo de Bellas Artes, 2008, p. 86. Y dicho quehacer ha existido desde que el ser humano es ser humano.

¹¹⁸⁶ La conciencia de la persona, de sí mismo y de lo que le rodea, y la religión son conceptos que van ligados, por lo que es parte de su esencia: "La esencia del hombre, a diferencia de la del animal, es no sólo el fundamento de la religión, sino también su objeto. La religión es la conciencia de lo infinito; es y sólo puede ser la conciencia que el hombre tiene de su esencia, no finita y limitada, sino infinita". FEUERBACH: *La esencia del cristianismo...*, op. cit., p. 54.

¹¹⁸⁷ "Toda moral resuelve, visto desde un punto de vista funcional, problemas de coordinación de la acción entre seres que interactúan socialmente. La conciencia moral es expresión de las exigencias legítimas que los miembros cooperativos de un grupo social pueden dirigirse unos a otros. Los sentimientos morales regulan el cumplimiento de las normas básicas". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 45.

¹¹⁸⁸ Los actuales conocimientos aportados por disciplinas como la historia o la antropología demuestran que la máxima latina "ubi societas, ibi ius" es inexacta. CAPELLA HERNÁNDEZ: *Fruta prohibida...*, op. cit., pp. 18 y siguientes.

¹¹⁸⁹ "La vida en sociedad implica (si no entendemos exclusivamente el concepto de autoridad en el sentido de reducción a pura fuerza por parte de quien ostente el poder político y nos circunscribimos a la autoridad de iure o a la autoridad legítima o autoridad que cuente con justificaciones válidas a su favor) el concurso entre distintas razones y distintas autonomías morales. Sin ese concurso es inimaginable la vida en sociedad y es imposible la vigencia normal del Derecho. El Derecho, al guiar comportamientos y resolver disputas y conflictos entre los particulares, se mantiene gracias a leyes generales que tienen como objetivo garantizar que ese concurso se lleve a efecto de manera pacífica. El Derecho es uno de los instrumentos, quizás el más eficaz, con que cuenta la autoridad política". FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio: *La obediencia al Derecho*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1987, p. 49.

más o menos sistemático según el caso, y constituye al mismo tiempo un fenómeno social, que impregna manifestaciones como el arte o el mismo lenguaje¹¹⁹⁰. Cuando aparecen las primeras normas jurídicas con las primeras sociedades humanas complejas, que establecen sujetos con legitimidad normativa para imponer sanciones por el incumplimiento del contenido de las leyes (incluida la utilización de la violencia como instrumento coercitivo)¹¹⁹¹, es cuando materialmente se pueden dar los primeros conflictos entre las obligaciones emanadas de normas religiosas y dichas normas jurídicas emanadas de la autoridad secular que en cada momento sea competente para ello.

En las comunidades primitivas (algunas de ellas subsistentes en la actualidad), en las que aún no se había creado el Derecho, se puede localizar una reglamentación que las vertebra socialmente en forma de relatos míticos que se transmiten de generación en generación; se trata de representaciones metafóricas de la práctica social que mantienen el orden social establecido y en las que los fenómenos naturales y en general la naturaleza juega un rol importante¹¹⁹². Dichas normas no jurídicas se imponen, no con la fuerza coercitiva de una autoridad legitimada para dicha finalidad, sino con la fuerza emocional anudada a las creencias de tipo religioso. La transgresión del tabú¹¹⁹³ o prohibición instituida por las citadas normas de moralidad positiva exige una expiación o sanción, que es exigida por la divinidad y consiste en la presión social que comporta que

¹¹⁹⁰ "Los fenómenos religiosos y la naturaleza social del hombre han sido siempre realidades conexas. En efecto, podría pensarse que la religión se refiere exclusivamente al interior de la persona, las religiones de todos los tiempos - y entre ellas, la católica - han tenido una clara dimensión social. Por este motivo han tenido un claro influjo en la vida no sólo personal sino también social de los pueblos. Una consecuencia es, por ejemplo, el modo de hablar de las diferentes culturas, frecuentemente con adjetivos de tipo religioso: el mundo musulmán, la cultura hinduista, el pueblo hebrero, el occidente cristiano, etc.". PRIETO: *Relaciones Iglesia-Estado...*, op. cit., p. 19.

¹¹⁹¹ "El aparato del poder político no realiza sus funciones mediante la aplicación directa, pura y simple, de su capacidad de violencia: utiliza directivas para la acción de los miembros de la sociedad, y en lo tocante a lo reglamentado por estas directivas reserva en principio el uso de la fuerza para los casos de incumplimiento. Estas directivas o normas son el derecho". CAPELLA HERNÁNDEZ: *Fruta prohibida...*, op. cit., p. 48.

¹¹⁹² "Sancions transcendentals són aquelles que, segons la fe de les persones sotmeses a l'ordre concret, procedeixen d'una instància superhumana. Una fe com aquesta és un element específic de la mentalitat primitiva. L'home primitiu interpreta uns esdeveniments naturals que afecten immediatament els seus interessos conforme el principi de retribució: els esdeveniments que li són favorables els interpreta com una recompensa per l'observança de l'ordre social existent, mentre que els esdeveniments que li són desfavorables els interpreta com a càstig per l'inobservança de l'ordre social existent". KELSEN: *Teoria pura...*, op. cit., Vol. I, p. 72.

¹¹⁹³ Sobre el concepto de tabú se puede decir lo siguiente: "Els éssers sagrats són, per definició, éssers separats. Allò que els caracteritza és que, entre ells i els éssers profans, hi ha una solució de continuïtat. Normalment, els uns són fóra dels altres. Hi ha tot un conjunt de ritus que té l'objectiu de realitzar aquest estat de separació que és essencial. Com que tenen la funció de prevenir les barreges i les aproximacions indègudes, d'impedir que un d'aquests dos dominis envaeixi l'altre, només poden ordenar abstencions, és a dir, actes negatius. Per aquesta raó, proposem d'anomenar culte negatiu el sistema format per aquests ritus especials. Aquests no prescriuen al fidel que compleixi unes prestacions efectives, sinó que es limiten a prohibir-li certes formes d'actuar; per tant, tots adopten la forma de prohibició o, com es diu freqüentment en etnografia, de tabú. Aquesta paraula és la que s'utilitza a les llengües polinèsies per designar la institució en virtut de la qual certes coses es retiren de l'ús comú, també és un adjectiu que expressa el caràcter distintiu d'aquesta mena de coses". DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., pp. 311-312. Obviamente, dicho concepto guarda una gran relevancia en relación a la institución de días festivos y las normas que los rigen, y respecto a las reglas de ingestión de alimentos, por citar sólo dos ejemplos.

el transgresor quede excluido de la comunidad (con todo lo que ello significa en este tipo de sociedad primitiva) o incluso sea instado al auto-castigo¹¹⁹⁴. Un buen ejemplo de ello lo constituyen las sociedades en qué se profesan religiones totémicas¹¹⁹⁵.

Tales normas de moralidad positiva continúan existiendo en las sociedades actuales¹¹⁹⁶, muchas veces por el prestigio que otorga las costumbres basadas en una inveterada tradición (recogida en forma escrita o transmitida oralmente de generación en generación)¹¹⁹⁷, con un grado de complejidad muy superior (por ejemplo, la noción de

¹¹⁹⁴ El quebrantamiento del tabú trabajando un día festivo o consumiendo ciertos alimentos prohibidos puede acarrear la muerte: "La racionalización del tabú puede conducir a un sistema de normas según las cuales ciertas acciones se consideran abominaciones religiosas, que tienen que recibir alguna expiación; en determinadas circunstancias, la muerte de quien los cometi6; caso contrario, el mal hechizo afectaría a todo el pueblo. Surge así un sistema de 6tica, cuya base 6ltima es el tabú: prohibici6n de alimentos, prohibici6n del trabajo en d6as que el tabú hace «funestos» (as6 ocurria originalmente con el sabbat) o prohibiciones de matrimonio dentro de determinados c6rculos de personas, en particular, parientes. Ocurre siempre en la forma de que lo que se hace habitual se convierte en «sagrado»". WEBER: Sociolog6a..., op. cit., p. 98. Dicho de otro modo: "La prohibici6n de les sancions religioses sol passar per determinar mecànicament desordres materials que se suposa que ha de patir el culpable i que es consideren com una sanció del seu acte. Però, fins i tot quan es produeix realment, aquesta sanció espontània i automàtica no és pas l'única; sempre és completada per una altra que suposa una intervenció humana. O bé s'hi afegeix una pena pròpiament dita, quan no l'anticipa, i aquesta és infligida deliberadament pels homes; o, almenys, hi ha blasme, reprovaci6 pública. Fins hi tot després que el sacrilegi ha estat castigat per la malaltia o la mort natural del seu autor, aquest, a sobre, és infamat; ofèn l'opini6, que reacciona en contra seu; posa aquell que l'ha comès en estat de falta". DURKHEIM: Les formes elementals..., op. cit., p. 312.

¹¹⁹⁵ "Quan hom pregunta a un ind6gena per què observa els seus ritus, respon que els avantpassats sempre els observaren i que ell ha de seguir el seu exemple. Per tant, si es comporta d'aquesta o aquella manera amb els éssers totèmics, no és tan sols perquè les forces que hi resideixen són d'un tracte físicament terrible, sin6 perquè se sent moralment obligat a comportar-se així; té la sensaci6 que obeeix a una mena d'imperatiu; que compleix un deure. No tan sols sent temor envers els éssers sagrats, sin6 també respecte. D'altra banda, el tòtem és la font de la vida moral del clan. Tots les éssers que combreguen en el mateix principi totèmic es consideren, per aix6 mateix, moralment lligats els uns als altres; tenen els uns envers els altres uns deures definits d'assistència, de vendetta, etc. (...) El principi totèmic és, per tant, al mateix temps que una força material, una potència moral". DURKHEIM: Les formes elementals..., op. cit., p. 208.

¹¹⁹⁶ "El capteniment conforme a l'ordre dels homes primitius, particularment l'observança dels nombrosos manaments, dels anomenats tabús, és en primer terme determinat per la por dels mals greus amb els quals la instància superhumana - les ànimes dels morts - pot reaccionar contra la violaci6 de l'ordre tradicional. L'esperança d'una recompensa, en comparaci6 de la por que domina la vida dels homes primitius, té només una importància secundària. Alhora, fins i tot en la fe religiosa dels homes civilitzats, segons la qual la retribuci6 divina no es duu a terme o no solament es duu a terme aquí, a la terra, sin6 que és acomplerta en un més enllà, la por del càstig que s'espera després de la mort ocupa el primer lloc". KELSEN: Teoria pura..., op. cit., Vol. I, p. 75.

¹¹⁹⁷ Es el caso de muchas normas que se desprenden de las sociedades agr6colas preindustriales: "Las sociedades agr6colas generan unas cosmovisiones que se plasman en ritos, mitos y creencias que en algunos casos han perdurado a trav6s de los milenios y todav6 impregnan, con la fuerza y el prestigio de lo tradicional, las formas religiosas actuales, en mutaci6n adaptativa a la sociedad industrial y postindustrial, el otro gran cambio de ra6z econ6mica que progresivamente est6 liberando a los hombres de la dependencia de la tierra". DIEZ DE VELASCO: Introducci6n a la historia..., op. cit., p. 120. Precisamente los c6digos y recopilaciones de leyes religiosas van recogiendo durante grandes lapsos de tiempo las reglas de comportamiento tradicionales de los pueblos, adquiriendo paulatinamente grados de complejidad superiores, cual es el caso, por ejemplo, del c6lebre C6digo de Manu: "Un codi com el de Manu sorgeix com sorgeix tot bon codi: resumeix l'experiència, l'astúcia i la moral experimental de llargs segles, conclou, no crea res. Una codificaci6 de la seva mena es forma després d'haver comprès que els mitjans amb els quals es confereix autoritat a una veritat adquirida de forma lenta i costosa són fonamentalment diferents

"pecado" o similar era inexistente en estadios más primitivos)¹¹⁹⁸ y de forma paralela al ordenamiento jurídico formal, más allá de las comunidades primitivas, abarcando comportamientos muy dispares y cuya sanción principal es el rechazo social que causa el desviarse de las obligaciones morales que imponen. Dichas normas morales, que muchas veces aparecen bajo un manto secular pero siguen conteniendo normas religiosas "mutadas" a apariencias más acordes con la época postmoderna en curso¹¹⁹⁹, pueden entrar en conflicto con las normas jurídicas¹²⁰⁰. Pero al mismo tiempo, tales normas de moralidad positiva, en ocasiones refuerzan a su vez las normas jurídicas, ya que lo más habitual es que el legislador esté influido por tales normas morales a la hora de llevar a cabo su función legislativa¹²⁰¹, que esté impregnado por su "espíritu"¹²⁰².

Incluso es habitual que la terminología utilizada por las normas morales sea la misma que la utilizada por las normas jurídicas, de ahí que, junto con la característica compartida por ambas de obligar a realizar ciertas conductas, a veces se produzcan confusiones al identificar el sustrato de unas y otras; aunque los procedimientos formales anudados a

d'aquells que serveixen per demostrar-la. Un codi no explica mai la utilitat, les raons, la casuística en la prehistòria d'una llei: amb això, perdria el to imperatiu, l'«has de», la condició necessària perquè la llei sigui obeïda. El problema rau exactament aquí. - En un cert punt de l'evolució d'un poble, la seva classe més circumspècta, és a dir, aquella que més mira enrere i endavant, declara conclosa l'experiència segons la qual s'ha de - és a dir, es pot - viure". NIETZSCHE: L'Anticrist., op. cit., p. 155.

¹¹⁹⁸ *"La ética religiosa comparte con la ética mágica otra propiedad, el hecho de ser un complejo de mandamientos y prohibiciones, generalmente de suma heterogeneidad, surgidos de los motivos y temas más diversos, sin diferenciar lo que para nuestra sensibilidad sería «importante» o «trivial», cuya infracción constituye el «pecado»". WEBER: Sociología..., op. cit., p. 102. En una opinión más actual: "Si la distinción religiosa, la que abre el espacio y el tiempo de la religión, es «más fundamental», es porque esa distinción se desdobra, se multiplica: en lo oculto y secreto, en lo explícito y en lo implícito, hasta el infinito y aun más allá. Porque ubica en el allá (en la trascendencia) la capacidad máxima de ordenar, decidir o convalidar en adelante todas las distinciones (las más importantes y las más nimias: qué es lo bueno, qué se puede comer; qué animal es impuro...). La distinción religiosa no cancela la capacidad de distinguir del hombre: pero condiciona todas las distinciones futuras a una instancia de distinción y decisión superior, o suprema". LANCEROS MÉNDEZ, José Francisco: "En el principio era el medio. Cuestión de orden", en AAVV: Religión y violencia. 1ª edición. Madrid: Círculo de Bellas Artes, 2008, p. 26.*

¹¹⁹⁹ *"En las sociedades occidentales profanas, las intuiciones morales cotidianas presentan todavía el cuño de la sustancia normativa de las tradiciones religiosas en cierta medida decapitadas y declaradas por el derecho como asunto privado, en particular de los contenidos de la moral judía de la justicia del Antiguo Testamento y de la ética cristiana del Nuevo Testamento. Dichos contenidos se enriquecen y amplían a través de procesos de socialización, aunque a menudo de modo implícito y bajo otro nombre". HABERMAS: La inclusión del otro..., op. cit., p. 34.*

¹²⁰⁰ CAPELLA HERNÁNDEZ: *Fruta prohibida...*, op. cit., pp. 38-43 y 48-49.

¹²⁰¹ Dicha idea argumentada desde un punto de vista liberal: *"Si en los tiempos en que la religión era sagrada fueron respetados el matrimonio, la propiedad, las leyes del estado, esto no se debe a la religión, sino a la conciencia primitiva, naturalmente moral y justa, que consideraba las relaciones justas y morales como sagradas en cuanto tales. Si el derecho no es sagrado por sí mismo, se convierte en sagrado ahora y para siempre mediante la religión. La propiedad no se convirtió en sagrada porque fuera representada como una institución divina, sino porque por sí misma y para sí misma pasaba por sagrada fue considerada como institución divina". FEUERBACH: La esencia..., op. cit., p. 314.*

¹²⁰² *"Avui hi ha un acord per a reconèixer que el dret, la moral, el mateix pensament científic, han nascut de la religió, durant molt de temps s'han confós amb ella i han quedat penetrats del seu esperit". DURKHEIM: Les formes elementals..., op. cit., p. 90.*

las normas jurídicas las ponen fácilmente en evidencia cuanto más moderna es la organización de un poder político¹²⁰³.

Una vez aparecidas las normas de naturaleza jurídica¹²⁰⁴, mucho antes de la creación del Estado moderno, los conflictos con el poder¹²⁰⁵ y entre los sujetos privados han sido frecuentes; incluidos los conflictos entre el poder y las confesiones religiosas, ambos siempre ávidos de controlar la realidad social que les ha rodeado¹²⁰⁶. A veces las normas jurídicas han sido obedecidas por convicción, y a veces por miedo o simplemente para evitar el preceptivo castigo. En otras ocasiones han pesado más las convicciones morales, y se ha optado por la desobediencia¹²⁰⁷. En el caso de las convicciones religiosas, desde la aparición del Derecho los conflictos han sido continuos desde un prisma histórico¹²⁰⁸, ya que la religión lleva anudadas pautas de conducta y obligaciones

¹²⁰³ "Moral rules impose obligations and withdraw certain areas of conduct from the free option of the individual to do as he likes. Just as a legal system obviously contains elements closely connected with the simple cases of orders backed by threats, so equally obviously it contains elements closely connected with certain aspects of morality. In both cases alike there is a difficulty in indentifying precisely the relationship and a temptation to see in the obviously close connection an identity. Not only do law and morals share a vocabulary so that there are both legal and moral obligations, duties, and rights; but all municipal legal systems reproduce the substance of certain fundamental moral requirements". HART: *The concept...*, op. cit., p. 7.

¹²⁰⁴ La aparición del Derecho se remonta a muchos siglos antes de sociedades estructuradas como la griega o la romana. Por ejemplo, y yendo más allá de la mera aparición de normas jurídicas, el Código de leyes por antonomasia es el Código de Hammurabi, promulgado el siglo XVIII a.C.

¹²⁰⁵ La siempre delicada relación entre la política y la religión en los Estados Unidos ha sido estudiada a fondo en REICHLEY: *Religion in American...*, op. cit. Más allá del contexto norteamericano se puede afirmar que "religion and politics have both played major roles in human experience from a very early time, the first giving de individual an explanation of his relationship to the totality of existence and a means of transcending his apparently inexorable mortal fate, the second providing techniques and institutions for managing the social units through which humans have always sought material security and emotional satisfaction" (p. 4). Precisamente la relación de conflicto entre las normas religiosas y las normas jurídicas emanadas del poder, cada una con su función, es lo que dará lugar a la objeción de conciencia.

¹²⁰⁶ "The differentiation of a religious elite brought a new level of tension and a new possibility of conflict and change onto the social scene. Whether the confrontation was between Israelite prophet and king, Islamic ulama and sultan, Christian pope and emperor, or even between Confucian scholar official and his ruler, it implied that political acts could be judged in terms of standards that the political authorities could not finally control. The degree to which these confrontations had serious social consequences of course depended on the degree to which the religious group was structurally independent and could exert real pressure". BELLAH: *Essays on religion...*, op. cit., p. 35.

¹²⁰⁷ "At any given moment the life of any society which lives by rules, legal or not, is likely to consist in a tension between those who, on the one hand, accept and voluntarily co-operate in maintaining the rules, and so see their own and other persons' behaviour in terms of the rules, and those who, on the other hand, reject the rules and attend to them only from the external point of view as a sign of possible punishment". HART: *The concept...*, op. cit., pp. 90-91.

¹²⁰⁸ Si la objeción de conciencia por razones religiosas, o al menos su *prius*, aparece en estadios históricos muy tempranos, dicha figura acompañará a la persona durante la Modernidad, afectada ya por el proceso de secularización, y hasta la actualidad: "La objeción de conciencia ha marchado siempre paralelamente a la libertad religiosa o, mejor dicho, que ha constituido una de sus dimensiones más destacadas, tal vez históricamente la primera. Al comienzo, la objeción será estrictamente religiosa y pretenderá eludir la práctica de ritos ajenos, pero las religiones no sólo se componen de ritos, sino que intentan impregnar todas las facetas del actuar humano, por lo que pronto la objeción habrá de extenderse a todas aquellas prácticas juzgadas pecaminosas por el código moral de la respectiva confesión. Por último, el proceso de secularización de la libertad religiosa terminará afectando también a la objeción; y del mismo modo que ya no se requerirá la invocación de un Ser supremo para expresarse, reunirse, asociarse en torno a una ideología,

en buena parte inflexibles para los fieles de la religión de que se trate¹²⁰⁹, muchas veces ligadas estrechamente al mundo profesional¹²¹⁰. Unas pautas de conducta que regulan la relación entre el individuo y la deidad; otras normas que regulan la relación entre los individuos, ya compartan la misma religión o no (por ejemplo la relación entre los judíos y los gentiles en el Antiguo Testamento); y frecuentemente la relación con el poder político¹²¹¹. Dichas pautas de conducta se consideran emanadas de la misma deidad, de la voluntad del Dios en cuestión no del creyente (cuando se trata naturalmente de religiones deístas)¹²¹², lo que constituye su principal cuando no única fuente de legitimación; e incluso pueden formar parte de complejos sistemas de Derecho religioso que por su origen divino reivindican una posición superior al de los ordenamientos

tampoco se requerirá la cobertura de ninguna confesión para ejercer la objeción de conciencia. La objeción aparecerá vinculada así a la libertad de creencias o, más exactamente, a la dimensión práctica de ese derecho, que es la libertad de conciencia". GASCÓN ABELLÁN: Obediencia al Derecho..., op. cit., p. 265.

¹²⁰⁹ Para los antiguos "religio" es un término que designa "el conjunto de los vínculos reconocidos que vinculan la actividad humana a los dioses. De ella deriva la noción de obligaciones jurídicas recíprocas (fides): la exactitud del rito entraña la aquiescencia del dios; pero quien pacta con la divinidad y es escuchado se encuentra voto damnatus, «condenado a pagar»". BAYET: *La religión...*, op. cit., p. 69. "La religión apela ante todo al sentimiento subjetivo, ya sea - como en el respecto panteísta - por la sensación - por la sensación, o mejor: la querencia de estar ligado a un universo armonioso y completo (...); además, la religión quiere ser normativa y, por tanto, principio y sólida base de toda moral: es decir: apunta a lo que debe ser y a lo que debe hacer el individuo para religarse con el Todo o con el Padre perdido". DUQUE PAJUELO: "Sobre la esencia...", en AAVV: *Religión y violencia...*, op. cit., p. 85.

¹²¹⁰ La reforma luterana ejemplifica la íntima conexión entre normas religiosas y actividad profesional. Para Lutero "la profesión es lo que el hombre tiene que aceptar como disposición divina, aquello en donde él tiene «su destino»; esta caracterización se sobrepone a la otra idea, que también está presente en él, de que el trabajo profesional es una tarea, o más bien, la tarea puesta por Dios". WEBER: *La ética protestante...*, op. cit., pp. 100-101.

¹²¹¹ "Human behavior in any given religion may include both obligations to be observed with respect to the object of one's religions faith as well as those obligations imposed on the adherent in his or her relations with other persons". WOOD, James E. Jr.: "Religion, morality, and law", en AAVV: *Problems and conflicts between law and morality in a free society*. 1ª edición. Waco: J.M. Dawson Institute of Church-State Studies, Baylor University, 1994, p. 2.

¹²¹² Desde un punto de vista cristiano se ha enfatizado el carácter moral de las obligaciones religiosas emanadas de la deidad, no de los intereses del creyente, y la posibilidad que existan motivos que eximan al creyente de obedecer dicha obligaciones: "It is possible to doubt or even to deny God's existence. Those who do so obviously do not love Him. Given human nature, however, it is impossible for those who believe His existence not to love Him. Loving Him includes wanting to do His will. This is a purely non-self-interested motivation and therefore a moral one. According to this view God's will sets moral standards; it does not merely reflect independently valid standards. They are valid because they express His will. There is, however, no difficulty concerning the motivation to obey. The love that He inevitably inspires in all who believe in Him is that motivation. (This does not mean that does who loves Him always obey Him, for they may overcome by other motives). The unselfish, non-self-interested character of the motivation assures both it and the command toward which it is directed of a moral character". RAZ: *The morality...*, op. cit., p. 32. Como se puede comprobar, ciertas doctrinas religiosas y el Derecho poseen un ulterior punto en común: ambas están interesadas en determinar la sinceridad de la conducta del creyente. En el caso del Derecho si la conducta mantenida por el ciudadano-creyente no es sincera, en el sentido de tener su fundamento en sus más íntimas convicciones religiosas, sino que tiene por motivación otros intereses más espurios, probablemente no tendrá la cobertura del derecho fundamental a la libertad religiosa. Cuestión distinta es cómo determinar la sinceridad de la conducta en relación a tales convicciones, aspecto que merece una atención especial.

jurídicos seculares, que son considerados productos meramente humanos para regular ámbitos temporales¹²¹³.

En definitiva, sólo hay que acudir a la etimología del término "religión" para comprender que precisamente designa un vínculo con la deidad o deidades¹²¹⁴; un concepto que ha ido cambiando poco a poco de significado hasta la actualidad¹²¹⁵. En la Antigüedad las prácticas rituales y los formalismos, de los cuales también surgían evidentes obligaciones religiosas para el creyente, preponderaban sobre la doctrina¹²¹⁶.

En el caso del cristianismo es fácil encontrar normas que regulan los diferentes tipos de relación, tanto entre el creyente con la deidad, como entre creyentes o bien respecto no creyentes o autoridades¹²¹⁷. Frente a la religión griega y romana, con la aparición primero del judaísmo, y después del cristianismo, empezó a ganar relevancia un modo de comportarse sistemático y de acuerdo a una ética concreta para satisfacer las necesidades religiosas relacionadas ya con un solo Dios¹²¹⁸.

¹²¹³ "La superioridad que cada uno de los ordenamientos religiosos reivindica respecto a los seculares se apoya en la noción de derecho divino, que, al ser dictado por una autoridad más alta que toda autoridad humana, exige absoluta obediencia, e incluso ser respetado cuando entra en colisión con las normas puestas por el poder humano: *magis oportet oboedire Deo quam hominibus*". FERRARI: *El espíritu de los derechos...*, op. cit., pp. 129-130. Como ejemplo de la voluntad de superioridad del ordenamiento religioso sobre el secular se puede citar el Catecismo de la Iglesia Católica: "La ley natural, obra maravillosa del Creador, proporciona los fundamentos sólidos sobre los que el hombre puede construir el edificio de las normas morales que guían sus decisiones. Establece también la base moral indispensable para la edificación de la comunidad de los hombres. Finalmente proporciona la base necesaria a la ley civil que se adhiere a ella, bien mediante una reflexión que extrae las conclusiones de sus principios, bien mediante adiciones de naturaleza positiva y jurídica" (1959).

¹²¹⁴ "Con la palabra religio designaban los antiguos romanos el cuidado puesto en no omitir nombre alguno en una relación y, a la vez, el rigor de los vínculos que unen al hombre con los dioses". BAYET: *La religión romana...*, op. cit., p. 141.

¹²¹⁵ El concepto de "religión" era distinto para los antiguos del concepto moderno. Así, para el COULANGES se entiende modernamente por "religión" "un cuerpo de dogmas, una doctrina sobre Dios, un símbolo de fe sobre los misterios que están en nosotros y a nuestro lado". En cambio, para los antiguos "religión" significaba "ritos, ceremonias, actos de culto externo". Es decir, "la doctrina era muy poca cosa, las prácticas lo importante y las que obligaban y ligaban al hombre, ligare religio". COULANGES: *La ciudad...*, op. cit., p. 156. Sobre los conceptos de "religión", "creencia" y "fe" desde un punto de vista jurídico, y la relación entre ellos, puede consultarse PALOMINO LOZANO: *Religión y derecho...*, op. cit., pp. 93-102.

¹²¹⁶ Para COULANGES en la Antigüedad "la doctrina era muy poca cosa, las prácticas lo importante, y las que obligaban y ligaban al hombre, ligare, religio. La religión era un lazo material, una cadena que tenía esclavo al hombre". COULANGES: *La ciudad...*, op. cit., p. 156.

¹²¹⁷ "La salvación del alma es la idea fundamental, lo esencial del cristianismo, pero esta salvación se encuentra sólo en Dios, en la concentración en él. La actividad respecto de los otros es una exigencia y condición de la salvación, pero el fundamento de la salvación es Dios, la relación inmediata a Dios. Y hasta la actividad a favor de los otros sólo tiene significado religioso cuando tiene como fundamento y fin la relación a Dios: es esencialmente sólo una actividad a favor de Dios, la glorificación de su nombre y extensión de su gloria". FEUERBACH: *La esencia...*, op. cit., pp. 205-206. Ya en la actualidad se ha afirmado: "Cada persona tiene una doble relación comunicativa con Dios: como miembros de la comunidad de creyentes que ha establecido una alianza con Dios, y como individuo singularizado por una historia vital que no puede ser sustituido por nadie ante el resto de Dios. Esta estructura comunicativa conforma - por la mediación de Dios - la relación moral con el prójimo desde el punto de vista de la solidaridad y de la justicia (entendido ahora en un sentido más estrecho). Como miembro de la comunidad universal de creyentes estoy unido solidariamente a los demás como hermano, como «uno de los nuestros»". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 36.

¹²¹⁸ "As we see in the myths of ancient Rome and Greece, a horde of gods or spirits, often behaving in an arbitrary fashion and operating at cross purposes, makes the relationship of

Por ejemplo, Deuteronomio 6, 5 regula la relación entre la persona y Dios: "Amarás pues al Señor Dios tuyo con todo tu corazón, y con toda tu alma, y con todas tus fuerzas"; o Mateo 22, 37: "Respondiéndole Jesús: Amarás al Señor Dios tuyo de todo corazón, y con toda tu alma, y con toda tu mente". Entre otros muchos ejemplos posibles hay que citar asimismo Eclesiastés 12, 13: "Ahora oigamos todos juntos el fin y compendio de este sermón: teme a Dios, y guarda sus mandamientos: porque estos es el todo del hombre".

La relación entre las personas (relaciones *inter privados* en sentido estricto) se puede encontrar en Levítico 19, 18: "No procures la venganza, ni conserves la memoria de la injuria de tus conciudadanos. Amarás a tu amigo o prójimo como a ti mismo. Yo el Señor"; o Mateo 22, 39: "Amarás a tu prójimo como a ti mismo". Algunos preceptos son de claro contenido económico, como Deuteronomio 23, 19-20, que regula los préstamos entre creyentes, y entre creyentes y personas ajenas a la comunidad religiosa: "No prestarás a usura a tu hermano ni dinero, ni granos, ni otra cualquier cosa; sino solamente a los extranjeros. Mas a tu hermano le has de prestar sin usura lo que necesita; para que te bendiga el Señor Dios tuyo en todo cuanto pusieres mano en la tierra que vas a poseer".

En el caso del Corán se puede observar como el islam se adapta sin problemas a pueblos muy diferentes, a los que obliga a relacionarse con cordialidad los unos con los otros. Así, la Sura 49, 13 es del siguiente tenor: "¡Mortales! Os hemos creado a todos de un solo hombre y de una sola mujer; sin embargo, os hemos distribuido en pueblos, tribus (y razas diversas), a fin de que os conozcáis (y os ayudéis) mutuamente. El más digno ante Dios es el que mejor cumple para con Él. Dios es sapiente y conocedor".

En cuanto a la relación entre creyentes o mundo espiritual y gobernantes o ámbito temporal hay que citar Mateo 22, 21: "Pues dad al César lo que es de César, y a Dios lo que es de Dios", que establece un principio de indiferencia ante la autoridad en todo aquello que no comprometa la salvación¹²¹⁹; o la carta de San Pablo a los Romanos 13,

supernatural to natural worlds unpredictable. First Judaism and then Christianity were rationalizing forces. By having only one God (that is, being monotheistic), they simplified the supernatural and allowed the worship of God to become systematized. Pleasing God became less a matter of trying to anticipate the whims of an erratic force and more a matter of correct ethical behaviour". BRUCE: Religion in the modern..., op. cit., p. 10. Desde otra óptica: "For Judaism, the center of gravity of human history is the history of the Jewish people and of the Judaic law that binds it to a God and its members to each other; whereas for Christianity, the church from the time of St. Paul, though conceived to be a historical continuation of the Jewish people, was intended to embrace all other peoples as well, each with its own law. Therefore a new law required within the church itself, as a religious community, to govern its relationships with God as well as the relationships of its members with each other; also new attitudes and policies were required with respect to the secular law by which individual Christians were governed in their nonreligious activities and by which the church as a whole was governed in its relationships with the «world»". BERMAN: The interaction of law..., op. cit., p. 52.

¹²¹⁹ Se ha afirmado que en relación al poder, la Iglesia tanto en la Antigüedad como en la Edad Media se ha caracterizado por una marcada indiferencia: "Total indiferencia hacia el estado, es decir, resignación pasiva ante el poder (siempre y de modo permanente injusto); por ello, satisfacción activa de todas las obligaciones que no amenazasen directamente la salvación, en particular el pago de impuestos; de manera que «dar al César lo que es del César» no significaba tanto, como quiere la armonización moderna, reconocimiento positivo, sino indiferencia absoluta del estímulo del mundo". WEBER: Sociología..., op. cit., p. 272. Por eso no se puede perder de vista que el límite al acatamiento de la autoridad estatal ha sido siempre que no exista contradicción con las convicciones religiosas más esenciales, especialmente en la Iglesia primitiva: "In one crucial respect early Christians did not submit to governmental authority, and many suffered death as consequence. They believed they should not deny their religious faith or swear allegiance

1-12, que resalta la conveniencia del sometimiento de los cristianos a las autoridades temporales (en este caso a las romanas) y el pago de los tributos que correspondieran. Precisamente la citada carta intenta resolver los conflictos de conciencia que puedan surgir entre las normas de comportamiento de los primeros cristianos y las leyes del poder romano, cuya moral distaba tangencialmente de la propia de los cristianos¹²²⁰. También ha de citarse la I Epístola de Pedro 2, 13-14: "*Estad pues sumisos a toda humana criatura que se halle constituida sobre vosotros; y esto por respeto a Dios: ya sea al rey, como que está sobre todos. Ya a los gobernadores, como puestos por él para castigo de los malhechores, y alabanza y premio de los buenos*"¹²²¹.

Un buen ejemplo de establecimiento de obligaciones entre el creyente y la deidad o entre los creyentes, que han de ser cumplidas de forma incondicionada, se puede encontrar en el Decálogo o Diez Mandamientos¹²²², tanto en su versión de Éxodo 20, como en la de

*to pagan gods. That most people within the Empire may have regarded the Roman religion as more civic than transcendent did not matter. Adherence to the true God was rendering to God what was God's. One can easily imagine a consequentialist argument that it is better temporarily to deny one's faith publicly than to suffer a terrible fate, but one does not find such arguments in Christian writings down through the centuries. However most modern Christians might respond to such dire circumstances, the prevailing assumption has been that one should not deny one's Christian faith, even if the law requires it". GREENWALT, Kent: "Conscientious objection, civil disobedience", en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113. En relación a Mateo 22, 21, según su interpretación moderna "there is here no firm principle of loyal submission to the state. Implied rather is a reservation regarding the state, a lack of reservation regarding God. While obedience to God can, as in the current instance, coexist with doing what the state requires, obligation to the former overshadows obligation to the latter. So there is no simple or straightforward rule, but the imperative to weigh the demands of two (very unequal) authorities. When those demands are not at odds (as here), obligations to both can be met (...). In cases of conflict, however, it is manifest which authority requires allegiance". ALLISON J.R., Dale: "Matthew", en AAVV: *The Oxford Bible commentary*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 873.*

¹²²⁰ Así, la doctrina de Pablo ha sido vista como un antecedente de la libertad de conciencia: "A further contribution of Christianity to future systems of law again came from Paul, who insisted on the integrity of the individual conscience as the ultimate determinant of moral action, to the point that even doing the «right thing» against one's inner sense of right and wrong is equivalent to doing the «wrong thing». This insistence on the primacy of the individual human conscience would have a significant impact on the development of later legal systems, and formed the basis for the development of the notion of religion liberty as a fundamental human right". JOHNSON: "Law in early...", en AAVV: *Christianity and law...*, op. cit., p. 68. Sobre la posición de la Iglesia primitiva en relación a las autoridades romanas puede consultarse BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, José María: "El culto imperial y los cristianos", en AAVV: *Cristianismo primitivo y religiones místicas*. 2ª edición. Madrid: Catedra, 2007, pp. 307-311.

¹²²¹ Sobre dicha postura se ha comentado lo siguiente: "*The author is anxious to preserve the distinctness of the communities he is addressing vis-à-vis their cultural context, but he does not do so in a straightforwardly counter-cultural way, any more than he is straightforwardly conformist (...). The evildoing of which these Christians may have been suspected could include the suspicion of «atheism», that is refusing to honour the traditional gods, so risking their displeasure. It may also have included political disloyalty, not simply through refusal to take part in the emperor cult, but through forming an unauthorized grouping (or collegium) which could appear political in nature to the Roman authorities. It may be for this reason that the author urges due submission to the political authorities". EVE, Eric: "I Peter", en AAVV: *The Oxford Bible commentary*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1266.*

¹²²² "La Biblia atribuye los mandamientos morales a la palabra revelada de Dios. Dichos mandamientos tienen que ser obedecidos incondicionalmente porque están apoyados por la autoridad de un Dios todopoderoso. En este sentido la validez del deber estaría investida de la cualidad de un «imperativo» [Müssens] en el que se refleja el poder sin límites de un soberano". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 35. Tal y como afirman los adventistas "los Diez

Deuteronomio 5. Por otro lado, Hechos 5, 29-30 establece una jerarquía entre normas para el fiel que se decanta por el precepto religioso, tal y como enfatizaron en su momento los padres de la Reforma protestante¹²²³. Así, ante las imputaciones realizadas por el Sanedrín a Pedro y a los apóstoles, respondieron: "Es necesario obedecer a Dios antes que a los hombres"¹²²⁴. Otro antecedente se encuentra en Hechos 4, 19-20: "Mas Pedro y Juan respondieron a esto, diciéndoles: juzgad vosotros si en la presencia de Dios, es justo obedeceros a vosotros antes que a Dios".

De este modo, mientras que la religión impone obligaciones vinculantes al creyente en cuanto a su relación con Dios y en cuanto a su relación con el resto de personas, ya sea en relación a sujetos privados, ya sea respecto sujetos públicos¹²²⁵; la moral desde un punto de vista secular¹²²⁶, pues es evidente que el ser humano puede dotarse de normas morales sin recurrir a ninguna doctrina religiosa¹²²⁷, o las normas jurídicas de origen

Mandamientos revelan el patrón divino de conducta para la humanidad. Definen nuestra relación con nuestro Creador y Redentor, y nuestro deber para con nuestros semejantes. La Escritura llama pecado a la transgresión de la Ley de Dios". AAVV: Creencias de los Adventistas..., op. cit., p. 270.

¹²²³ "Of course that «We must obey God rather than men» (Acts 5:29) is good New Testament doctrine, but the Reformation pushed it relentlessly through in every sphere of life. Luther, Calvin, Theodore Beza, and other Reformers disobeyed their fathers at critical junctures of their lives when they felt a divine calling to do so. They were able not only to disobey the pope but to abandon the monarchical principle in the church, when they felt it did not accord with divine intent. And it was not long before English Calvinists would behead an English king, and put a permanent crimp in the monarchical principle in the state as well". BELLAH: *Essays on religion...*, op. cit., p. 93.

¹²²⁴ "Peter's reply is equally unequivocal: like the philosopher Socrates or the prophet Daniel, the apostles take their orders from a higher authority, and cannot consider themselves bound by any human court". ALEXANDER, Loveday: "Acts", en AAVV: *The Oxford Bible commentary*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1035.

¹²²⁵ "Ya sea vivida de forma individual, comunitaria o institucional, el rasgo común a toda religión es la fe que un individuo o un grupo de individuos tiene en la existencia de algo trascendente, llamado, no sólo en las religiones cristianas, Dios. La religión con ese Dios, que por lo general se establece dentro de un marco normativo, ya sea individual o grupal, permite que creen en Él consideren que sus vidas personales van más allá de sus propio límites individuales y temporales, y que esa trascendencia de los propios límites es vinculante, tanto individual como grupalmente. Es su carácter vinculante uno de los rasgos esenciales de la religión". LÓPEZ ALONSO: "Religión, Iglesia...", en AAVV: *Europa, Siglo XXI...*, op. cit., p. 35.

¹²²⁶ Para los ilustrados más radicales, en la tradición de Spinoza, Bayle, Fontenelle, Meslier, Du Marsais, Diderot, Helvétius o d'Holbach, existe una moralidad universal basada en un sistema puramente secular basada en una concepción de la justicia que sería ajena a cualquier influencia religiosa. Rousseau también defendió dicha concepción a mitades del siglo XVIII, aunque finalmente renegó de ella. Así, Diderot defendió que a pesar del gran número de religiones existentes en el mundo, todas las personas comparten ciertos valores de lo que es considerado ser justo y que conforman una moralidad parecida: bondad, amistad, lealtad, sinceridad o gratitud. Para Diderot la verdadera moralidad consiste en reverenciar y obedecer las buenas leyes e instituciones. ISRAEL: *A revolution of the mind...*, op. cit., pp. 154-155. Para Kant los conceptos morales encuentra su sentido en la razón, no en un sistema religioso: "Todos los conceptos morales tienen su sede y origen plenamente y a priori en la razón, y ello tanto en la razón humana más común como en aquella que alcance las más altas cotas especulativas; resulta también que dichos principios no puede ser abstraídos a partir de un conocimiento empírico y por ello mismo meramente contingente; resulta asimismo que en esa pureza de su origen reside justamente su dignidad para servirnos como supremos principios prácticos". KANT: *Fundamentación para una metafísica...*, op. cit., p. 90. Por todo ello, no puede reputarse cierta la famosa máxima de Fiódor Dostoyevski: "Si Dios no existe, todo está permitido".

¹²²⁷ "L'home es un ésser amb prou autonomia perquè la seva recta consciència i el recte ús de la raó li declarin què és moral, sense necessitat que algú li dicti des de fora". GONZÁLEZ FAUS, José Ignacio: "Déu?". *Quaderns Cristianisme i Justícia*, 2014, núm. 190, p. 9. Una agresiva crítica contra

estatal, ambas imponen obligaciones en el contexto de las relaciones entre personas exclusivamente, *inter privatos*, y entre el ciudadano y el poder. Tal y como afirma la STEDH de 18 de marzo de 2011, caso Lautsi y Otros contra Italia (TEDH 2011, 31): "A este respecto, cabe recordar que los Estados tienen como misión garantizar, permaneciendo neutrales e imparciales, el ejercicio de las distintas religiones, cultos y creencias. Su papel es contribuir a garantizar el orden público, la paz religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática, especialmente entre grupos opuestos (...). Ello concierne tanto a las relaciones entre creyentes y no creyentes, como a las relaciones entre partidarios de las distintas religiones, cultos y creencias" (60). Sin embargo, tampoco hay que descartar la existencia de normas religiosas, entendidas en un sentido amplio, que van dirigidas a una gran multitud de sujetos, físicos o jurídicos, creyentes de la misma confesión o no, creyentes y no creyentes, etc. Es el caso, por ejemplo, de la declaración *Dignitatis Humanae* realizada en el contexto del Concilio Vaticano II¹²²⁸.

Hay que indicar, además, que tal como se argumentó al tratar de la tolerancia religiosa en la Antigüedad, los conflictos de conciencia se darán con mucha más frecuencia en el contexto de aquellas religiones, especialmente las monoteístas, que defiendan dogmas y entiendan sus doctrinas como las únicas correctas y verdaderas¹²²⁹. Como se indicó, ni la religión griega, ni la religión romana sostenían ningún tipo de dogma, por lo que eran religiones muy tolerantes y que tendían al sincretismo; siempre y cuando, tal y como ocurren en la actualidad, no se alterara el orden público, supuesto en el que actuaban de forma implacable. Si una regla de comportamiento dictada por las convicciones religiosas del fiel es intransigente o inflexible, parece evidente que si entra en conflicto con una norma jurídica sólo existirán dos posibilidades: o bien la autoridad política desiste de intentar aplicar su norma (extremo casi imposible en un Estado no democrático, o cuando es democrático y el acatamiento de la obligación moral, por ejemplo, lesiona la dignidad de otro ciudadano); o bien el creyente es sancionado.

el intento de la religión por monopolizar la moral se puede encontrar en NIETZSCHE: "És a aquest instint del teòleg que jo faig la guerra: he trobat el seu rastre pertot arreu. Qui té sang de teòleg dins del cos ja ha adoptat de bon començament una posició torta i deshonesta envers totes les coses. El pathos que es desenvolupa a partir d'aquí s'autoanomena fe: tancar d'una vegada per sempre els ulls davant de si mateix per no haver de patir l'aspecte de la falsetat incurable. D'aquesta òptica defectuosa envers totes les coses, n'extreuen una moral, una virtut, una santedat, es lliga la bona consciència a la manera falsa de veure les coses, s'exigeix que cap altra mena d'òptica no tingui ja valor, un cop s'ha fet sacrosanta la pròpia amb els noms de «Déu», «redempció», «eternitat». NIETZSCHE: *L'Anticrist...*, op. cit., p. 95. Sobre el recurrente debate, que ya debería haber sido superado, de si una persona no creyente puede poseer su propio sistema de convicciones morales independiente de toda moralidad religiosa puede examinarse DAWKINS: *The God...*, op. cit., pp. 241 y siguientes.

¹²²⁸ Así, se ha afirmado que la *Dignitatis Humanae* tiene como destinatarios a un amplio espectro de sujetos: "The Declaration has a universal scope: the entire human family. Within that broad range we can discern messages to particular groups: states—secular or otherwise; "religions" in their great variety; Christian churches and communities not in union with Rome; and, of course, the Roman Catholic faithful". ORSY S.J.: "The divine dignity...", op. cit., p. 14.

¹²²⁹ En el caso del cristianismo: "Siempre ha habido dogmas y los sigue habiendo; es decir, unos principios de fe absolutamente obligatorios incluso en cada caso particular, que pese a su historicidad e historia, pese a su diferente valor y pese también a su apertura al futuro mediante una interpretación y nueva formulación mejor y más asimilable, aunque siempre esencialmente idéntica a la formulación antigua, son constitutivos para la fe de la Iglesia y para el sentido creyente por el que un cristiano es miembro de la Iglesia en su acepción total". RAHNER: *Tolerancia, libertad...*, op. cit., p. 40. El cristiano que rechaza o interpreta de forma diferente un dogma es considerado un hereje (p. 41).

Asimismo, como también se ha apuntado en el apartado correspondiente a la tolerancia religiosa en la Antigüedad, desde la aparición del cristianismo dicha religión y su forma de entender el mundo entró en conflicto en muchas ocasiones con el poder de Roma. Tal es así, que muchos de los primeros supuestos de objeción de conciencia de que se tienen conocimiento tuvieron lugar en dicho contexto y antes de que el cristianismo pasara a convertirse en religión de Estado con Constantino ya en el poder¹²³⁰.

El desarrollo del cristianismo y su progresiva inserción en todos los niveles de la sociedad romana propició tensiones, pues dicha sociedad era aún fundamentalmente pagana. Por tal razón, los conflictos podían surgir en ámbitos tan diversos como el ejercicio del poder; la relación con la esclavitud; el culto al César¹²³¹; en relación a los rituales, tanto cristianos como paganos¹²³²; la asistencia a actos públicos como el circo, etc¹²³³. La literatura martirial y las fuentes existentes sobre las persecuciones de cristianos están repletas de ejemplos de personas que fueron castigadas de muy diversas formas por sostener sus convicciones religiosas frente a las normas jurídicas romanas¹²³⁴. Por tal razón se ha llegado a afirmar que la Declaración *Dignitatis Humanae*, sobre cuyo contenido ya se ha tratado anteriormente, no aporta nada nuevo a una práctica, la objeción de conciencia,

¹²³⁰ "One important strand in Christian thought and practice has been submission to political authority, except on certain matters which a good Christian does not and cannot obey. According to this understanding, the primary motivation for refusing to obey is not to change the government's demands, but rather because the Christian cannot in good conscience perform those demands. This was the approach of the early Christian church, influenced by some combination of passages in what became the New Testament, by the absence of any overtly political aspect in the teachings of Jesus, by the belief that the fast approaching end of days rendered mundane political life insignificant, and perhaps by the overwhelming power of Roman government". GREENWALT: "Conscientious objection...", en AAVV: *Christianity and law...*, op. cit., p. 112.

¹²³¹ Con la aparición del cristianismo "aparece la idea de una sociedad diversa de la sociedad política, que no está sometida a sus fines y medios a los poderes temporales. Existen pues dos sociedades distintas, sometidas a autoridades, fines y principios distintos. Por este motivo el cristiano rechaza cualquier deber religioso impuesto por el poder temporal, lo que permite entender la razón del martirio de tantos cristianos, que no aceptan la obediencia de la autoridad imperial en materia religiosa". PRIETO: *Relaciones Iglesia-Estado...*, op. cit., p. 20.

¹²³² En relación con las prácticas religiosas por parte de los cristianos cabe decir lo siguiente: "In the first age of the church, the most striking fact about the secular law - the law of the Roman Empire - was that it altogether prohibited Christian worship. The church was illegal: to survive, it had to go underground - literally - into the catacombs. Thus the first principle of Christian jurisprudence, established by historical experience, was the principle of civil disobedience: laws that conflict with Christian faith are not binding in conscience. This had had its counterpart in Jewish history as well - for example, in the resistance to the worship of Baal, the story of Daniel's disobedience to King Darius, and refusals to place statutes of the Roman emperors in the synagogues. There was, however, a difference: as Roman citizens, disobedient Christians were defying the laws of their own people". BERMAN: *The interaction of law...*, op. cit., pp. 52-53.

¹²³³ Así, "para los cristianos, el hecho de desempeñar cargos públicos les creaba problemas, ya que, normalmente, los magistrados tenían que participar en actos rituales. En ciertos casos, el emperador dispensaba a los gobernadores provinciales de intervenir en tales manifestaciones; en otros casos, en cambio, se prohibía a los magistrados cristianos la asistencia a las funciones de la iglesia mientras ocupara sus cargos. Todas las actividades colectivas – teatro, circo, visitas oficiales – implicaban sacrificios a los dioses tutelares de las ciudades, y la negativa de los cristianos a tomar parte en estas ceremonias públicas los relegaba al margen de la vida ciudadana. La vida en familia y la educación planteaba problemas análogos, y los concilios celebrados durante este período tuvieron que legislar acerca de todas estas cuestiones delicadas". DANÉLOU: "La propagación de la palabra...", en AAVV: *El crisol...*, op. cit., p. 298.

¹²³⁴ "En numerosos documentos de gran valor histórico de la literatura martirial se pone en boca del cristiano procesado una abierta profesión de lealtad al Imperio y al emperador únicamente condicionada a que el emperador no pretenda obligar a actos que el cristiano no puede realizar en conciencia". DE CHURRUCA ARELLANO: *Actitud del cristianismo...*, op. cit., p. 64.

que ya era común para los miembros de la Iglesia primitiva desde sus inicios¹²³⁵. Lo cierto es que lo que sí resulta verdaderamente revolucionario es que la Iglesia haya recogido formalmente la objeción de conciencia en un documento del máximo nivel institucional y como una de las facultades que derivan de la libertad religiosa.

Desde un punto de vista profesional, dichos conflictos entre los cristianos y el poder romano por razones religiosas afectaron desde un principio al servicio de los cristianos en las filas del ejército romano, al desempeño de cargos públicos o al ejercicio de ciertas profesiones que implicaban un choque irresoluble entre las normas jurídicas romanas y las convicciones religiosas de los cristianos¹²³⁶. Tal y como se ha tenido ocasión de examinar anteriormente, los judíos no quedaban exentos de conflictos parecidos, ya que se trata de un pueblo que hasta nuestros días ha estado muy aferrado a su Derecho religioso como garantía de mantenimiento de su identidad¹²³⁷. No se encuentra en el Derecho religioso judío un precepto equivalente al célebre "*Pues dad a César lo que es de César, y a Dios lo que es de Dios*" (Mateo 22, 21). La *Halakhah*, la ley religiosa judía, no distingue el orden religioso del temporal, con todas las consecuencias que dicha falta de independencia conlleva¹²³⁸.

Ha de tenerse en cuenta que desde sus inicios la doctrina cristiana ha establecido la necesidad y la bondad del trabajo; incluida la dignidad del trabajo manual¹²³⁹. Así, Pablo 2 Tesalonicenses 3,10 dejó dicha la célebre máxima: "*quien no quiere trabajar, tampoco*

¹²³⁵ "Al capdavall, els màrtirs cristians havien mort per defensar la seva objecció de consciència, tot proclamant la llibertat religiosa alhora que es deien lleials a l'autoritat civil. Ben mirada, doncs, la Declaració Dignitatis humanae no proposava realment res de nou, sinó que recuperava la més primitiva aportació cristiana a la cultura occidental per a proposar-la no només com una exigència de llibertat per a l'Església, sinó per a tots". BUENO SALINAS: "La protecció jurídico-canònica..." en AAVV: *Las dimensiones...*, op. cit., p. 91.

¹²³⁶ "Cualquier manifestación artística u oficio que estuviera relacionado, por poco que fuera, con la elaboración o el adorno de los ídolos estaba contaminado por la mancha de la idolatría, lo que constituía una severa sentencia, puesto que se relegaba al sufrimiento eterno a la mayor parte de la comunidad que se dedicaba a las profesiones liberales o manuales". GIBBON: *Historia de la decadencia...*, op. cit., p. 205.

¹²³⁷ "En la mayor parte de la historia judía la ausencia de una entidad estatal soberana y la dispersión de la comunidad por diferentes estados soberanos convierten en central el problema de la supervivencia del pueblo judío como entidad unitaria. En este aspecto, la religión y el derecho, junto con la lengua, juegan un papel fundamental: la fidelidad a los preceptos religiosos y a la ley revelada son dos pilares que sostienen la conciencia de la unidad de la «nación» judía". FERRARI: *El espíritu de los derechos...*, op. cit., p. 64. El autor aclara que si bien es cierto que la religión y el derecho siguen siendo en la actualidad componentes indisolubles de la identidad nacional judía, no es menos cierto que a partir del siglo XVIII el Derecho judío empieza a entrar en decadencia en Europa con motivo de la equiparación de los judíos al estatus jurídico del resto de ciudadanos (p. 65).

¹²³⁸ FERRARI: *El espíritu de los derechos...*, op. cit., p. 275.

¹²³⁹ Por ejemplo, los adventistas reconocen expresamente la dignidad del trabajo manual. Así, citando preceptos del Antiguo Testamento en relación a tareas como la de labrar o la de guardar el huerto del Edén, dicha confesión afirma: "*El hecho de que Dios mismo le asignara a la humanidad esta ocupación útil en un mundo perfecto, revela la dignidad del trabajo manual*". AAVV: *Creencias de los Adventistas...*, op. cit., p. 87. En la Encíclica "Laborem Exercens" se iguala en cuanto su dignidad el trabajo manual y el intelectual: "*Dado que el trabajo en su aspecto subjetivo es siempre una acción personal, actus personae, se sigue necesariamente que en él participa el hombre completo, su cuerpo y su espíritu, independientemente del hecho de que sea un trabajo manual o intelectual. Al hombre entero se dirige también la Palabra del Dios vivo, el mensaje evangélico de la salvación, en el que encontramos muchos contenidos —como luces particulares— dedicados al trabajo humano*".

coma¹²⁴⁰. Asimismo, TERTULIANO dejó dicho que los cristianos ejercían todas las profesiones legales y comunes¹²⁴¹. Existiendo una regla religiosa a cumplir por los creyentes tendente al trabajo¹²⁴², el conflicto surgía cuando la naturaleza o circunstancias del trabajo colisionaba con la citada regla.

Tal y como apunta uno de los grandes historiadores del mundo romano, EDWARD GIBBON, en referencia al cristianismo, "*su simplicidad se ofendía ante el empleo de juramentos, la pompa de los magistrados y el combate activo de la vida pública (...)*". Aunque los cristianos se sometían a la autoridad de los gobernantes, "*mientras inculcaban las*

¹²⁴⁰ Una bondad del trabajo que posee el carácter de castigo divino en el Pentateuco, concretamente en Génesis 3, 19-24. Tal caracterización del trabajo ha sido actualizada por la Iglesia Católica del siguiente modo, enfatizándose la trascendencia social del trabajo, en la Encíclica "Laborem Exercens": "*Si bien es verdad que el hombre se nutre con el pan del trabajo de sus manos, es decir, no sólo de ese pan de cada día que mantiene vivo su cuerpo, sino también del pan de la ciencia y del progreso, de la civilización y de la cultura, entonces es también verdad perenne que él se nutre de ese pan con el sudor de su frente; o sea no sólo con el esfuerzo y la fatiga personales, sino también en medio de tantas tensiones, conflictos y crisis que, en relación con la realidad del trabajo, trastocan la vida de cada sociedad y aun de toda la humanidad*". Y en cuanto al trabajo como obligación religiosa: "*El trabajo es (...) una obligación, es decir, un deber del hombre y esto en el múltiple sentido de esta palabra. El hombre debe trabajar bien sea por el hecho de que el Creador lo ha ordenado, bien sea por el hecho de su propia humanidad, cuyo mantenimiento y desarrollo exigen el trabajo. El hombre debe trabajar por respeto al prójimo, especialmente por respeto a la propia familia, pero también a la sociedad a la que pertenece, a la nación de la que es hijo o hija, a la entera familia humana de la que es miembro, ya que es heredero del trabajo de generaciones y al mismo tiempo coartífice del futuro de aquellos que vendrán después de él con el suceder de la historia. Todo esto constituye la obligación moral del trabajo, entendido en su más amplia acepción. Cuando haya que considerar los derechos morales de todo hombre respecto al trabajo, correspondientes a esta obligación, habrá que tener siempre presente el entero y amplio radio de referencias en que se manifiesta el trabajo de cada sujeto trabajador*". En el caso del judaísmo, ha de resaltarse especialmente la figura del *kibbutz* y la dignidad del trabajo inherente a tal concepto: "*From its beginning, Zionism presupposed the creation of a Jewish working class, and one or another form of Marxist ideology, exalting the power of workers, was always a significant tendency within the movement. But there was, from the beginning again, another tendency, philosophically and politically more original, which exalted not the power of the workers but the dignity of the work, and which aimed to create not a class but a community. The kibbutz, or collective settlement, the product of this second tendency, represents an experiment in the transvaluation of values: the dignifying of work through the sharing of work. The creed of the early settlers was a «religion of labor» in which one took communion by working on the fields. And the hardest work was the most uplifting, spiritually, and socially, too*". WALZER: *Spheres of justice...*, op. cit., p. 172. La gran mayoría de las otras religiones también otorgan una gran relevancia al trabajo y aborrecen la ociosidad. Así, por ejemplo, la Fe Baha'í, con cada vez mayor presencia en la Europa occidental, establece que todo el mundo debe tener una ocupación laboral, de tipo profesional, comercial, artístico, etc., ya que la ociosidad es censurable. AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 228. Para el caso de los sijs es importante que se ganen la vida de una manera honrada. El *Guru Grant Sahib* dice literalmente que cada uno ha de ganarse la vida «con el sudor de su frente». Tal afirmación se interpreta en la actualidad no en el sentido de que deba realizarse un trabajo físico, sino simplemente lícito (p. 321).

¹²⁴¹ BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, José María: "Aspectos sociales del cristianismo de los primeros siglos", en AAVV: *Cristianismo primitivo y religiones mistericas*. 2ª edición. Madrid: Catedra, 2007, p. 362

¹²⁴² La Encíclica "Rerum Novarum", de fecha 15 de mayo de 1891, explica la posición de la Iglesia en relación al trabajo asalariado. "*Todos los Papas hasta hoy insistirán repetidas veces en afirmar que el trabajo, cualquiera que sea, forma parte de la dignidad de la persona humana y ayuda a su promoción*". SUÁREZ FERNÁNDEZ: *Crisis y restauración...*, op. cit., p. 466. Sobre la influencia de la Encíclica "Rerum Novarum" en el Derecho laboral español vid. DE LA VILLA GIL: *La formación histórica...*, op. cit., pp. 269-275. Asimismo, hay que citar las Encíclicas de Juan Pablo II "Laborem Exercens" sobre el trabajo humano en el noventa aniversario de la "Rerum Novarum" (1981) y "Centesimus Annus" sobre el trabajo humano en el centenario de la "Rerum Novarum" (1991).

máximas de la obediencia pasiva, se negaban a tomar parte activa en la administración civil o en la defensa militar del Imperio". Lo que les impedía ser soldados, magistrados o príncipes¹²⁴³. Unos conflictos relacionados con el desempeño de profesiones, de tomar las armas o incluso respecto al concepto de matrimonio, que se dilataron en el tiempo¹²⁴⁴ y hasta que el cristianismo se fusionó con el poder político; con lo que las leyes emanadas a partir de entonces difícilmente podían entrar en contradicción con una moral religiosa que precisamente las inspiraba desde su misma génesis.

Así, la Iglesia anterior al edicto de Milán fue antimilitarista, pacifista y contraria a la pena de muerte, una posición doctrinal que no tardó en cambiar. En el Nuevo Testamento no se prohíbe expresamente enrolarse al ejército, pero multitud de autores cristianos se opusieron al servicio militar en los primeros tiempos del cristianismo, y frecuentemente aborrecieron la guerra y la violencia, doctrinas que fueron seguidas por un gran número de cristianos. En Lucas 3, 14 se puede apreciar cómo responde Juan el Bautista a las preguntas de los soldados sin indicar en ningún momento que la profesión de soldado fuera contraria a sus enseñanzas: "*Preguntábanle también los soldados: ¿Y nosotros qué haremos? A estos dijo: No hagáis extorsiones a nadie, ni uséis de fraude; y contentaos con vuestras pagas*"¹²⁴⁵. Por otro lado, en Lucas 7, 1-10 se explica cómo Jesús sanó al criado enfermo de un centurión del ejército romano (episodio que es relatado también en Mateo 8, 5-13, pero no en Marcos), sin que adujera nada en contra de sus actividades militares. Por último, en los Hechos de los Apóstoles X se explica cómo bautizó Pedro al centurión Cornelio. En todo caso, cuando emperadores cristianos alcanzan el poder, la posición de la Iglesia cambió radicalmente¹²⁴⁶. A partir del siglo IV d.C. cuando el cristianismo se convierte en religión de Estado, los líderes de la Iglesia empiezan a rechazar el pacifismo y aceptan la teoría de la "guerra justa", una idea conceptuada por CICERÓN y después desarrollada por SAN AMBROSIO y SAN AGUSTÍN DE HIPONA¹²⁴⁷.

En el año 314, en el contexto del Concilio de Arlés, se excomulga a los soldados cristianos desertores. En dicho concilio se dictó la siguiente regla: "*De his qui arma projeciunt in pace, placuit abstineri eos a communione*" ("*En cuanto a quienes arrojan*

¹²⁴³ GIBBON: *Historia de la decadencia...*, op. cit., p. 218.

¹²⁴⁴ Por ejemplo, respecto al siglo III d.C. aproximadamente se ha afirmado: "*En el judeocristianismo existía una fuerte tendencia ascética que miraba con recelo el matrimonio, tendencia que todavía cabe hallar en Valentín, Taciano y Montano. El obispo Dionisio de Corintio y el escritor Clemente de Alejandría se oponían a ello, y sin reducir la importancia de la virginidad, defendían la legitimidad del matrimonio. Las profesiones también presentaban problemas, pues también en este aspecto los vigoristas como Tertuliano e Hipólito consideraban que un cristiano no podía ser soldado. El negocio significaba beneficio, y por esta razón Apolonio lo repudiaba. Las cuestiones más difíciles se presentaban con respecto a aquellas profesiones que parecían implicar complicidad con la idolatría, o sea las del escultor, el grammaticus y el actor*". DANIELOU: "La propagación de la palabra...", en AAVV: *El crisol...*, op. cit., pp. 296-297.

¹²⁴⁵ "*The crowds who come for baptism are to «bear fruits worthy of repentance» and specific teaching is given to a number of particular groups. Seemingly rather haphazard in their selection, they nevertheless reflect important ethical requirements of groups of people who were particularly open to exploiting their fellow human beings. Those well provided for are to share their resources, tax-collectors are not abuse their legitimate authority, soldiers are not to exploit their powers. Contentment with their wages means that the land in which they serve will not be further denuded of its produce for their benefit*". FRANKLIN, Eric: "Luke", en AAVV: *The Oxford Bible commentary*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 931.

¹²⁴⁶ BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, José María: "Los cristianos contra la milicia imperial. La objeción de conciencia en el cristianismo primitivo". *Historia* 16, 1989, núm. 154, pp. 68-76.

¹²⁴⁷ JUERGENSMEYER: *Terror in the mind...*, op. cit., p. 25.

sus armas en tiempos de paz, es necesario que sean apartados de la comunión)¹²⁴⁸. LACTANCIO en el mismo año elogia la actividad guerrera de Constantino¹²⁴⁹.

A partir de entonces la religión cristiana, o al menos cierta forma de entenderla y mediante reiterados intentos de mantener la ortodoxia (por ejemplo, a través del Concilio de Éfeso de 431 o el Concilio de Calcedonia de 451), ha impregnado de forma decisiva en el contenido moral de las normas jurídicas que han regido Europa occidental desde hace siglos¹²⁵⁰; especialmente España, donde por un lado la romanización fue casi total y, por otro lado, donde la Iglesia Católica ha intervenido de forma activa y de forma inveterada no sólo en aras al mantenimiento de cierta concepción moral de entender todos los ámbitos estratégicos del país (política, economía, educación, trabajo...), sino que también ha trasladado su concepción de la moral a las normas jurídicas.

A partir del siglo XVI, ya en el contexto de la Reforma, los miembros de muchos grupos religiosos de raíz protestante se negaron a prestar servicio de armas y a luchar en las numerosas guerras que asolaron Europa durante la Modernidad. Por su lado, los menonitas, secta nacida en Holanda en el siglo XVI y que se caracteriza por su pacifismo militante, tuvieron numerosos conflictos de conciencia y controversias con las autoridades en todos aquellos países en los que tenían presencia. En la Modernidad uno de los casos más conocidos de objeción de conciencia fue el de TOMÁS MORO, que prefirió morir ejecutado el 6 de julio de 1535 por orden del Rey Enrique VIII, antes que transigir en sus convicciones religiosas.

En el continente americano, sin negar la existencia de bastantes ejemplos de intolerancia religiosa llevada a cabo por aquellos que paradójicamente fueron perseguidos en Europa por sus convicciones religiosas y sus descendientes, en el período preconstitucional estadounidense se introdujeron un buen número de exenciones por razones de conciencia (religiosa) en varios ámbitos, como son la prestación de juramento¹²⁵¹, el pago

¹²⁴⁸ SÁNCHEZ SUÁREZ, Rafael: *La objeción de conciencia*. 1ª edición. Madrid: Instituto Nacional de Prospectiva, 1980, p. 8.

¹²⁴⁹ BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, José María: "El cristianismo y el servicio militar", en AAVV: *Cristianismo primitivo y religiones místicas*. 2ª edición. Madrid: Catedra, 2007, p. 322. En dicho trabajo el autor explica las doctrinas sobre la guerra y el servicio militar de autores cristianos de la Iglesia primitiva como Clemente de Alejandría, Orígenes, Minucio Félix, Hipólito, Cipriano, Arnobio, Lactancio o Tertuliano.

¹²⁵⁰ "Si se tiene en cuenta que el cristianismo ha configurado, como uno de sus elementos más definitorios, junto al pensamiento griego y al derecho romano a los que, por otra parte, integró y asumió, lo que se acostumbra a denominar «cultura occidental» se explica que pueda considerársele como el principal legado de Roma que todavía pervive en el mundo moderno. Por ello podemos afirmar que todos los que vivimos inmersos en la cultura occidental, somos cristianos, al margen de las creencias religiosas de cada uno. Pues el cristianismo ha sido a lo largo de sus dos mil años de historia, no sólo una religión, sino una manera de concebir el mundo y la sociedad". TEJA CASUSO: *El cristianismo primitivo...*, op. cit., p. 21.

¹²⁵¹ Aunque también existieron períodos de intolerancia en relación al juramento, como se pone de manifiesto en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Torcaso v. Watkins*, 367 US 488 (1961), en la que se examina la denegación al acceso al cargo de notario (oficina pública) por ser ateo el interesado. En dicha sentencia se enfatiza la siguiente paradoja vivida en las colonias: "Indeed, it was largely to escape religious test oaths and declarations that a great many of the early colonists left Europe and came here hoping to worship in their own way. It soon developed, however, that many of those who had fled to escape religious test oaths turned out to be perfectly willing, when they had the power to do so, to force dissenters from their faith to take test oaths in conformity with that faith. This brought on a host of laws in the New Colonies imposing burdens and disabilities of various kinds upon varied beliefs depending largely upon what group happened to be politically strong enough to legislate in favor of its own

de tasas o gravámenes religiosos o el alistamiento obligatorio en el ejército. En sede judicial todos los ciudadanos habían de prestar juramento, lo que habitualmente no constituía ningún problema, ya que nadie temía ser acusado de perjurio (delito de rara aplicación en dicha época y contexto), pero en cambio todo el mundo temía las eventuales sanciones divinas por quebrantar las doctrinas religiosas que creían las correctas. Los cuáqueros no podían prestar juramento por ser contrario a sus más íntimas convicciones religiosas¹²⁵². A modo de ejemplo, se puede citar a Mateo 5, 34-36: "*Yo os digo más, que de ningún modo juréis sin justo motivo: ni por el cielo, pues es el trono de Dios. Ni por la tierra, pues es la peana de sus pies: ni por Jerusalén, porque es la ciudad o corte del gran rey. Ni tampoco jurareis por vuestra cabeza, pues no está en vuestra mano el hacer blanco o negro un solo cabello*"¹²⁵³.

Así pues, sólo existían dos alternativas: o los cuáqueros disidentes eran encarcelados reiteradamente cada vez que debían prestar juramento y se negaban a ello; o se introducían exenciones en dicha materia por razones religiosas. Hacia 1789 casi todos los Estados norteamericanos habían introducido exenciones. Es interesante confrontar dicha solución con la falta de exenciones al servicio militar en España durante el régimen franquista: dicho régimen nunca introdujo exención alguna y optó por encarcelar de forma sistemática y reiterada a los Testigos de Jehová, y a otros miembros de confesiones religiosas minoritarias, que se negaban a servir en el ejército por razones de conciencia. En cambio, y a pesar de las amenazas reales existentes a su seguridad, en los Estados norteamericanos se dispensó a cuáqueros, menonitas y moravos de servir en el ejército. En su lugar se establecieron otros tipos de contribución, como es el caso de la

beliefs. The effect of all this was the formal or practical «establishment» of particular religious faiths in most of the Colonies, with consequent burdens imposed on the free exercise of the faiths of nonfavored believers. There were, however, wise and farseeing men in the Colonies - too many to mention - who spoke out against test oaths and all the philosophy of intolerance behind them".

¹²⁵² De hecho, la seriedad del juramento era tal en el Derecho Romano que se entendía que tal juramento encerraba en sí una especie de transacción y gozaba de más autoridad incluso que la cosa juzgada. Según Paulus en Digesto 12, 2, 2: "*lusiurandum speciem transactionis continet maiorem que habet auctoritatem quam res iudicata*".

¹²⁵³ Obviamente, el texto citado permite varias interpretaciones. Por ejemplo, Tolstoi interpretó las palabras de Jesús en el sentido de que debían abolirse los Tribunales. Al respecto *vid.* ALLISON JR: "Matthew", en AAVV: *The Oxford... op, cit.*, pp. 854-855. En relación a la problemática del juramento, y como ejemplo de su plena actualidad, puede consultarse la STEDH de 18 de febrero de 1999, caso Buscarini y otros contra San Marino (TEDH 1999, 4), que se expresa en los siguientes términos: "*La obligación de prestar juramento sobre los Evangelios impuesta a los señores Buscarini y Della Balda constituye, una restricción en el sentido del segundo párrafo del artículo 9, al haber tenido que jurar fidelidad los demandantes a una religión concreta bajo pena de destitución de su cargo parlamentario. Dicha injerencia vulnera al artículo 9 salvo si está «prevista por la ley», dirigida hacia uno o varios objetivos legítimos teniendo en cuenta el párrafo 2 y «necesaria en una sociedad democrática»*" (34). Asimismo concluye: "*En el presente caso, el hecho de haber impuesto a los demandantes el juramento sobre los Evangelios equivale, sin embargo, a la obligación de dos de los elegidos por el pueblo de guardar fidelidad a una determinada religión, lo que no es compatible con el artículo 9 del Convenio. Tal como lo afirmó la Comisión, con toda razón, en su informe, sería contradictorio someter el ejercicio de un mandato que pretende representar en el seno del Parlamento diferentes visiones de la sociedad a la condición de adherirse, con anterioridad, a una visión determinada del mundo*" (39). Sobre el régimen jurídico del juramento en España, con un ejercicio de Derecho comparado con Alemania e Italia, puede consultarse ROCA FERNÁNDEZ, María José: *La declaración de la propia religión o creencias en el Derecho español*. 1ª edición. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1992, pp. 382-402.

económica¹²⁵⁴. De este modo, en el denominado Congreso Continental se decidió lo siguiente (nótese la influencia de las doctrinas de ROGER WILLIAMS): "*As there are some people, who, from religious principles, cannot bear arms in any case, this Congress intend no violence to their consciences, but earnestly recommend it to them, to contribute liberally in this time of universal calamity, to the relief of their distressed brethren in the several colonies, and to do all other services to their oppressed Country, which they can consistently with their religious principles*".

Carolina del Norte y Maryland dispensaron a los cuáqueros de descubrirse la cabeza cuando estaban ante un órgano jurisdiccional. Massachusetts y Connecticut dispensaron a cuáqueros y baptistas de hacer frente a tasas o gravámenes relacionados con el ámbito religioso. Rhode Island en 1764 permitió a los judíos regular el matrimonio según sus costumbres y ritos. Un poco más tarde, en 1798, se les dispensó parcialmente de la legislación sobre incesto para permitir el matrimonio entre tíos y sobrinas, que no es de obligado cumplimiento en el judaísmo, pero es favorecido, y en todo caso era ilegal bajo la citada legislación de Rhode Island. De hecho, esta tipología de matrimonio sigue siendo legal en la actualidad en dicho Estado, cuando es ilegal en muchos otros¹²⁵⁵.

Es característica fundamental de la Modernidad la exaltación de la libertad individual. Por lo tanto, si se considera que la concepción del Derecho desde la óptica de las tesis del Derecho natural ha sido una constante en la Edad Moderna (el articulado de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 constituye un claro ejemplo de tal influencia), no resultará extraño que desde el punto de vista liberal la conciencia posea frecuentemente mayor relevancia que las leyes¹²⁵⁶. Así, la objeción de conciencia y la desobediencia a las leyes que se consideren injustas emanadas del gobernante se erige como el camino más indicado para hacer frente a la tiranía que pueda poner en duda aquellos valores que se consideran vitales por el ideario liberal y que en buena parte fueron considerados como verdaderos dogmas indiscutibles e intocables: libertad religiosa, propiedad, libertad de expresión e imprenta, etc. La obligación de cumplir con las leyes se exime cuando dichas leyes son contrarias a los

¹²⁵⁴ Sobre el tratamiento jurisprudencial de la objeción de conciencia militar en los Estados Unidos puede consultarse MILLER y FLOWERS: *Toward benevolent neutrality...*, *op. cit.*, pp. 104-109. Un resumen de la normativa en materia de objeción de conciencia militar en los Estados Unidos durante los siglos XVIII y XIX puede encontrarse en la sentencia dictada en el caso *United States v. Seeger*, 380 US 163 (1965): "*Governmental recognition of the moral dilemma posed for persons of certain religious faiths by the call to arms came early in the history of this country. Various methods of ameliorating their difficulty were adopted by the Colonies, and were later perpetuated in state statutes and constitutions. Thus, by the time of the Civil War, there existed a state pattern of exempting conscientious objectors on religious grounds. In the Federal Militia Act of 1862, control of conscription was left primarily in the States. However, General Order No. 99, issued by the Adjutant General pursuant to that Act, provided for striking from the conscription list those who were exempted by the States; it also established a commutation or substitution system fashioned from earlier state enactments. With the Federal Conscription Act of 1863, which enacted the commutation and substitution provisions of General Order No. 99, the Federal Government occupied the field entirely, and, in the 1864 Draft Act, 13 Stat. 9, it extended exemptions to those conscientious objectors who were members of religious denominations opposed to the bearing of arms and who were prohibited from doing so by the articles of faith of their denominations. Selective Service System Monograph No. 11, *Conscientious Objection 40-41* (1950). In that same year, the Confederacy exempted certain pacifist sects from military duty. *Id.* at 46".*

¹²⁵⁵ NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, *op. cit.*, pp. 123-124.

¹²⁵⁶ Cosa distinta es que el neoliberalismo, y una vez el ordenamiento jurídico ha sido adecuado a sus necesidades, opte frecuentemente por un estricto positivismo que enerve todo influjo de la conciencia respecto a la aplicación de las normas.

valores superiores y que en el liberalismo van ligados a las libertades individuales, las denominadas libertades de primera generación. Así, el liberalismo exalta el derecho a la resistencia frente a la tiranía (*ius resistentiae*), que encontrará su peculiar recepción en el Derecho del Trabajo al legitimar el derecho a desobedecer ciertas órdenes empresariales cuando comportan elevadas dosis de antijuricidad y en determinadas circunstancias vulneran derechos fundamentales.

Por ejemplo, el célebre *Memorial and Remonstrance*, obra de MADISON de 1785, defiende el valor de la conciencia por encima de las leyes temporales. MADISON enfatizó que el individuo debe obedecer en primer lugar al Creador según la propia conciencia, y de forma secundaria a las autoridades temporales. Las obligaciones frente al Creador son precedentes en cuanto a elementales razones temporales y asimismo en cuanto al grado de necesidad de su cumplimiento. Tal concepción ha de ser entendida en su correcto contexto, cual es la doctrina liberal desarrollada por el jurista norteamericano relativo a la separación entre el Estado y la religión¹²⁵⁷. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en interpretación de la Primera Enmienda, ha tendido desde su misma creación a facilitar que los creyentes puedan ajustar sus comportamientos de acuerdo con sus creencias; y buena parte de sus sentencias han buscado el objetivo de ir ajustando las leyes y las obligaciones jurídicas a las creencias de los ciudadanos, estableciendo límites al ejercicio de la libertad religiosa (por ejemplo, siempre se rechazó hasta que fue prácticamente desterrada la poligamia por parte de los mormones) y controlando las cláusulas de orden público y la delimitación del ejercicio de los derechos de unos frente a los derechos de otros ciudadanos. Un buen ejemplo de ello lo constituye la sentencia dictada en el caso *Davis v. Beason*, 133 US 333 (1890): "*The term «religion» has reference to one's views of his relations to his Creator, and to the obligations they impose of reverence for his being and character, and of obedience to his will. It is often confounded with the cultus or form of worship of a particular sect, but is distinguishable from the latter. The First Amendment to the Constitution, in declaring that Congress shall make no law respecting the establishment of religion or forbidding the free exercise thereof, was intended to allow everyone under the jurisdiction of the United States to entertain such notions respecting his relations to his Maker and the duties they impose as may be approved by his judgment and conscience, and to exhibit his sentiments in such form of worship as he may think proper, not injurious to the equal rights of others, and to prohibit legislation for the support of any religious tenets, or the modes of worship of any sect. The oppressive measures adopted, and the cruelties and punishments inflicted, by the governments of Europe for many ages to compel parties to conform, in their religious beliefs and modes of worship, to the views of the most numerous sect, and the folly of attempting in that way to control the mental operations of persons and enforce an outward conformity to a prescribed standard led to the adoption of the amendment in question*".

También OLIVER CROMWELL guardó una preocupación especial por la conciencia de aquellos que tenían que empuñar las armas y alistarse a su ejército. Por tal razón, solicitó al Parlamento inglés la supresión de la conscripción forzosa para evitar el alistamiento obligatorio de cristianos que por razones de conciencia no pudieran combatir. Obviamente no se consideraba que el cristiano no pudiera participar en la guerra, pues el mismo CROMWELL era un ferviente cristiano, sino que se pedía que el poder admitiera que

¹²⁵⁷ EMMERICH: "Madison: A founder's vision...", en AAVV: *Religion, public life...*, op. cit., p. 54.

podía haber guerras que fueran consideradas contrarias a la doctrina cristiana, por lo que en tal caso incluso era preferible la contratación de mercenarios¹²⁵⁸.

En 1875 se estableció el primer servicio civil de la historia por causa de la negativa de los menonitas a prestar el servicio militar en Rusia¹²⁵⁹.

El término "objeción de conciencia" tiene un origen anglosajón (*conscientious objector*) y fue utilizado por vez primera a principios del siglo XX. Con dicho término designó el general Smuts (gobernador inglés de África del Sur) a tres mil inmigrantes indios que liderados por Gandhi reclamaban el reconocimiento de sus derechos civiles. Como método de lucha pacífico para alcanzar dicho objetivo desobedecían de forma deliberada la ley de extranjería que les prohibía cruzar la frontera del Transvaal. Por lo tanto, resulta significativo que el término fuera utilizado por las autoridades coloniales, no por los objetores; ya que para el poder establecido la objeción se erigía como una especie de dificultad, como un obstáculo, que impedía a los objetores acatar las obligaciones legales¹²⁶⁰.

También el art. 136 *in fine* de la Constitución de Weimar (1919) dispensaba a los ciudadanos de asistir a actos religiosos o de prestar juramento religioso: "*Niemand darf zu einer kirchlichen Handlung oder Feierlichkeit oder zur Teilnahme an religiösen Übungen oder zur Benutzung einer religiösen Eidesform gezwungen werden*".

2. CONCEPTO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: CONFLICTO ENTRE OBLIGACIONES MORALES Y OBLIGACIONES JURÍDICAS

La objeción de conciencia tiene lugar cuando se produce un conflicto entre normas de dos naturalezas distintas, entre normas jurídicas y normas morales; entre juridicidad y moralidad individual¹²⁶¹, y se opta por la desobediencia de la obligación jurídica emanada de la norma secular que entra en conflicto con las convicciones del creyente¹²⁶² con la

¹²⁵⁸ WEBER: *Sociología...*, *op. cit.*, p. 271. Se reitera la idea en p. 401. En cambio, el criterio de los luteranos era el opuesto. Lutero "*rechazaba la guerra de fe y el derecho de resistencia activa contra la violencia secular de la fe, como una arbitrariedad que inmiscuía la redención en la acción del poder. Sólo reconocía en este campo la resistencia pasiva. Afirmaba el carácter indiscutible de la obediencia a la autoridad civil incluso cuando ésta ordenaba la guerra profana, porque era responsabilidad de la autoridad, y no del individuo, (...) reconocía la autonomía ética del orden del poder civil*" (p. 401).

¹²⁵⁹ SÁNCHEZ SUÁREZ, Rafael: *La objeción de conciencia*. 1ª edición. Madrid: Instituto Nacional de Prospectiva, 1980, p. 13.

¹²⁶⁰ GARCÍA-SANTESMASES MARTÍN-TESORERO, Antonio Juan: "Objeción de conciencia al servicio militar", en AAVV: *Las sombras del sistema constitucional español*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2003, p. 252.

¹²⁶¹ "*Hay un imperativo que, sin colocar como condición del fundamento ningún otro propósito a conseguir mediante cierto proceder, manda este proceder inmediatamente. Este imperativo es categórico. No concierne la materia de la acción y a lo que debe resultar de ella, sino a la forma y al principio de donde se sigue la propia acción y lo esencialmente bueno de la misma consiste en la intención, sea cual fuere su éxito. Este imperativo puede ser llamado el de la moralidad*". KANT: *Fundamentación para una metafísica...*, *op. cit.*, p. 96. A los citados imperativos el autor les denomina mandatos (leyes) de la moralidad "*pues sólo la ley conlleva el concepto de una objetiva necesidad incondicionada y por lo tanto válida universalmente, y los mandatos son leyes a las cuales hay que obedecer, esto es, dar cumplimiento aun en contra de la inclinación*" (p. 97).

¹²⁶² "*Conscientious refusal is noncompliance with a more or less direct legal injunction or administrative order. It is refusal since an order is addressed to us and, given the nature of the*

finalidad de proteger dicho conjunto de convicciones¹²⁶³. Aquí sólo se tratará del conflicto entre normas jurídicas y los deberes religiosos que conformen las convicciones de un individuo, aunque naturalmente la objeción de conciencia puede ejercerse por razón del conflicto con normas que se basen en una moral secular, convicciones ideológicas, etc.; es decir, cualquier convicción que sea tenida por superior a la norma jurídica por parte del objetor por conformar su cosmovisión de forma esencial¹²⁶⁴ y que condicione su conducta. Asimismo, ha de advertirse que obviamente cuanto más sofisticada es una religión existen más posibilidades que posea asimismo un sistema complejo de normas jurídicas de carácter religioso (por ejemplo, el ordenamiento canónico en el caso de la Iglesia Católica). No obstante, la objeción de conciencia no se da cuando se contraponga una norma jurídica de origen secular a una norma jurídica religiosa; sino entre una norma jurídica estatal y una norma moral, que forme parte de las convicciones del objetor, independientemente de si coincide o no con una norma jurídica del ordenamiento religioso correspondiente¹²⁶⁵.

El individuo se desarrolla en un medio social donde conviven habitualmente ambos tipos de normas, las jurídicas y las que dicta la conciencia (de origen religioso o secular), ambas por definición características del ser humano, y que a veces regulan ámbitos

situation, whether we accede to it is known to the authorities". RAWLS: A theory of justice..., op. cit., p. 368. Tal autor aclara que la objeción de conciencia puede tener un origen diverso, ya que puede encontrar su razón de ser en convicciones políticas, religiosas u otros principios relacionados con el orden constitucional (p. 369).

¹²⁶³ La finalidad de la objeción de conciencia se ha enfatizado del siguiente modo al definir qué se entiende por tal figura: "*Incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia, que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o búsqueda de adhesiones. (...) Una exteriorización individual y sin publicidad o que la obligación objetada sea de naturaleza personal constituyen un indicio de hallarnos ante ese género de disidencia*". GASCÓN ABELLÁN: *Obediencia al Derecho...*, op. cit., p. 85. Se ha distinguido entre la creación y aplicación del Derecho, y la obediencia a tal Derecho: "*La creació del dret i l'aplicació del dret han de ser distingides de l'obediència del dret. Obediència del dret és aquell capteniment al contrari del qual és lligat l'acte coactiu de la sanció. És sobretot el capteniment que evita la sanció, el compliment del deure jurídic constituït per la sanció. Creació del dret, aplicació del dret i obediència del dret són funcions jurídiques en el sentit més ampli de l'expressió. També l'exercici d'una permissió positiva pot ser qualificat d'obediència del dret*". KELSEN, Hans: *Teoría pura del Dret*. Vol. II. 1ª edición. Barcelona: Edicions 62, 1988, p. 65.

¹²⁶⁴ "*El objetor viola la norma en virtud de una exigencia superior que percibe en su conciencia*". SÁNCHEZ SUÁREZ: *La objeción...*, op. cit., p. 13. Con un punto de vista semejante: "*Desde los tiempos más antiguos, ha existido siempre la idea de que, por encima de las leyes y obligaciones jurídicas, hay una fuerza superior que impide en algunas circunstancias su observancia. Es el convencimiento sensato de que lo mandado por la autoridad no ha de tener siempre la última palabra, cuando entra en conflicto con otras exigencias que se consideran superiores*". LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo: "La objeción de conciencia desde las creencias religiosas", en AAVV: *Objeción de conciencia y sanidad*. 1ª edición. Granada: Comares, 2011, p. 102.

¹²⁶⁵ Por ejemplo, en el Catecismo de la Iglesia Católica existe una norma dirigida a los fieles para que desobedezcan las leyes injustas: "*La autoridad sólo se ejerce legítimamente si busca el bien común del grupo en cuestión y si, para alcanzarlo, emplea medios moralmente lícitos. Si los dirigentes proclamasen leyes injustas o tomaran medidas contrarias al orden moral, estas disposiciones no pueden obligar en conciencia. «En semejante situación, la propia autoridad se desmorona por completo y se origina una iniquidad espantosa» (PT 51)*". Ahora bien, desde el punto de vista de la objeción de conciencia no hay que examinar si el eventual objetor como individuo se considera católico, conoce el precepto, está obligado por una ley secular que considera injusta, etc. No es suficiente con la mera existencia del precepto de naturaleza religiosa, sino si la convicción del objetor, derive o no de una norma formal religiosa, le obliga a actuar de forma contraria a la establecida por la norma jurídica.

iguales y a veces no¹²⁶⁶, en ocasiones incluso priman valores coincidentes¹²⁶⁷, pues como regla general ambos tipos de normas tienden a instituir cierto orden que es potenciado por encima de otras ideas consideradas secundarias (de ahí que exista tendencia a monopolizar la violencia)¹²⁶⁸. Ambas tipologías de normas, las jurídicas y las morales, condicionan la conducta de la persona, incluso a menudo en contra de sus inclinaciones e intereses¹²⁶⁹. Tanto la religión, como el Derecho, conforman en la actualidad dos conceptos que distan de poderse simplificar¹²⁷⁰.

¹²⁶⁶ En cuanto al ámbito material de regulación se ha afirmado lo siguiente: "*Las materias que precisan regulación legal son simultáneamente más limitadas y más amplias que los asuntos de relevancia moral: más limitadas porque a la regulación jurídica sólo le es accesible la conducta exterior, esto es, la conducta que puede ser sometida a coacción; más amplias porque el derecho, como medio de organización de la dominación política, no sólo se refiere a la regulación de los conflictos de acción interpersonales, sino también a la consecución de objetivos y programas políticos*". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 250.

¹²⁶⁷ Un voto particular contenido en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *McGowan v. Maryland*, 366 US 420 (1961) es muy descriptivo al respecto: "*By its nature, religion - in the comprehensive sense in which the Constitution uses that word - is an aspect of human thought and action which profoundly relates the life of man to the world in which he lives. Religious beliefs pervade, and religious institutions have traditionally regulated, virtually all human activity. It is a postulate of American life, reflected specifically in the First Amendment to the Constitution but not there alone, that those beliefs and institutions shall continue, as the needs and longings of the people shall inspire them, to exist, to function, to grow, to wither, and to exert with whatever innate strength they may contain their many influences upon men's conduct, free of the dictates and directions of the state. However, this freedom does not and cannot furnish the adherents of religious creeds entire insulation from every civic obligation. As the state's interest in the individual becomes more comprehensive, its concerns and the concerns of religion perforce overlap. State codes and the dictates of faith touch the same activities. Both aim at human good, and, in their respective views of what is good for man, they may concur or they may conflict. No constitutional command which leaves religion free can avoid this quality of interplay. Innumerable civil regulations enforce conduct which harmonizes with religious canons. State prohibitions of murder, theft and adultery reinforce commands of the Decalogue. Nor do such regulations, in their coincidence with tenets of faith, always support equally the beliefs of all religious sects: witness the civil laws forbidding usury and enforcing monogamy. Because these laws serve ends which are within the appropriate scope of secular state interest, they may be enforced against those whose religious beliefs do not proscribe, and even sanction, the activity which the law condemns*".

¹²⁶⁸ "*When religious cultures portray warfare as something that is acknowledge and ultimately controlled, therefore, they are presenting an almost cosmological reenactment of the primacy of order over chaos. In the stained glass windows of the great European cathedrals portraying Christ as king, emerging from his grave like a general victorious in battle, the designers were stating something fundamental about Christianity and every other religious tradition: religion reaffirms the primacy of order, which requires that violence and other forms of disorder be conquered*". JUERGENSMEYER: *Terror in the mind...*, op. cit., p. 159.

¹²⁶⁹ "*Un déu és en principi un ésser que l'home es representa, en certs aspectes, com a superior a ell mateix i del qual creu que depèn. Ja es tracta d'una personalitat conscient, com Zeus o Jahvè, o de forces abstractes com les que hi ha en joc en el totemisme, el fidel, tant en un cas com en l'altre, es creu obligat a unes formes d'actuació que li són imposades per la natura del principi sagrat amb el qual se sent en relació. Doncs bé, també la societat manté en nosaltres la sensació d'una perpètua dependència. Perquè té una natura que li és pròpia, diferent de la nostra natura individual, i persegueix uns fins que també li són especials: però com que només els pot assolir per mitjà nostre, reclama imperiosament el nostre concurs. Exigeix que, oblidant els nostres interessos, ens fem servidors seus i ens força a tota mena de molèsties, de privacions i de sacrificis sense els quals la vida social seria impossible. És així que en tot moment ens veiem obligats a sotmetre'ns a unes regles de conducta i de pensament que nosaltres no hem fet ni volgut, i que de vegades són fins i tot contràries a les nostres inclinacions i als nostres instints més fonamentals*". DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., pp. 224-225.

¹²⁷⁰ Desde un punto de vista objetivo y funcional a la vez se ha afirmado la complejidad de ambas superestructuras: "*Law is not only a body of rules; it is people legislating, adjudicating,*

El condicionamiento de la conducta constituye un fenómeno que fue estudiado en profundidad por los autores del liberalismo, como fue el caso de JEREMY BENTHAM (1748-1832) y sus discípulos que, desde una óptica utilitarista, concluyeron que sobre el ser humano pueden recaer cuatro tipologías de sanciones, que son las que condicionan su conducta y que despliegan una vigencia plena en la actualidad¹²⁷¹:

1) Sanción religiosa¹²⁷²: amenaza y a veces terroriza al creyente con la condena eterna (el infierno es un concepto ligado a dicha clase de sanción) u otro tipo de condena religiosa¹²⁷³. La sanción religiosa, que se trata de una sanción trascendente no terrenal, se ve fortalecida por rituales que potencian que los ciudadanos-creyentes obedezcan las doctrinas religiosas¹²⁷⁴. Precisamente, como se señalará un poco más adelante, el citado ritualismo es compartido por la religión y el Derecho, ya que comparten en gran medida elementos configuradores y objetivos.

2) Sanción natural o física¹²⁷⁵: va ligada a la satisfacción de las necesidades y anhelos de la vida diaria. De hecho, los apetitos conllevan incentivos y sanciones. Dicha tipología de

administering, negotiating - it is a living process of allocating rights and duties and thereby resolving conflicts and creating channels of cooperation. Religion is not only a set of doctrines an exercises; it is people manifesting a collective concern for the ultimate meaning and purpose of life - it is a shared intuition of and commitment to transcendent values. Law helps to give society the structure, the gestalt, it needs to maintain inner cohesion; law fights against anarchy. Religion helps to give society the faith it needs to face the future; religion fights against decadence". BERMAN: *The interaction of law...*, op. cit., p. 24.

¹²⁷¹ WOODARD, Calvin: "Morality as a perennial source of indeterminacy in the life of the law", en AAVV: *Problems and conflicts between law and morality in a free society*. 1ª edición. Waco: J.M. Dawson Institute of Church-State Studies, Baylor University, 1994, pp. 37-39; "There are four distinguishable sources from which pleasure and pain are in use to flow: considered separately, they may be termed the physical, the political, the moral, and the religious: and inasmuch as the pleasures and pain belonging to each of them are capable of giving a binding force to any law or rule of conduct, they may all of them be termed sanctions". BENTHAM, Jeremy: "An introduction to the principles of morals and legislation", en AAVV: *Utilitarianism and On Liberty*. 2ª edición. Oxford: Blackwell, 2003, p. 37.

¹²⁷² "If from the immediate hand of a superior invisible being, either in the present life, or in a future, it may be said to issue from the religious sanction". BENTHAM: "An introduction to the principles...", en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., p. 38.

¹²⁷³ Por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tiene en cuenta la eventual condena religiosa al tratar de un caso en que niños Testigos de Jehová se niegan a saludar la bandera en su escuela en plena II Guerra Mundial. Así, en la sentencia dictada en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943) se dice lo siguiente: "Neither our domestic tranquility in peace nor our martial effort in war depend on compelling little children to participate in a ceremony which ends in nothing for them but a fear of spiritual condemnation. If, as we think, their fears are groundless, time and reason are the proper antidotes for their errors. The ceremonial, when enforced against conscientious objectors, more likely to defeat than to serve its high purpose, is a handy implement for disguised religious persecution. As such, it is inconsistent with our Constitution's plan and purpose".

¹²⁷⁴ Bentham diferencia entre dos tipos de personas: "There are two classes of men of very different complexions, by whom the principle of ascetism appears to have been embraced; the one a set of moralists, the other a set of religionists. Different accordingly have been the motives which appear to have recommended it to the notice of these different parties. Hope, that is the prospect of pleasure, seems to have animated the former: hope, the aliment of philosophic pride: the hope of honour and reputation at the hands of men. Fear, that is the prospect of pain, the latter: fear the offspring of superstitious fancy: the fear of future punishment at the hands of a splenetic and revengeful Deity. I say in this case fear: for of the invisible future, fear is more powerful than hope". BENTHAM: "An introduction to the principles...", en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., p. 24.

¹²⁷⁵ "If it be in the present life, and from the ordinary course of nature, not purposely modified by the interposition of the will of any human being, nor by any extraordinary interposition of any superior

sanción fuerza a las personas a la vida en cooperación. Por ejemplo, la persona trabaja para satisfacer sus necesidades privadas de subsistencia.

3) Sanción moral o popular¹²⁷⁶: es la sanción que imponen los otros ciudadanos que fiscalizan la conducta de cada uno (ancianos, mejores, inferiores, iguales), en el ámbito de que se trate; por ejemplo, ello puede incluir la fiscalización moral o social de unos trabajadores sobre los otros en el ámbito laboral, que no deja de ser un ámbito social, aunque con sus particularidades¹²⁷⁷. Los ciudadanos se observan y controlan continuamente, mutuamente, obstaculizan la disidencia, y quien no cumple con la moral al uso es rechazado socialmente, incluso de forma violenta, al unísono¹²⁷⁸. Así ocurría en

invisible being, that the pleasure or the pain takes place or is expected, it may be said to issue from or to belong to the physical sanction". BENTHAM: "An introduction to the principles...", en AAVV: Utilitarianism..., op. cit., p. 38.

¹²⁷⁶ *"If at the hands of such chance persons in the community, as the party in question may happen in the course of his life to have concerns with, according to each man's spontaneous disposition, and not according to any settled or concerted rule, it may be said to issue from the moral or popular sanction". BENTHAM: "An introduction to the principles...", en AAVV: Utilitarianism..., op. cit., p. 38.*

¹²⁷⁷ Por ejemplo, es lo que ocurría en la extinta Unión Soviética: *"Sin subestimar la incidencia de las sanciones disciplinarias, conviene recalcar el importante papel que desempeñan los propios obreros y empleados, las colectividades laborales en el afianzamiento de la disciplina. Es notable la influencia de la colectividad en la conducta de sus integrantes. La valoración social del comportamiento de los infractores es percibida como una forma bien desagradable de sanción. La participación de la colectividad en el afianzamiento de la disciplina de trabajo es una peculiaridad elocuente en las relaciones de autoridad y subordinación en la sociedad socialista". ORLOVSKI, Y.: "Derecho laboral", en AAVV: Introducción al Derecho soviético. 1ª edición. Moscú: Editorial Progreso, 1988, p. 238. Es evidente que las ideas y creencias compartidas por la mayoría de una plantilla, especialmente si se trata de valores compartidos por la empresa, serán omnipresentes en el ámbito laboral y sólo un ordenamiento jurídico sensible a los derechos de las minorías y la formación de los trabajadores respecto a dicha sensibilidad evitarán conductas discriminatorias o que las minorías deban dejar de lado sus convicciones minoritarias al acceder al puesto de trabajo. Como se ha dicho con acierto "la sensibilidad pluralista de este inicio del siglo XXI en las sociedades libres supone que nadie debe verse obligado a ceder, por timidez, por miedo o por ignorancia, ante la pretensión de algunos de reivindicar la exclusividad de una tradición religiosa. Sólo recientemente algunas iniciativas proponen una «liberación» del mensaje filosófico, moral y espiritual de las tradiciones religiosas que aproveche al ser humano de la sociedad laica y sin creencias basada en el cambio continuo y en la aceleración y ajeno a cualquier tipo de sumisión u obediencia. El pudo de la laicidad, con su política de privatización del hecho religioso y de no-injerencia, no sólo le ha impedido enriquecerse y dejarse fecundar por las diferentes tradiciones religiosas generando así nuevas e interesantes producciones del espíritu humano, sino que ha dejado en la impunidad ciertas manipulaciones y abusos de lo religioso y algunas violaciones de los derechos humanos aún vigentes". TORRADEFLOT: "El cristianismo y el diálogo...", en AAVV: Historia del cristianismo..., op. cit., pp. 562-563.*

¹²⁷⁸ *"Les maneres d'actuar a les quals la societat està vinculada amb prou força per a imposar-les als seus membres es troben marcades, justament per això, amb el signe distintiu que provoca el respecte. Perquè són elaborades en comú, la vivacitat amb la qual són pensades per cada esperit particular ressona en tots els altres i recíprocament. Les representacions que les expressen en cadascú de nosaltres, doncs, tenen una intensitat que uns estats de consciència purament privats no podrien atènyer; perquè les refermen innumbrables representacions individuals que han servit per a formular-les d'una en una. És la societat qui parla per boca d'aquells que les afirmen en la nostra presència; és ella la que sentim en sentir-los, i la veu de tots que té un accent que no podria tenir la d'un sol. La violència mateixa amb que la societat reacciona, per via del blasme o de la repressió material, contra les temptatives de dissidència, manifestant amb esclat l'ardor de la convicció comuna, contribueix a reforçar-ne l'imperi". DURKHEIM: Les formes elementals..., op. cit., pp. 225-226. Según las tesis kelsenianas: "Per judicar la possibilitat d'un ordre moral sense sancions, cal tenir en compte que, si un ordre moral mana un capteniment determinat, mana ensems que el capteniment manat propi d'un sol subjecte sigui aprovat pels altres subjectes, mentre que el capteniment contrari ha de ser desaprovat. Aquell qui desaprova el capteniment*

la Antigüedad, así ocurre en la Contemporaneidad, donde la presión social continúa jugando un papel esencial¹²⁷⁹; especialmente en las sociedades más totalitarias, donde unos ciudadanos controlan a los otros, a menudo a cambio de una contraprestación material. Tal y como afirma otro clásico del liberalismo: "*Public favour seems as necessary as the air we breathe, and to live at variance with the multitude is, as it were, not to live. The multitude require no laws to coerce those who do not think like themselves: public disapprobation is enough; a sense of their loneliness and impotence overtakes them and drives them to despair*"¹²⁸⁰. Según cita de TUCÍDIDES, en su célebre discurso fúnebre, PERICLES es muy claro al respecto: "*Si en nuestras relaciones privadas evitamos molestarnos, en la vida pública, un respetuoso temor es la principal causa de que no cometamos infracciones, porque prestamos obediencia a quienes se suceden en el gobierno y a las leyes, y principalmente a las que están establecidas para ayudar a los que sufren injusticias y a las que, aun sin estar escritas, acarrear a quien las infringe una vergüenza por todos reconocida*"¹²⁸¹. La vergüenza, el sentido de la culpa y los remordimientos juegan un papel fundamental¹²⁸². Por el contrario, el cumplimiento del deber moral llena de satisfacción al sujeto que lo ha cumplido, y provoca muestras de reconocimiento por parte de los otros ciudadanos¹²⁸³.

manat o aprova el capteniment contrari es capté d'una manera immoral i ell mateix ha de ser desaprovat moralment. També l'aprovació i la desaprovació per part dels altres membres de la comunitat social són sentides com a recompensa i com a càstig, i consegüentment poden ser interpretades com a sancions. A vegades són sancions més efectives que d'altres formes de recompensa i de càstig, car satisfan o bé fereixen l'instint de validesa propi de l'home, un instint que és un dels components més importants de l'instint d'autoconservació". KELSEN: Teoria pura..., op. cit., Vol. I, op. cit., pp. 71-72.

¹²⁷⁹ "*Rules are conceived and spoken of as imposing obligations when the general demand for conformity is insistent and the social pressure brought to bear upon those who deviate or threaten to deviate is great. Such rules may be wholly customary in origin: there may be no centrally organized system of punishments for breach of the rules; the social pressure may take only the form of a general diffused hostile or critical reaction which may stop short of physical sanctions. It may be limited to verbal manifestations of disapproval or of appeals to the individuals' respect for the rule violated; it may depend heavily on the operations of feelings of shame, remorse, and guilt. When the pressure is of this last-mentioned kind we may be inclined to classify the rules as part of the morality of the social group and the obligation under the rules as moral obligation". HART: The concept..., op. cit., p. 86.*

¹²⁸⁰ DE TOCQUEVILLE: *Democracy...*, op. cit., p. 330.

¹²⁸¹ TUCÍDIDES: *Guerra del Peloponeso*. Libro I. 1ª edición. Barcelona: RBA, 2006, pp. 344-345.

¹²⁸² Ha de diferenciarse entre "vergüenza" y "culpa" que, aunque aparecen normalmente unidas en contextos de sanciones morales, poseen características propias: "*Imagine for example someone who cheats or gives in to cowardice and then feels both guilty and ashamed. He feels guilty because he has acted contrary to his sense of right and justice. By wrongly advancing his interests he has transgressed the rights of others, and his feelings of guilt will be more intense if he has ties of friendship and association to the injured parties. He expects others to be resentful and indignant at his conduct, and he fears their righteous anger and the possibility of reprisal. Yet he also feels ashamed because his conduct shows that he has failed to achieve the good of self-command, and he has been found unworthy of his associates upon whom he depends to confirm his sense of his own worth. He is apprehensive lest they reject him and find him contemptible, an object of ridicule. In his behaviour he has betrayed a lack of the moral excellences he prizes and to which he aspires". RAWLS: A theory of justice..., op. cit., p. 445.*

¹²⁸³ "*L'home que compleix el seu deure troba, amb les manifestacions de tota mena amb què s'expressen la simpatia, l'estimació, l'afecte que els seus semblants tenen envers ell, una impressió reconfortant, de la qual no sol adonar-se, però que el sosté. El sentiment que la societat té d'ell realça el seu sentiment d'ell mateix. Perquè està en harmonia moral amb els seus contemporanis té més confiança, més coratge, més valor en l'acció, igual que el fidel que creu sentir els esguards del seu déu girats benèvolament cap a ell. Així es produeix com una mena de sustentació perpètua del nostre ésser moral". DURKHEIM: Les formes elementals..., op. cit., p. 229.*

4) Sanción legal o política¹²⁸⁴: es la amenaza de sanción legal que pende sobre cada persona para que cumpla con la norma jurídica que le obliga; una sanción que está tipificada en la misma norma jurídica desobedecida o en otra, pero en todo caso es una sanción predeterminada en un ordenamiento democrático¹²⁸⁵.

La amenaza de cada tipo de sanción condiciona la conducta de una manera diferente, incluso en direcciones distintas y contradictorias, lo que en ocasiones puede materializar la objeción de conciencia. Y cuando dicho conflicto se materializaba, otro autor del liberalismo clásico, como fue LOCKE, era partidario de la desobediencia pacífica, pero con límites, cuando la obligación jurídica entraba en contradicción con la norma dictada por la conciencia individual: "*Que si el magistrado, mediante leyes e imposiciones, trata de suprimir o forzar a los hombres en lo que se refiere a estas opciones o acciones, obligándolos a ir en contra de lo que en conciencia están sinceramente convencidos, éstos deben hacer lo que su conciencia les diga, hasta donde puedan sin violencia*"¹²⁸⁶.

La contradicción surge cuando entra en conflicto la obligación o deber nacidos de una norma jurídica emanada del poder secular establecido¹²⁸⁷, cuyo acatamiento es imperativo independientemente si se comparte o no su contenido u oportunidad¹²⁸⁸, con

¹²⁸⁴ "If at the hands of a particular or set of persons in the community, who under names correspondent to that of judge, are chosen for the particular purpose of dispensing it, according to the will of the sovereign or supreme ruling power of the state, it may be said to issue from the political sanction". BENTHAM: "An introduction to the principles...", en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., p. 38.

¹²⁸⁵ "Només mitjançant la inclusió del factor de la coacció en el concepte de dret és possible distingir clarament aquest darrer de qualsevol altre ordre social, al mateix temps que amb l'element de la coacció és enlairat a criteri un factor summament important per al coneixement de les relacions socials, un factor summament característic dels ordres socials qualificats com a «dret»; però, en particular, cal fer-ho perquè amb això s'observa la connexió que en el cas més important per al coneixement del dret, el cas del dret estatal modern, existeix entre dret i Estat, un Estat que constitueix essencialment un ordre coactiu, i concretament un ordre coactiu centralitzat i limitat al seu àmbit territorial de validesa". KELSEN: *Teoria pura...*, op. cit., Vol. I, pp. 104-105. El elemento coercitivo es una característica omnipresente en cualquier ordenamiento jurídico, como demuestra, por ejemplo, su relevancia también en el extinto ordenamiento jurídico soviético: "No se debe olvidar que el derecho es uno de los tipos de normas y relaciones sociales protegidas por la fuerza coactiva del Estado. El derecho dejaría de serlo sin estas posibilidades de coerción jurídica realizable en formas especiales y por medidas específicas. La creciente incidencia en el Derecho socialista de estímulos y medidas materiales, espirituales, morales, etc., y un alto nivel de conciencia de la justicia y del dinamismo sociojurídico de los partícipes en las relaciones sociales no eliminan ni hacen menos significativa esta característica constitucional del derecho". TUMÁNOV: "El Derecho en la sociedad...", en AAVV: *Introducción al Derecho...*, op. cit., p. 20.

¹²⁸⁶ LOCKE: *Ensayo y Carta...*, op. cit., p. 34. En el liberalismo clásico la libertad de conciencia es un concepto fundamental. En palabras de FEUERBACH: "*Sólo la libertad sensible constituye la verdad de la libertad espiritual. Un hombre que ha perdido el interés espiritual por los tesoros terrenales los arrojará pronto por la ventana para desembarazar completamente su corazón. Lo que yo poseo en desacuerdo con mi convicción es para mí un peso, y si lo poseo, lo poseo en contradicción con mi convicción. ¡Fuera con él!*". FEUERBACH: *La esencia...*, op. cit., pp. 207-208.

¹²⁸⁷ "Las normas tienen en todos los casos un carácter prescriptivo. Ya se trate de normas de obligación o prohibitivas, bien de normas permisivas, ante todo imponen deberes a alguien. Sólo secundariamente, ante deberes específicos de sujetos determinados, o generales, se puede decir que tienen derechos quienes son beneficiarios del comportamiento que constituye el contenido de la obligación". CAPELLA HERNÁNDEZ: *Elementos de análisis...*, op. cit., p. 101. La objeción de conciencia rompe el citado esquema, por lo que su ejercicio debe ser aceptado con cautela y de modo restrictivo, pero no neutralizado.

¹²⁸⁸ "Las normas son mandatos imperativos impuestos a las personas a quienes afectan y con los que éstas tienen que contar, independientemente del acatamiento interior que puedan prestarles, ya para proceder de acuerdo con lo que en el mandato se exige, ya para atenerse a las sanciones

las obligaciones o deberes derivados de normas morales por las que se rige la conciencia del destinatario de dicha norma, que también sean consideradas por dicho destinatario de obligado cumplimiento, pues existen obligaciones imperativas o prescripciones simplemente recomendables¹²⁸⁹. En el caso estudiado en la presente investigación el conflicto se da con las obligaciones emanadas de unas normas morales muy concretas, las normas específicamente religiosas¹²⁹⁰.

La norma jurídica como tal es aquella que es vigente. En caso contrario no sería necesario cumplirla y no serían sus obligaciones objetables, y ha emanado de una autoridad legítimamente investida para originar la norma de que se trate (un gobierno, un ayuntamiento, los agentes sociales en la negociación colectiva, un empresario en el contexto del contrato de trabajo y dentro del ejercicio regular de su poder de dirección, etc.)¹²⁹¹ y que está reforzada por un poder coercitivo para el caso de que dicha norma no sea respetada¹²⁹². En un Estado democrático, el ciudadano sometido a la obligación

que su incumplimiento llevará consigo". Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Experiencias jurídicas...*, op. cit., p. 39.

¹²⁸⁹ Dejando al margen las normas morales, y centrándonos en las normas religiosas, por ejemplo, en el caso de las leyes religiosas islámicas se da una interesante diferenciación. Así, la *sharia* gradúa la conducta de la persona en una serie de categorías según su carácter obligacional. Se castiga al musulmán que incumple preceptos obligatorios o realiza conductas prohibidas. Al mismo tiempo, se recompensa el cumplimiento de los obligatorios y los recomendados. No es castigado el incumplimiento de las conductas señaladas como recomendadas, como tampoco la realización de conductas censuradas, que están desaconsejadas. La última categoría está formada por la realización de los actos denominados indiferentes, cuya ejecución queda a la voluntad del fiel y no conllevan ninguna consecuencia religiosa desde un punto de vista prescriptivo. Díez DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., p. 491.

¹²⁹⁰ La moral puede definirse como aquel "conjunto de reglas, que son valorativas de la conducta individual y sirven de guía de la misma, que se basan en tradiciones del grupo social (mores, etimológicamente son las costumbres) y a las que con frecuencia se encuentra un fundamento religioso o teológico". Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Experiencias jurídicas y teoría...*, op. cit., p. 46. Sobre dicha definición el autor aclara que "moral y Derecho no pueden confundirse, pero tampoco pueden separarse a ultranza".

¹²⁹¹ La legitimidad jurídica, que no política o moral, de la norma es muy relevante para que sea apta para ser cumplida por sus destinatarios en un Estado democrático de Derecho: "Si bien el derecho positivo exige sólo una conducta legal, debe ser no obstante legítimo: aunque deja el arbitrio de cada uno de los motivos de la obediencia del derecho, éste debe estar creado de tal manera que en todo tiempo pueda ser obedecido por los destinatarios también por respeto a la ley". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 202.

¹²⁹² "Las normas específicamente jurídicas son las sostenidas por un tipo determinado de autoridad y para cuya contravención están prescritas - también por normas jurídicas - sanciones específicas". CAPELLA HERNÁNDEZ: *Elementos de análisis...*, op. cit., p. 79. Tal y como apunta HABERMAS, entre otras características, el Derecho moderno es un derecho coactivo "porque está sancionado estatalmente y se extiende solamente a conductas legales o conformes a reglas: por ejemplo, puede dejar al arbitrio de cada uno la práctica de una religión, pero no puede prescribir convicción alguna". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 202. Sobre las características de la norma jurídica vid. ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 32-45. Como es sabido, en el mismo sentido se expresan las tesis kelsenianas: "Una altra característica comuna dels ordres socials qualificats com a dret és el fet que són ordres coactius en el sentit que reaccionen davant d'unes circumstàncies determinades considerades com a indesitjables, per tal com són socialment perjudicials, particularment davant d'un capteniment humà d'aquesta mena, amb un acte coactiu, és a dir, amb un mal - com ara el fet de llevar la vida, la salut, la llibertat, uns béns econòmics i també d'altres béns -, un mal que ha de ser infligit a aquell qui és afectat per això fins i tot contra la seva voluntat, si és necessari amb l'ús de la violència física, és a dir, d'una manera coactiva". KELSEN: *Teoría pura...*, op. cit., Vol. I, pp. 78-79. Para Bobbio "los juristas entienden por derecho un conjunto de reglas de la conducta humana caracterizadas por el hecho de que, en caso de

jurídica habrá participado de un modo u otro en la génesis de la ley cuyo cumplimiento ha de llevar a cabo, siguiendo los procedimientos establecidos para ello; y al mismo tiempo, deberá respetar aquellos derechos que son inherentes a todo ser humano, por el simple hecho de ser persona¹²⁹³. Desde un punto de vista positivista se podría afirmar que "*the law of a community is a set of special rules used by a community directly or indirectly for the purpose of determining which behavior will be punished or coerced by the public power. These especial rules can be identified and distinguished by specific criteria, by tests having to do not with their content but with their pedigree or the manner in which they were adopted or developed. These tests of pedigree can be used to distinguish valid legal rules from spurious legal rules (rules which lawyers and litigants wrongly argue are rules of law) and also from other sorts of social rules (generally lumped together as «moral rules») that the community follows but does not enforce through public power*"¹²⁹⁴.

En puridad el conflicto no surge directamente entre dos normas; sino entre una obligación jurídica nacida de una norma de la misma naturaleza y una obligación religiosa incompatible, que puede tener la forma de prohibición o encaminada a realizar alguna conducta en el sentido contrario al preceptuado por la norma jurídica (un hacer o no hacer)¹²⁹⁵. La obligación jurídica puede surgir de una ley tributaria; o de un contrato privado, como puede nacer del contrato de trabajo; es decir, de cualquier fuente de

violación, se las hace valer por la fuerza. Deriva de aquí que la obligación jurídica significa el deber de obrar en conformidad con una regla que prevé una consecuencia perjudicial en caso de violación; el derecho subjetivo significa el poder de constreñir directa o indirectamente a aquel que está obligado; y se dice que en un orden jurídico existe de hecho cuando el conjunto de reglas viene establecido por un poder que dispone de una fuerza suficiente para obtener su respecto (principio de eficacia). Toda regla de conducta atribuye facultades, poderes y deberes; pero solo la regla de conducta de carácter jurídico, según el uso lingüístico de los juristas, atribuye facultades, poderes y deberes garantizados por un poder coactivo organizado". BOBBIO: Iusnaturalismo y positivismo..., op. cit., p. 156.

¹²⁹³ "Todo ser racional, como fin en sí mismo, habría de poder considerarse al mismo tiempo como legislador universal con respecto a todas las leyes a las que pueda verse sometido, porque justamente esa pertenencia de sus máximas para con una legislación universal es lo que le distingue como fin en sí mismo, e igualmente esta dignidad (prerrogativa) suya por encima de todos los seres simplemente naturales comporta que siempre haya de adoptar sus máximas desde su propio punto de vista, pero al mismo tiempo haya de asumir también el punto de vista de cualesquiera otros seres racionales como legisladores (a los que por eso se les llama también personas". KANT: *Fundamentación para una metafísica...*, op. cit., p. 128. En opinión de HABERMAS: "La persona moralmente libre tiene que poder comprenderse al mismo tiempo como autora de los mandamientos morales bajo cuyo mandato se encuentra como destinatario. A su vez, esto sólo es posible si la competencia legislativa en la que él meramente «tiene participación» no es ejercida arbitrariamente (en el sentido de una comprensión positivista del derecho), sino de acuerdo con la constitución de una comunidad cuyos ciudadanos se rigen a sí mismos. Y en ella sólo pueden imperar aquellas leyes que hubieran podido acordar «cada uno sobre todos y todos sobre cada uno»". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 61.

¹²⁹⁴ DWORKIN, Ronald: *Taking rights seriously*. 7ª impresión. Londres: Gerald Duckworth & Co, 1994, p. 17. El autor define los postulados tradicionales del positivismo, aunque sea para criticarlos posteriormente. Asimismo, explica las diferencias existentes entre las normas jurídicas y las que el autor denomina "normas sociales" (pp. 48 y siguientes).

¹²⁹⁵ Un ejemplo de obligación religiosa de hacer nacida de una norma de la misma naturaleza se puede observar en el siguiente fragmento: "Si una persona que es troba en una necessitat demana a una altra persona que l'ajudi, el sentit subjectiu de la seva exigència és que l'altra té l'obligació de prestar-li ajut. Nogensmenys, en aquest cas existeix només una norma vàlida, una norma que obligui l'altra persona, quan és vàlida la norma general de l'amor al proïsme, la norma establerta, per exemple, pel fundador d'una religió; alhora, aquesta norma és vàlida com a norma objectivament obligatòria només quan pressuposa que hom ha de captenir-se de la manera com ho ha manat el fundador d'aquesta religió". KELSEN *Teoria pura...*, op. cit., Vol. I, p. 47.

obligaciones reconocida por el Derecho. Asimismo, la obligación religiosa surgirá del conjunto de creencias y convicciones del creyente (que pueden ser el reflejo de una norma religiosa o sagrada, o no), que a su vez es el destinatario de la norma jurídica.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ ha afirmado que la colisión entre norma de conciencia y norma jurídica se puede producir por dos causas: 1) el ordenamiento jurídico tipifica como obligatorio lo que la conciencia considera prohibido; o a la inversa, la norma jurídica tipifica como prohibido lo obligado por la convicción; 2) el ordenamiento jurídico de la comunidad impone innecesariamente obligaciones o prohibiciones de conductas que la conciencia considera personalísimas, y cuyas consecuencias no afectan negativamente a la libertad de los demás. Lo que la propia conciencia considera libre el ordenamiento jurídico lo considera prohibido u obligatorio. En el primer supuesto habría contradicción entre norma de conciencia y norma jurídica, y en el segundo mera discordancia entre lo libre en conciencia y un imperativo jurídico¹²⁹⁶. No obstante, ha de discreparse de dicho aserto. De la norma jurídica emana una obligación, que será de hacer o no hacer; lo mismo ocurrirá con la norma moral (o de conciencia, como la denomina el autor). Por lo tanto, en el primer supuesto, en puridad existirá contradicción entre obligación jurídica y obligación moral. En el segundo supuesto se introduce un concepto que se puede considerar extrajurídico, de política u oportunidad legislativa, como es el de "necesidad" de imposición de obligaciones jurídicas (la prohibición es también una obligación jurídica de no hacer, de abstenerse, de conducta omisiva); cuando jurídicamente hablando se podría examinar como mucho la vigencia o la legitimidad formal (incluso la constitucionalidad)¹²⁹⁷, entre otros aspectos, de las normas jurídicas de que emanan las obligaciones que regulan un ámbito personalísimo del individuo. "*Lo que la propia conciencia considere libre*" dependerá de las normas morales de cada individuo. Por lo tanto, si dichas normas morales colisionan con las obligaciones jurídicas que intentan regular el ámbito personalísimo del individuo, se podrá discutir si son ajustadas a

¹²⁹⁶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: *Derecho de la libertad de conciencia*. Vol. II. 3ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2007, p. 342. No obstante, ha de discreparse de dicho aserto. De la norma jurídica emana una obligación, que será de hacer o no hacer; lo mismo ocurrirá con la norma moral (o de conciencia, como la denomina el autor). Por lo tanto, en el primer supuesto, en puridad existirá contradicción entre obligación jurídica y obligación moral. En el segundo supuesto se introduce un concepto que se pueda considerar extrajurídico, de política u oportunidad legislativa, como es el de "necesidad" de imposición de obligaciones jurídicas (la prohibición es también una obligación jurídica de no hacer, de abstenerse, de conducta omisiva); cuando jurídicamente hablando se podría examinar como mucho la legitimidad formal o la vigencia (incluso la constitucionalidad) entre otros aspectos de las normas jurídicas de las cuales emanan las obligaciones que regulan un ámbito personalísimo del individuo. "*Lo que la propia conciencia considere libre*" dependerá de las normas morales de cada individuo. Por lo tanto, si dichas normas morales colisionan con las obligaciones jurídicas que intentan regular el ámbito personalísimo del individuo, se podrá discutir si son ajustadas a Derecho o a la Constitución, pero resulta patente que no habrá una mera discordancia, sino una auténtica contradicción como en el primer supuesto expuesto por el autor.

¹²⁹⁷ "*Consideramos la validez de una norma jurídica como equivalente a la explicación de que el Estado garantiza al mismo tiempo la aplicación fáctica del derecho y la creación legítima del derecho. Esto es, que el Estado garantiza, por un lado, la legalidad de la conducta en el sentido de un cumplimiento generalizado de las normas, que si es necesario es impuesto por medio de sanciones, así como, por otro lado, la legitimidad de la regla misma, que tiene que hacer posible en todo momento el seguimiento de las normas por respeto a la ley*". HABERMAS: *La inclusión...*, op. cit., p. 249. Sobre legitimidad y eficacia, y validez y eficacia, vid. KELSEN, Hans: *Teoría pura...*, op. cit., Vol. II, pp. 29-39.

Derecho o a la Constitución, pero resulta patente que no habrá una mera discordancia, sino una auténtica contradicción como en el primer supuesto expuesto por el autor.

En todo caso está claro que el conflicto surge cuando hay que “*optar entre el deber de obediencia que impone la norma legal (con base a la conciencia común) y el deber de resistirla que reclama la normal moral (radicada en la conciencia singular)*”¹²⁹⁸. Por poco que se vaya más allá de los dogmas del positivismo jurídico más extremo, es fácil constatar que la presunta neutralidad del Estado que pueda calificarse de democrático se limita a aquellos valores que de forma patente no son compartidos por todos los ciudadanos, como son las convicciones religiosas o la ideología política; e incluso sobre todo en relación a la segunda se deberían realizar matizaciones que excederían el objeto de la presente investigación. No obstante, tanto la Constitución como las leyes contienen unos valores mínimos comúnmente aceptados en determinada sociedad democrática¹²⁹⁹. Así, el Estado tampoco es realmente neutral, sino que sus actuaciones se ajustan a dichos valores contenidos en las leyes, de acuerdo con el art. 9.1 CE en el caso español. Además, los derechos fundamentales y los derechos humanos (la libertad religiosa se encuadra sin dificultades en ambos conceptos y sin perjuicio del criterio hermenéutico contenido en el art. 10.2 CE), también son la expresión de valores comúnmente aceptados. Los derechos fundamentales son aceptados por la comunidad política que se ha dado la Norma Fundamental; y los derechos humanos son valores compartidos por la comunidad internacional, donde España juega un papel relevante desde la Transición política y el establecimiento de un régimen democrático¹³⁰⁰.

De hecho, a veces los valores de los derechos fundamentales y los valores de los derechos humanos son compartidos por las normas religiosas¹³⁰¹, como ha ocurrido con

¹²⁹⁸ NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia...*, op. cit., p. 31.

¹²⁹⁹ “*While there is a sense in which law reflects some kind of moral consensus of society, it does not by any means follow that for the average individual the question of legality is synonymous with morality. In a free democratic society, laws are necessarily rooted in the concept of limited government or a limited state and a large measure of personal or individual freedom*”. El autor añade: “*to be sure, laws are based upon some form of consensual morality in the regulation of human behavior, but laws not, and cannot be, the final arbiter of morality*”. WOOD: “Religion, morality...”, en AAVV: *Problems and conflicts...*, op. cit., pp.20-21.

¹³⁰⁰ En relación al art. 10.2 CE, la STC 62/1982, de 15 octubre (BOE 17 de noviembre de 1982), afirma que “*de acuerdo con este precepto, la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España*” (Fundamento Jurídico Segundo).

¹³⁰¹ Sobre la interacción entre religión y derechos humanos se ha afirmado: “*It is difficult to separate religion and human rights, because they both not only operate on the same moral plane of justification, but also overlap and interact in content. Both normative systems are premised on the same moral precepts of human relations, and while believers are moved to uphold human rights norms out of religious conviction, the protection of the right to hold and act on those convictions is integral to the fundamental concept of human rights*”. AN-NA’IM, Abdullahi A.: “Islamic foundations of religious human rights”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Religious perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, pp. 338-339. Ciertamente, tanto las normas religiosas como los derechos fundamentales operan simultáneamente en la dimensión moral y en un determinado ámbito de la realidad social. Ahora bien, que exista una coincidencia en la operatividad en los dos planos antedichos no significa que encuentren su anclaje en fundamentos morales idénticos, ni mucho menos. El autor es partidario de encontrar un fundamento común, pero en muchas ocasiones no existirá, porque cada tipología de norma (según sea religiosa o jurídica) tiene fuentes de legitimación distintas. Tal coincidencia ocurre en aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales no existe diferenciación entre norma

la libertad religiosa y la objeción de conciencia en relación a la Iglesia Católica después del Concilio Vaticano II¹³⁰², o la prohibición de coacción por razón de religión recogida en el Corán, cuya Sura 2, 256 es del siguiente tenor: "*Ya aclarada la diferencia entre el camino de la salvación y el de la perdición, no cabe coacción en materia de religión. Quien repudie, pues, las deidades y crea en Dios, se habrá aferrado a la fe firme e inquebrantable. Dios lo oye y lo conoce todo*". Así, la coincidencia parcial de los valores contenidos en los preceptos religiosos y en las normas jurídicas constituye un fenómeno normal y comprensible, ya que buena parte de los derechos y reglas de comportamiento tienen un origen religioso, no surgen de la nada y su eclosión es un producto histórico, un fruto del devenir civilizatorio¹³⁰³; y es evidente que una buena parte de los sistemas

religiosa y norma jurídica, como ocurre en un gran número de países de religión musulmana, especialmente donde existen teocracias; o cuando se busca la justificación de toda norma jurídica en el controvertido Derecho natural. Es más, el ordenamiento secular del que surgen los derechos humanos se basa en la voluntad humana; en cambio los ordenamientos religiosos se basan en un origen cualitativamente diferente, cual es la voluntad divina: "*Los sistemas jurídicos seculares tienen su fundamento último en la voluntad de los hombres y se orientan a garantizar el bien de la sociedad; los ordenamientos religiosos se fundan en la voluntad divina e intentan en primer lugar realizar el plan de Dios sobre los hombres, y así conseguir la felicidad individual y colectiva de todos los seres humanos*". FERRARI: *El espíritu de los derechos...*, op. cit., p. 301. Los fundamentos son distintos, aunque los fines puedan coincidir.

¹³⁰² La Constitución Pastoral *Gaudium et spes* de 7 de diciembre de 1965 sobre la Iglesia en el mundo actual trata de la dignidad de la conciencia moral: "*En lo más profundo de su conciencia descubre el hombre la existencia de una ley que él no se dicta a sí mismo, pero a la cual debe obedecer, y cuya voz resuena, cuando es necesario, en los oídos de su corazón, advirtiéndole que debe amar y practicar el bien y que debe evitar el mal: haz esto, evita aquello. Porque el hombre tiene una ley escrita por Dios en su corazón, en cuya obediencia consiste la dignidad humana y por la cual será juzgado personalmente*". Y se añade ulteriormente: "*La fidelidad a esta conciencia une a los cristianos con los demás hombres para buscar la verdad y resolver con acierto los numerosos problemas morales que se presentan al individuo y a la sociedad. Cuanto mayor es el predominio de la recta conciencia, tanto mayor seguridad tienen las personas y las sociedades para apartarse del ciego capricho y para someterse a las normas objetivas de la moralidad. No rara vez, sin embargo, ocurre que yerra la conciencia por ignorancia invencible, sin que ello suponga la pérdida de su dignidad. Cosa que no puede afirmarse cuando el hombre se despreocupa de buscar la verdad y el bien y la conciencia se va progresivamente entenebreciendo por el hábito del pecado*" (16). Hay que permitir a la persona que pueda desarrollar su vida diaria de acuerdo con su conciencia: "*Crece al mismo tiempo la conciencia de la excelsa dignidad de la persona humana, de su superioridad sobre las cosas y de sus derechos y deberes universales e inviolables. Es, pues, necesario que se facilite al hombre todo lo que éste necesita para vivir una vida verdaderamente humana, como son el alimento, el vestido, la vivienda, el derecho a la libre elección de estado ya fundar una familia, a la educación, al trabajo, a la buena fama, al respeto, a una adecuada información, a obrar de acuerdo con la norma recta de su conciencia, a la protección de la vida privada y a la justa libertad también en materia religiosa*" (27). En el Decreto *Dignitatis humanae*, aprobado en fecha 7 de diciembre de 1965, también se hace referencia a la conducta del creyente, que ha de seguir los postulados de su conciencia: "*El hombre percibe y reconoce por medio de su conciencia los dictámenes de la ley divina; conciencia que tiene obligación de seguir fielmente, en toda su actividad, para llegar a Dios, que es su fin. Por tanto, no se le puede forzar a obrar contra su conciencia. Ni tampoco se le puede impedir que obre según su conciencia, principalmente en materia religiosa. Porque el ejercicio de la religión, por su propia índole, consiste, sobre todo, en los actos internos voluntarios y libres, por los que el hombre se relaciona directamente a Dios: actos de este género no pueden ser mandados ni prohibidos por una potestad meramente humana. Y la misma naturaleza social del hombre exige que éste manifieste externamente los actos internos de religión, que se comunique con otros en materia religiosa, que profese su religión de forma comunitaria*" (3).

¹³⁰³ "*Parlem una llengua que no hem fet; ens servim d'instruments que no hem inventat; invoquem drets que no hem instituit; a cada generació es transmet un tresor de coneixements sense que l'hagi amassat ella mateixa, etc. És a la societat que devem aquests béns variats de la civilització, i*

filosóficos y los religiosos comparten asimismo algunos valores, aunque muchas veces interpretados de diferente forma y que han seguido evoluciones distintas, pero han ido a parar finalmente al mismo punto¹³⁰⁴.

Es más, algunos estudios antropológicos han demostrado que en un gran número de culturas la religión y el Derecho no sólo comparten valores, sino que a veces comparten otros elementos cardinales, como son los siguientes¹³⁰⁵:

- 1) Ritual: procedimientos ceremoniales que simbolizan la objetividad de la ley.
- 2) Tradición: el lenguaje y las prácticas jurídicas se reiteran en el tiempo, lo que simboliza la continuidad del Derecho.
- 3) Autoridad: confianza sobre las fuentes legales tanto orales como escritas que son consideradas decisivas en sí mismas y que simbolizan la conexión entre poder y Derecho.
- 4) Universalidad: el Derecho abraza conceptos universalmente válidos o concepciones que simbolizan la conexión del Derecho con una verdad omnicomprensiva.

La cuestión es que para muchos ciudadanos el Derecho, como conjunto sistemático de normas que prescriben qué hay que hacer y cuándo hay que abstenerse, no se agota en la ley secular¹³⁰⁶. Por tal razón, la objeción de conciencia es una figura jurídica que tiene

si generalment no veiem de quina font els obtenim, almenys sabem que no són obra nostra". DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., p. 229.

¹³⁰⁴ El concepto de Derecho natural, se acepte o no, parte en la actualidad del hecho innegable que varias tradiciones religiosas comparten frecuentemente unos mismos valores. En dicho sentido, y a modo de ejemplo, se puede consultar el documento titulado "*En búsqueda de una ética universal: nueva perspectiva sobre la Ley natural*". Dicha temática fue propuesta a la Comisión Teológica Internacional para su estudio. Se formó una Subcomisión para preparar esta materia y la discusión general tuvo lugar con ocasión de las sesiones plenarias de la misma Comisión Teológica Internacional en Roma, en octubre de 2006 y 2007, y en diciembre de 2008. En dicho documento se puede leer: "*En las diversas culturas los hombres han elaborado y desarrollado de manera progresiva tradiciones sapienciales en las que expresan y transmiten su visión del mundo, así como su percepción refleja del lugar que ocupa el hombre en la sociedad y en el cosmos. Antes de cualquier teorización conceptual, estas sabidurías, que suelen ser de naturaleza religiosa, son el vehículo de una experiencia que identifica lo que favorece o lo que impide el pleno desarrollo de la vida personal y la buena marcha de la vida social. Constituyen una especie de «capital cultural» disponible para la investigación de una sabiduría común necesaria para responder a los desafíos éticos contemporáneos (...). La forma y extensión de estas tradiciones pueden variar considerablemente. Atestiguan nada menos que la existencia de un patrimonio de valores morales comunes a todos los hombres, sea cual sea el modo en que estos valores son justificados dentro de una particular visión del mundo (...). Por otra parte, coinciden de manera general en reconocer que las grandes normas éticas no se imponen solamente a un grupo humano determinado, sino que tienen valor de manera universal para cada individuo y para todos los pueblos. Finalmente, muchas tradiciones reconocen que estos comportamientos morales universales son requeridos por la naturaleza misma del hombre: expresa el modo en el que el hombre se debe situar de forma creativa a la vez que armónica en un orden cósmico o metafísico que le supera y da sentido a su vida. Este orden está impregnado de una sabiduría inmanente. Contiene un mensaje moral que los hombres son capaces de descifrar*" (12).

¹³⁰⁵ BERMAN: *The interaction of law...*, op. cit., pp. 25 y 31.

¹³⁰⁶ "La relación entre la libertad de conciencia y el Derecho puede ser pacífica porque, para muchos ciudadanos, el Derecho no se agota en la ley. La imperatividad formal y la eficacia vinculante de las normas religiosas (o morales) y civiles, al radicar en diferente fundamento. Aumenta las posibilidades de que los deberes cívicos acaben colisionando con los deberes de conciencia". VEGA GUTIÉRREZ, Ana M^ª: "Objeciones de conciencia y libertades educativas: los conflictos de conciencia ocasionados por determinados contenidos curriculares", en AAVV:

como elemento caracterizador su capacidad de señalar o poner de manifiesto en qué ámbito de la realidad social la interacción entre Derecho y moral es más fuerte, el concreto lugar donde colisionan. Aplicando aquí un símil geológico, la objeción de conciencia localiza sobre el mapa social en qué puntos existen fallas capaces de provocar movimientos sísmicos (conflictos entre norma jurídica y norma religiosa)¹³⁰⁷ y el análisis de dichos conflictos podrá indicar al jurista qué intensidad pueden alcanzar las tensiones entre Derecho y religión¹³⁰⁸. Por ejemplo, la intensidad del conflicto provocado en materia de aborto entre normativa sanitaria y convicciones religiosas, cuando no existía la posibilidad legal de objetar era ciertamente más alta que el conflicto provocado a los trabajadores por no poder librar un determinado día a la semana por la misma tipología de convicciones.

Como se ha visto, las normas jurídicas suponen la positivación de un orden moral colectivo, y por lo tanto prima siempre la moral de las clases sociales que detentan tradicionalmente la facultad de confeccionar normas jurídicas y, por lo tanto, también tendrán influencia en la génesis de las normas jurídicas aquellas religiones que hayan detentado el monopolio en un país determinado. En un Estado democrático las normas suelen contener los postulados comúnmente aceptados¹³⁰⁹, aunque lógicamente la neutralidad del Estado en materia religiosa no significa que las normas positivadas estén exentas de cualquier contenido aséptico desde un punto de vista religioso, ya que el proceso secularizador seguido en Europa no ha tenido la consecuencia de borrar todo rastro de origen religioso que pudiera existir en la legislación, cosa del todo imposible al tratarse de un poso cultural conformado durante un lapso de muchos siglos. En el caso español resulta patente que durante siglos la Iglesia Católica ha influido en la confección de las normas jurídicas, especialmente durante el franquismo y frecuentemente en

Opciones de conciencia. Propuestas para una ley. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 327.

¹³⁰⁷ "La libertad de conciencia se manifiesta en la vida jurídica mediante el planteamiento de objeciones. Es decir, sólo cuando un sujeto obligado legalmente a la prestación de una conducta, se opone a prestarla por motivos morales. Existiendo coincidencia entre el deber moral y el legal, no resultará posible saber la motivación del sujeto. En cualquier caso, conociéndola no dará lugar a conflictos jurídicos". ROCA FERNÁNDEZ: *La declaración de la propia...*, op. cit., p. 347. Obviamente lo óptimo es que las convicciones personales de los ciudadanos (religiosas o no) coincidan con el significado de las normas jurídicas que han de cumplir; pero ello sólo es posible en un sentido ideal. En la sociedad plural el conflicto es inevitable, razonable, y no necesariamente indeseable, pues ayuda a indicar dónde puede fallar la participación democrática, o dónde es débil el ordenamiento a la hora de ayudar a conseguir una sociedad inclusiva para las minorías.

¹³⁰⁸ Unas tensiones que no tienen por qué verse como necesariamente negativas: "The tensions between law and religion help to preserve each from swallowing up the other. Religion, by standing outside the law, helps to prevent it from becoming deified: prophetic religion - and its offspring, prophetic ideology - are necessary safeguards against a Caesaro-Papism which would demand that the existing legal order be not merely respected but also worshiped. Conversely, law, by its secularity and by its withdrawal from religion, leaves religion free to develop in its own way, and thus helps it to avoid legalization and ultimately petrification; so long as the regulation of social life is seen to be within the province of the state alone, the church can avoid the temptation of being transformed into a political organization, and at the same time its practices and creeds, lacking legal institutionalization, are in less danger of becoming objects of idolatry". BERMAN: *The interaction of law...*, op. cit., p. 136.

¹³⁰⁹ "Toda norma expresa un contenido de voluntad, que puede ser la voluntad de un príncipe o de un monarca absoluto, la voluntad de un jefe, de un partido político, de una clase social dominante o, en los Estados democráticos modernos, donde se estima que el pueblo participa de algún modo en la creación de los textos legislativos, de una «voluntad del pueblo» o «voluntad del Estado»". DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Experiencias jurídicas...*, op. cit., pp. 39-40.

materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (el Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 es un paradigma de dicha influencia)¹³¹⁰, por lo que de un modo u otro la huella de dicha influencia se encuentra en las normas jurídicas posteriores a la transición democrática. Es del todo imposible que la moralidad dominante en un país durante siglos no tenga influencia alguna en un producto humano como es la legislación¹³¹¹. Como el Tribunal Constitucional es consciente de tal influencia, ha creado una doctrina hermenéutica para tales supuestos, que se puede apreciar en su jurisprudencia inicial, por ejemplo en su STC 62/1982 de 15 octubre (BOE 17 de noviembre de 1982): "*Debe recordarse que, como ha declarado ya este Tribunal en reiteradas ocasiones, las normas preconstitucionales han de interpretarse de conformidad con la Constitución, por lo que cualquiera que fuera el concepto de moral que tomara en consideración el legislador anterior, es lo cierto que con posterioridad hay que partir de los principios, valores y derechos consagrados en la misma*" (Fundamento Jurídico Tercero).

Tal apreciación es de gran interés para el presente estudio, pues si en una norma jurídica laboral existen trazas de la moral sostenida por la Iglesia Católica, a un trabajador católico no le supondrá ningún problema cumplir con una ley que, por ejemplo, prescriba el domingo como día por defecto de descanso semanal. En tal caso, coincidirá su código moral de origen religioso con el precepto jurídico¹³¹². Por un lado, la ley se asegurará un mayor seguimiento por los trabajadores católicos. Pero por otro lado, y como contrapartida, padecerá de forma ostensible el carácter de neutralidad del Estado en materia religiosa (art. 16.3 CE); y cuanto más plural sea la sociedad española, mayor riesgo de conflicto jurídico existirá. Naturalmente, se deja al margen en el presente estudio la vertiente que corresponde a la ciencia política; es decir, aquí no se entra a discutir sobre la legitimidad política de una norma de tal tipo¹³¹³, aspecto diferente a la

¹³¹⁰ La Ley de Principios del Movimiento Nacional se hacía eco de tal influencia en el Principio IX, que enunciaba que "*el ideal cristiano de la justicia social, reflejado en el Fuero del Trabajo, inspirará la política y las leyes*".

¹³¹¹ "*The law of every modern state shows at a thousand points the influence of both the accepted social morality and wider moral ideals. These influences enter into law either abruptly and avowedly through legislation, or silently and piecemeal through the judicial process*". HART: *The concept...*, op. cit., pp. 203-204.

¹³¹² Tal coincidencia entre precepto jurídico y religioso, incluida la coincidencia terminológica, es muy habitual en sociedades homogéneas o que se pretenden homogéneas, especialmente en términos religiosos; o en aquellas sociedades democráticamente avanzadas donde se ha conseguido que la mayoría de la población, sin abandonar sus particularismos y sin fenómenos de aculturación, compartan unos valores comunes que han sido trasladados por el legislador a los normas jurídicas, sin que se vulnere el principio de neutralidad del Estado y aprovechando al máximo las oportunidades de inclusión de las personas inmigradas. En cuanto a dicha coincidencia se ha señalado lo siguiente: "*In all societies which have developed a legal system there are, among its non-legal rules, some to which supreme importance is attached, and which in spite of crucial differences have many similarities to its law. Very often the vocabulary of «rights», «obligations», and «duties» used to express the requirements of legal rules is used with the addition of «moral», to express the acts or forbearances required by these rules. In all communities there is a partial overlap in content between legal and moral obligation; though the requirements of legal rules are more specific and are hedged round with more detailed exceptions than their moral counterparts*". HART: *The concept...*, op. cit., pp. 170-171.

¹³¹³ Desde posiciones liberales se ha afirmado: "*Our exercise of political power is fully proper only when it is exercised in accordance with a constitution the essentials of which all citizens as free and equal may reasonably be expected to endorse in the light of principles and ideals acceptable to their common human reason. This is the liberal principle of legitimacy. To this it adds that all questions arising in the legislature that concern or border on constitutional essentials, or basic questions of justice, should also be settled, so far as possible, by principles and ideals that can be*

legitimidad jurídica de una norma (en cuanto a la característica de ser emanada del órgano jurídicamente legitimado para ello y según los cauces legales y procedimentales preestablecidos)¹³¹⁴, ya que habría argumentos enfrentados en los dos sentidos, como es el hecho de que se pudiera afirmar que desde un punto de vista sociológico la mayoría de la población española se declara católica, y así la norma recogería un valor mínimo compartido por la mayoría de la población. En todo caso, una norma jurídica emanada de una autoridad legítima, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde un prisma político o moral, otorgará al sistema una mayor estabilidad y probablemente existirá entre sus destinatarios una mayor conciencia de su cumplimiento; un cumplimiento no ya propiciado por miedo a ser sancionado, sino por entender que moralmente lo correcto es cumplir con las normas establecidas¹³¹⁵.

Como las leyes no están exentas de una "carga moral"¹³¹⁶ e ideológica, pues contienen vestigios o un sustrato¹³¹⁷ de la moralidad e ideología de los sujetos que han intervenido

similarly endorsed. Only a political conception of justice that all citizens might be reasonably expected to endorse can serve as a basis of public reason and justification". RAWLS: Political liberalism..., op. cit., p. 137.

¹³¹⁴ Al tratar de la libertad religiosa y el derecho a la objeción de conciencia el jurista puede verse tentado fácilmente a traspasar los límites de la ciencia jurídica, que ha de estudiar ciertamente la legitimidad jurídica de las normas en cuanto, por ejemplo, si han sido creadas siguiendo los cauces formalmente establecidos. Es tarea de la ciencia política, y no de la jurídica, examinar si una norma es legítima desde un punto de vista político. Y otra cuestión distinta es si la norma jurídica es justa o no, ambas opciones perfectamente posibles en un Estado democrático: "*Clearly any feasible political procedure may yield an unjust outcome. In fact, there is no scheme of procedural political rules which guarantees that unjust legislation will not be enacted. In the case of a constitutional regime, or indeed of any political form, the ideal of perfect procedural justice cannot be realized. The best attainable scheme is one of imperfect procedural justice*". RAWLS: *A theory of justice...*, op. cit., p. 198. En una obra posterior el mismo autor fue más allá al introducir su noción de "overlapping consensus": "*The depth of an overlapping consensus requires that its political principles and ideals be founded on a political conception of justice that uses fundamental ideas of society and person as illustrated by justice as fairness. Its breadth goes beyond political instituting democratic procedures to include principles covering the basic structure as a whole; hence its principles also establish certain substantive rights such as liberty of conscience and freedom of thought, as well as fair equal opportunity and principles covering certain essential needs*". RAWLS: *Political liberalism...*, op. cit., p. 164. La noción de "overlapping consensus" no sólo posee puntos fuertes, sino también debilidades: "*El overlapping consensus entre diferentes doctrinas básicas sobre una filosofía común de la civilidad es algo enteramente nuevo en la historia y no muy probado: por tanto, resulta algo inestable. Además, a menudo sospechamos que quienes que quienes tienen diferentes doctrinas básicas no pueden suscribir realmente estos principios, al menos ¡no a nuestra manera! (Porque, como «nosotros» sabemos, «los ateos no pueden tener principios»; o como «nosotros» [distintos de los anteriores] sabemos, «todas las religiones están en contra de la libertad y/o la igualdad»).* El problema es que la democracia realmente pluralista no puede volver a una religión, ni anti-religión civil, por consolador que pudiera ser, sin traicionar sus propios principios. Estamos condenados a vivir en un overlapping consensus". TAYLOR: "Por qué necesitamos...", en AAVV: *El poder de la religión...*, op. cit., pp. 51-52.

¹³¹⁵ "*La autoridad legítima es el medio más adecuado, eficaz y justo de producir y estimular en los destinatarios del Derecho una actitud estable de obediencia a las normas*". FERNÁNDEZ GARCÍA: *La obediencia...*, op. cit., p. 55.

¹³¹⁶ Dicha carga moral es la que provoca la objeción de conciencia al positivarse en norma y derivarse de dicha norma una obligación jurídica que entra en contradicción con la norma moral, que contiene valores contrapuestos: "*The moral weight that often, or always, lies behind the law may be opposed by competing reasons on which moral claims to disobey are based. The reasons give rise to conflicts between morality and the law*". GREENWALT: *Conflicts of law...*, op. cit., pp. 25-26.

¹³¹⁷ "Sustrato" es precisamente el término utilizado por el Tribunal Constitucional en el ATC 359/1985, de 29 mayo. En dicha resolución analiza la naturaleza del Derecho Canónico (y su

en su confección, extremo que es del todo inevitable porque la legislación es fruto de un devenir histórico y de unas circunstancias materiales muy concretas y condicionantes (la teoría marxista al respecto goza de plena vigencia), si coincide el sentido jurídico otorgado por dicha moral positivada con la moral de las personas a las cuales va dirigida dicha ley, las posibilidades de cumplimiento voluntario de la norma serán más elevadas¹³¹⁸. De ahí el especial interés mostrado a lo largo de la historia de los gobernantes para lograr hacer coincidir su moral con las de las leyes y al mismo tiempo con la moral de una población uniforme en lo posible.

Si en una sociedad democrática las leyes recogen los valores mínimos compartidos por la comunidad política, y así será cuanto más perfecta sea dicha democracia (moral compartida como producto cultural)¹³¹⁹, la conclusión lógica de tal razonamiento es la siguiente:

1) Existirán valores que formarán parte de las convicciones de cada uno de los ciudadanos en una sociedad plural, especialmente el de las minorías, que pueden entrar en conflicto con los valores contenidos en las normas jurídicas (precisamente una sociedad plural se caracteriza, entre otros extremos, por la gran riqueza de creencias religiosas existentes, que pueden incluir religiones de nuevo cuño)¹³²⁰. Hay que tener en cuenta que si bien existe un consenso entre las diferentes confesiones religiosas respecto ciertos valores, también es cierto que hay diferencias entre ellas de diverso calado¹³²¹.

estudio en las facultades de Derecho) y, por ende, constata la existencia de trazas ideológicas en las diferentes disciplinas jurídicas: *"Cabría debatir la existencia de inconstitucionalidad por violación del derecho a la libertad religiosa si los Poderes Públicos impusieran a un no creyente el estudio del contenido ideológico, filosófico o dogmático de una determinada confesión. Cabría entonces indagar si esa imposición se hiciera con carácter apologético o con fines de adoctrinamiento. Muy distinto es el supuesto de hecho que ahora nos ocupa. El Derecho Canónico, en cuanto asignatura basada en la explicación e interpretación de un corpus iuris, como es el Código de Derecho Canónico, no es por su misma naturaleza una disciplina de contenido ideológico, con independencia de que se base en un sustrato dogmático o confesional, cual es la doctrina de la Iglesia Católica. De hecho, muchas disciplinas jurídicas se centran en el estudio de textos legales y teorías jurídicas cuyo sustrato ideológico es identificable"* (Fundamento Jurídico Tercero).

¹³¹⁸ *"La integración de los ciudadanos asegura la lealtad a la cultura política común. Ésta echa sus raíces en la interpretación de los principios constitucionales que cada Estado nacional hace desde la perspectiva de su contexto histórico de experiencia y que, por tanto, no puede ser éticamente neutral"*. HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 213.

¹³¹⁹ *"La cultura es siempre un sistema de valores compartidos por una sociedad. Hay valores individuales y valores colectivos, compartidos. Toda cultura consiste en valores compartidos. Las normas jurídicas forman un subconjunto dentro de ella. De ahí que los valores de una persona puedan no coincidir con esos valores compartidos por una sociedad"*. GARCIA GUILLÉN, Diego: *"Historia de la objeción de conciencia"*, en AAVV: *Objeción de conciencia y sanidad*. 1ª edición. Granada: Comares, 2011, p. 40.

¹³²⁰ *"Frente a sociedades tradicionales con un código moral único, con una sola idea de lo bueno, que impregna el marco legal, identificando ambos, lo que podemos constatar en nuestros días es la consolidación de sociedades con códigos diferentes entre los individuos que los conforman y que no pueden ser reflejados a nivel jurídico en su totalidad. Ninguna moral individual puede elevarse, por tanto, a rango legal para ser impuesta al resto de ciudadanos"*. Las leyes deben regular los mínimos que garantizan la convivencia. ALARCOS MARTÍNEZ, Francisco José: *"Aproximación a la objeción de conciencia"*, en AAVV: *Objeción de conciencia y sanidad*. 1ª edición. Granada: Comares, 2011, p. 16.

¹³²¹ *"While there are many striking similarities in certain ethical teachings in the major religions of the world, there are also numerous differences to be found relating to such issues as sexual behavior, the structure of the family, the killing of human beings, the treatment and eating of*

2) Como las democracias son imperfectas, existirán valores que no serán compartidos por un buen número de personas de la población, simplemente porque no representarán ese mínimo más o menos común que caracteriza la democracia (en estos supuestos, las objeciones de conciencia suelen acabar en reforma legislativa e incluso en un cambio de gobierno por ser incapaz de trasladar la voluntad de la mayoría al ámbito legislativo)¹³²².

3) Finalmente existirán valores de los comúnmente compartidos por la comunidad política que conformarán la parte más nuclear de la convivencia en una sociedad democrática, normalmente recogidos de forma expresa en el texto constitucional¹³²³ y en las declaraciones de derechos internacionales, y que no serán compartidos por ciudadanos especialmente impermeables e inflexibles en sus doctrinas. En este último supuesto los conflictos jurídicos serán mucho más graves, pues entre dichos valores mínimos compartidos habrán de incluirse, por ejemplo, los derechos fundamentales y los derechos humanos¹³²⁴; y en lugar de objeciones de conciencia se pueden materializar actos de

animals, acts of violence, and war. These differences appear not only as between the major world religions, but with considerable frequency in the various groupings or subdivisions within each of the major religions". WOOD: "Religion, morality...", en AAVV: *Problems and conflicts...*, op. cit., p. 7.

¹³²² Ya Beccaria en el siglo XVIII advertía de las funestas consecuencias prácticas de imponer normas jurídicas contrarias a la conciencia de los ciudadanos cuando trataba del juramento en el proceso penal: "*Que los juramentos son inútiles lo ha hecho ver la experiencia, pues cada juez puede serme testigo de no haber logrado jamás por este medio que los reos digan la verdad. Lo hace ver la razón que declara inútiles, y por consiguiente dañosas, todas las leyes cuando se oponen a los sentimientos naturales del hombre. Acaece a éstas lo que a las compuertas o diques opuestos directamente a la corriente de un río: o son inmediatamente derribados y sobrepujados o el esfuerzo lento y repetido del agua los roe y mina insensiblemente*". BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas*. 3ª reimpresión. Madrid: Alianza, 2003, pp. 66-67. Con más razón, en un régimen democrático gozará de poco futuro una norma que ha de ser aplicada de forma reiterada contra las conciencias de una mayoría social. El dilema del juramento también provocó que se dictara en los Estados Unidos la célebre sentencia *People vs. Philips*, Court of General Sessions, City of New York, de 14 de junio de 1813, en el que se defendió que un sacerdote católico no podía testificar respecto hechos delictivos conocidos a través de la confesión: "*It cannot therefore, for a moment be believed, that the mild and just principles of the common Law would place the witness in such a dreadful predicament; in such a horrible dilemma, between perjury and false swearing: If he tells the truth he violates his ecclesiastical oath—If he prevaricates he violates his judicial oath—Whether he lies, or whether he testifies the truth he is wicked, and it is impossible for him to act without acting against the laws of rectitude and the light of conscience. The only course is, for the court to declare that he shall not testify or act at all*". Sobre dicho caso puede consultarse NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, op. cit., pp. 126-130.

¹³²³ El Tribunal Constitucional fue muy claro desde sus inicios. Ya en la STC 9/1981, de 31 de marzo (BOE 14 de abril de 1981), explicitaba que la Constitución recogía una serie de valores esenciales que la configuraban como una norma cualitativamente diferente: "*La Constitución es una norma (...), pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el Ordenamiento Jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico*" (Fundamento Jurídico Tercero).

¹³²⁴ HABERMAS considera que los derechos humanos no tienen un origen moral, aunque posean apariencia de normas morales: "*El concepto de derechos humanos no tiene una procedencia moral, sino que representan una acuñación específica del concepto moderno de derechos subjetivos, es decir, de una terminología jurídica. Los derechos humanos poseen originariamente una naturaleza jurídica. Lo que le presta la apariencia de derechos morales no es su contenido y con mayor motivo tampoco su estructura, sino su sentido de validez que trasciende los ordenamientos jurídicos de los Estados nacionales*". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 175. Para el autor la confusión proviene de que los derechos fundamentales están provistos de una validez universal que provoca que puedan ser fundamentados exclusivamente desde el punto de vista moral. No obstante, dicha característica no despoja a los derechos fundamentales de su cualidad jurídica: "*Las normas jurídicas - en el sentido moderno del derecho positivo - mantienen*

desobediencia civil¹³²⁵. Y si las convicciones de algunos ciudadanos entran en conflicto con tales valores difícilmente el ordenamiento jurídico podrá responder con otras medidas que no sean las puramente coercitivas (fenómeno que es conceptualizado como objeción de conciencia *contra legem*). En este último supuesto hay que insertar los fanatismos, en relación a los cuales el ordenamiento jurídico no puede transigir sin que su autoridad se desmorone de forma irremediable, o la cohesión social y la convivencia se vean afectadas de forma insoportable.

Por lo tanto, ni es admisible la objeción de conciencia cuando se pretende enfrentar a la obligación jurídica unas convicciones religiosas contrarias a los derechos fundamentales como sustentadores de unos valores universales¹³²⁶ o vulneradores de la dignidad humana (recuérdese el contenido del art. 10.1 CE). Ni tampoco será aceptable la objeción de conciencia cuando se base en meras opiniones, no en verdaderas convicciones religiosas (de ahí la importancia de que el sostenimiento real de dichas convicciones sea sincero); o cuando simplemente se considere injusta la ley de la cual proviene la obligación que se pretenden desobedecer (como ocurre por ejemplo en el caso de la desobediencia civil), sin que concurren ulteriores elementos cualitativos¹³²⁷.

Por el contrario, la experiencia histórica demuestra que la adaptación de la legislación y las obligaciones a la conciencia de los ciudadanos, con los instrumentos jurídicos que sean más adecuados (según la tradición jurídica de cada país y las circunstancias concretas), siempre y cuando no se dejen sin contenido o se violen aquellos valores que sean comunes y que realmente cimenten la sociedad de que se trate (por ejemplo, el derecho a la integridad física), no conlleva una situación de anarquía o la desobediencia generalizada o caprichosa de las leyes de aplicación general¹³²⁸. Estados Unidos ha

su juricidad, y, de igual modo, su pretensión de legitimidad puede ser fundamentada con la ayuda de cualquier clase de razones, ya que ese carácter se debe a su estructura, no a su contenido. Y según su estructura, los derechos humanos son derechos subjetivos reclamables que tienen precisamente el sentido de descargar a las personas jurídicas de los preceptos morales bien determinados concediendo a los actores espacios legales para las acciones guiadas por sus propias preferencias" (pp. 176-177).

¹³²⁵ Sobre una teoría ya clásica sobre la desobediencia civil puede consultarse RAWLS, John: *A theory of justice...*, op. cit., pp. 363 y siguientes.

¹³²⁶ Como señala la STC 21/1981 de 15 de junio (BOE 7 de julio de 1981) y en relación a los derechos humanos: "*los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico*" (Fundamento Jurídico Décimo).

¹³²⁷ "*Yet majorities (or coalitions of minorities) are bound to make mistakes, if not from a lack of knowledge and judgment, then as a result of partial and self-interested views. Nevertheless, our natural duty to uphold just institutions bind us to comply with unjust laws and policies, or at least not to oppose them by illegal means as long as they do not exceed certain limits of injustice. Being required to support a just constitution, we must go along with one of its essential principles, that of majority rule*". RAWLS: *A theory of justice...*, op. cit., p. 354. La objeción de conciencia es un instrumento excepcional cuando no está previsto el supuesto de hecho en una norma constitucional o de naturaleza legal, por lo que la mera discrepancia con el contenido de una norma jurídica no justifica su incumplimiento, pues lo contrario no sólo extendería un ilimitado manto de inseguridad jurídica, sino que se pondría en entre dicho el sistema democrático y el valor de las mayorías políticas.

¹³²⁸ Una crítica de este estilo parece rezumar de uno de los dos votos particulares de la STC 145/2015, de 25 de junio (BOE 31 de julio de 2015): "*Hoy es la dispensación de la píldora anticonceptiva, mañana podrán ser la vacunación obligatoria, o la obligación tributaria, o un largo etcétera, los supuestos afectados por la negativa a cumplir el correspondiente deber jurídico*

compatibilizado en lo posible (ningún sistema jurídico es perfecto), la conciencia de sus ciudadanos con el mantenimiento secular de unos valores comunes que definen la pertenencia de los ciudadanos de cada país¹³²⁹. Así, ha eximido de alistarse al ejército a un gran número de ciudadanos por razones de conciencia, o no ha dudado en adaptar los puestos de trabajo a las convicciones religiosas cuando ha sido posible y de acuerdo con ciertos límites y parámetros. Y todo ello unido a un progreso por todos conocido y sin atisbos de anarquía o desobediencia generalizada a las leyes; o como mínimo no en un grado superior al del resto de países occidentales. No parece que ni el ejército estadounidense, ni la economía del país se hayan visto debilitados en demasía por las citadas exenciones en el ámbito militar o laboral¹³³⁰.

apelando al derecho a la objeción de conciencia, conformado a voluntad de quien esgrime la objeción, sin necesidad de una previsión legal al respecto". En Estados Unidos se han enjuiciado supuestos bastante más radicales y normalmente nadie se ha rasgado las vestiduras. Por ejemplo, en el caso *United States v. Lee*, 455 US 252 (1982) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó una sentencia en la que se examina un supuesto en el que un empresario miembro de la *Old Order Amish* se negó a retener a sus trabajadores los importes correspondientes a la Seguridad Social por la interpretación que realiza dicha comunidad de una epístola de San Pablo (I Timoteo 5, 8). Pues bien, el Tribunal denegó tal derecho, pero lo consideró con toda seriedad, como trata con total seriedad la misma existencia de los Amish, ciudadanos que precisamente no viven de forma desordenada.

¹³²⁹ Por ejemplo, en plena Guerra Fría y Guerra en Vietnam, es decir, en una época de crisis de valores para la sociedad estadounidense, se escribió lo siguiente (en un ensayo titulado "Religion and belief: the historical background of «non-belief»") respecto a cómo en una sociedad plural, como la norteamericana, personas de diferentes credos o ningún credo debían y de hecho compartían valores comunes: "*Christians can join with non-Christians in discerning the emerging value consensus, in criticizing existing values in terms of the standard of common humanity and personal integrity, and in insisting that values to which societies are already committed be actualized for all social groups. Multiplicity does not mean chaos. This, however imperfectly, has already been shown in America. Effective moral and political action, as in the antiwar movement in the United States today, can be carried out by those with widely different religious motivation*". BELLAH: *Essays on religion...*, op. cit., 228.

¹³³⁰ Obviamente, la sociedad estadounidense también ha ido venciendo sus temores. Por ejemplo, en su momento existió un gran rechazo social contra el mormonismo por su tradicional costumbre de la poligamia. Tal temor fue reflejado en las sentencias de los diversos Tribunales y se extendió a la objeción de conciencia como fuente de desgobierno. Tal idea se puede examinar, a modo de ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictada en el caso *Reynolds v. United States*, 98 US 145 (1878): "*So here, as a law of the organization of society under the exclusive dominion of the United States, it is provided that plural marriages shall not be allowed. Can a man excuse his practices to the contrary because of his religious belief? To permit this would be to make the professed doctrines of religious belief superior to the law of the land, and, in effect, to permit every citizen to become a law unto himself. Government could exist only in name under such circumstances*". Como se puede comprobar, en realidad el problema no es el desgobierno en sí, sino fijar unos límites lo más precisos posibles. En tal caso, habría como límite el orden público, pues la poligamia no sólo estaba tipificada penalmente, sino que quebraba un valor que para la sociedad estadounidense conllevaba unos límites que no se podían traspasar en aquella época (finales del siglo XIX): la monogamia. No sólo está en juego cierta concepción del matrimonio, concepto que evoluciona sin problemas como el tiempo, tal y como se ha demostrado en los países occidentales; sino que el problema radica en los derechos fundamentales de la mujer, porque de hecho el mormonismo sólo permitía que un hombre se casara con más de una mujer, no al revés. Con una mentalidad aún más flexible que la expuesta aquí: NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, op. cit., pp. 179 y siguientes. Un ejemplo contemporáneo de rechazo de la objeción de conciencia se puede encontrar, por ejemplo, en un voto particular de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo norteamericano en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943): "*The essence of the religious freedom guaranteed by our Constitution is therefore this: no religion shall either receive the state's support or incur its hostility. Religion is outside the sphere of political government. This does not mean that all matters on which religious organizations or beliefs may pronounce are outside the sphere of government. Were this*

Ha de constatarse que la "carga moral" de las normas seculares puede mutar más rápido que la de las normas religiosas; puesto que los valores que subyacen en las normas religiosas se hallan fuertemente condensadas en los textos revelados. Lo sagrado es *per se* inmutable, o más bien tiene vocación de permanencia e inmutabilidad, dado su origen sobrenatural¹³³¹. Por lo tanto, dada su vocación de inmutabilidad y permanencia en el tiempo, dichos valores no pueden evolucionar con la misma libertad y facilidad que los valores que inspiran los sistemas jurídicos seculares¹³³². Las normas reveladas por la deidad, y que pueden formar parte de las convicciones morales de los eventuales objetores de conciencia, pueden ser solamente interpretados¹³³³ con un rango de limitaciones muy dispar según cada supuesto y, por lo tanto, en la gran mayoría de casos se obstaculiza su evolución; especialmente si se utiliza el concepto de "canon"¹³³⁴. En todo caso, la reinterpretación de un precepto o máxima a la luz de nuevas circunstancias, a efectos prácticos puede conceptuarse como una nueva regla que, a su vez, puede mutar en parte las convicciones religiosas¹³³⁵.

so, instead of the separation of church and state, there would be the subordination of the state on any matter deemed within the sovereignty of the religious conscience. Much that is the concern of temporal authority affects the spiritual interests of men. But it is not enough to strike down a nondiscriminatory law that it may hurt or offend some dissident view. It would be too easy to cite numerous prohibitions and injunctions to which laws run counter if the variant interpretations of the Bible were made the tests of obedience to law. The validity of secular laws cannot be measured by their conformity to religious doctrines. It is only in a theocratic state that ecclesiastical doctrines measure legal right or wrong".

¹³³¹ "El efecto primero y esencial del mundo de las concepciones «religiosas» sobre el modo de vida y la economía es, por regla general, de carácter estereotipador. Todo cambio de un uso que se realiza en alguna medida bajo la protección de poderes sobrenaturales, puede afectar a los intereses de dioses y espíritus. A las inseguridades e inhibiciones naturales de todo innovador la religión añade poderosos obstáculos: lo sagrado es lo específicamente inmodificable". WEBER: *Sociología...*, op. cit., p. 72.

¹³³² En el caso de la Iglesia Católica el ejemplo es muy claro, ya que en buena medida se fundamenta en las concepciones inflexibles del Derecho natural, cuyas características son la inmutabilidad y la permanencia, tal y como indica el Catecismo: "La ley natural es inmutable y permanente a través de las variaciones de la historia; subsiste bajo el flujo de ideas y costumbres y sostiene su progreso. Las normas que la expresan permanecen substancialmente valederas" (1958). Asimismo, los adventistas califican a los Diez Mandamientos de "inmutables": "Por cuanto la ley moral de los Diez Mandamientos es un reflejo del carácter de Dios, sus principios no son temporales ni sujetos a las circunstancias, sino absolutos, inmutables, y de validez permanente para la humanidad. A través de los siglos, los cristianos han creído firmemente en la perpetuidad de la Ley de Dios, afirmando con decisión su validez continua". AAVV: *Creencias de los Adventistas...*, op. cit., p. 276.

¹³³³ "Donde un precepto ha alcanzado el significado de un orden divino, asciende desde el ámbito de las convenciones modificables al rango de lo sagrado. Como el orden del cosmos, el precepto ha sido válido desde siempre y lo será para siempre; sólo puede ser interpretado, no alterado, a no ser que el propio dios revele un nuevo mandamiento". WEBER: *Sociología...*, op. cit., p. 252.

¹³³⁴ Una incursión en el estudio de las religiones orientales relativiza la inalterabilidad de los textos sagrados: "Solemos tener la idea de que una Escritura sagrada es un texto fijo, inalterable, cuyas fronteras ha mucho que fueron fijadas y cuya autoridad nunca es cuestionada. Pero esa visión no es más que la proyección de la noción moderna de «canon» (en especial, de la apreciación protestante), superpuesta sobre la más flexible de «Escritura». Un canon está cerrado y ha quedado fijado. La Escritura, por contra, es una fuente de autoridad que está siempre abierta. De ahí que toda Escritura posea una historia imbricada en los acontecimientos políticos o en las prácticas y los tratos de los devotos". PÁNIKER: *Los sikhs...*, op. cit., p. 220.

¹³³⁵ La presunta inmutabilidad de los preceptos religiosos no sólo es desechable desde un punto de vista empírico, sino que además suele ser una característica defendida por ciertas élites religiosas y/o sociales, e incluso, por motivos diferentes, por los mismos creyentes: "Like ethnicity, religion, too, is often reified and essentialized as if it were the one thing beyond change. Such

Por ejemplo, si las libertades de conciencia y religiosa fueron rechazadas frontalmente por el papa Pío IX, el Concilio Vaticano II las reconoció completamente. Por el contrario, una norma que prohíba comer cerdo deja menos margen de interpretación, especialmente cuando es interpretada por el eventual objetor en el caso concreto. En cambio, en los ordenamientos seculares la conducta de las personas no se hallan limitadas por una revelación divina que se considera inmutable. Al contrario, los ordenamientos seculares se adaptan con mayor dinamismo a los valores que prevalecen en la sociedad civil, por ejemplo a través de la interpretación de los jueces. En relación con dicha actividad hermenéutica, se puede traer a colación el art. 3.1 CC, que establece que las normas se interpretarán, entre otros criterios, según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas¹³³⁶; un precepto que reconoce que realmente la norma jurídica no deja de ser un producto semielaborado, que cuando es aplicada ha de ser interpretada, extremo que suele llevarse a cabo según los valores imperantes del momento¹³³⁷. Tal característica no significa ni mucho menos que los ordenamientos seculares sean inestables, ya que, por ejemplo, la Constitución o *Grundnorm* contienen principios y valores metajurídicos que otorgan una gran estabilidad, según se hayan regulado los mecanismos de reforma constitucional. Tales características suponen un reto tanto para juristas, como para teólogos, en sus respectivos campos; una tarea, en buena parte armonizadora o integradora, que a veces encuentra una intersección que pone en contacto ambas disciplinas cuando se trata del derecho a la libertad religiosa¹³³⁸.

reifications often serve the interests of religious elites who wish to stem unwelcome social changes, or they comfort believers who regard their religion as the only thing that has remained the same amidst all the turmoils of urban living, migration, and the multicultural challenge. Nonetheless, while all religions claim to have an immutable core, even the meaning of that core changes as it is reasserted in new circumstances is to make a new statement". BAUMANN: The multicultural..., op. cit., pp. 69.

¹³³⁶ Existe un precepto más o menos equivalente en el Catecismo de la Iglesia Católica en referencia al Derecho natural: "La aplicación de la ley natural varía mucho; puede exigir una reflexión adaptada a la multiplicidad de las condiciones de vida según los lugares, las épocas y las circunstancias. Sin embargo, en la diversidad de culturas, la ley natural permanece como una norma que une entre sí a los hombres y les impone, por encima de las diferencias inevitables, principios comunes" (1957).

¹³³⁷ Así, si en una primera fase, se confecciona la norma jurídica en el ejercicio del poder político y, por lo tanto, según los valores de los gobernantes; en una segunda fase, en su aplicación, los operadores jurídicos inevitablemente se ven afectados por sus planteamientos ideológicos, entre otros sistemas de valores, en la labor de interpretación de la norma en el momento de su aplicación al caso concreto: "Si bien es cierto que el campo principal de la función política del derecho es la determinación de su contenido normativo, no es menos verdad que la elección de la forma jurídica como técnica de ejercicio del poder - cuando se respetan las exigencias originarias de la misma, esto es, en el estado de derecho - supone ya una opción política muy a tener en cuenta (...). El papel de la ideología en el derecho no se limita a la legitimación del orden social por la forma jurídica bajo la que éste se presenta, sino que aparece también en la determinación del contenido normativo del mismo por los amplios intersticios que ofrece la reelaboración de los preceptos legales en el momento de su interpretación (...). La ley es un producto semielaborado, y son los intérpretes los encargados de su terminación (...), en esta labor de «acabado» el operador del derecho suele incorporar sus propios planteamientos políticos al contenido normativo de los preceptos, normalmente con el auxilio de construcciones ideológicas convenientes para dicha tarea". MARTÍN VALVERDE, Antonio: "Ideologías jurídicas y contrato de trabajo", en AAVV: *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*. 1ª edición. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1978, p. 78.

¹³³⁸ Desde el ámbito católico se ha atribuido al teólogo una tarea nada fácil, que en parte es compartida por el jurista que se tome en serio el derecho a la libertad religiosa: "El teólogo (...)

Así, en muchas ocasiones las normas religiosas de las que los eventuales objetores pueden inferir normas de comportamiento, pues conforman su propia identidad personal, pueden estar desligadas de la realidad social que pretenden regular, lo que puede erigirse como una fuente de conflictos con el ordenamiento secular. Piénsese en el ámbito laboral: si se examinan las normas religiosas de las principales confesiones no es difícil advertir que las referidas al trabajo fueron reveladas o creadas en un contexto y épocas muy diferentes a la actual, con lo que su aplicación por parte de los fieles puede ser problemática, sobre todo si se opta por una interpretación literal y poco flexible, y no se admite dispensa alguna¹³³⁹, o se entiende que la identidad religiosa es estática y no dinámica¹³⁴⁰.

tiene el deber de ayudar a los cristianos a vivir de acuerdo con un evangelio esencialmente inmutable, dentro de un mundo esencialmente cambiante. Sería todo más fácil si el evangelio inmutable pudiera expresarse en términos inmutables; pero no es así. Los mismos términos - y su significado - cambian constantemente, y aquí reside la extrema dificultad del trabajo del teólogo. De un lado, está obligado a admitir que existe un núcleo inmutable de creencias, y de otro, tiene derecho a dudar de que cualquier expresión particular de la misma sea inmutable y completa. Las palabras cambian de significado y las fórmulas de énfasis, y lo que es preciso decir en un tiempo, puede no ser exactamente lo que cabe decir en otro". MASCALL: *Cristianismo secularizado...*, op. cit., p. 16. Por el contrario, el jurista tiene por tarea intentar que se respete en su máximo grado, después de ponderar todos los intereses en juego, el derecho a la libertad religiosa en el citado mundo cambiante, pero también plural e hípernormado; y buscar el camino óptimo para que puedan ser compatibilizadas las convicciones religiosas del ciudadano con sus obligaciones jurídicas, entre ellas las de naturaleza laboral. El citado autor ejemplifica su tesis del siguiente modo: "Es al hombre del siglo XX al que debe hablar la Iglesia en el siglo XX; no al del siglo I, ni al del XIII, ni al del XVII. Pero he dicho «la Iglesia en el siglo XX», no la «Iglesia del siglo XX». Hay cristianos del siglo XX pero no hay, estrictamente, una Iglesia del siglo XX; tampoco hay un evangelio del siglo XX. La Iglesia, como el evangelio, es una a través de las edades, por mucho que puedan variar sus formas de expresión, culto y vida de un tiempo a otro" (p. 18). Esta idea aparentemente fácil de aprehender no es compartida por un buen número de fundamentalistas religiosos, que se dirigen al creyente del siglo XXI con pautas, expresiones e interpretaciones cristalizadas en épocas y contextos remotos y diferentes. Al mismo tiempo, el positivismo más intransigente e inflexible, partidario de interpretaciones literales de normas trasnochadas surgidas de la eclosión del Estado-nación impiden igualmente la plena inclusión de las diferentes sensibilidades religiosas a la sociedad plural actual.

¹³³⁹ El judaísmo es un buen ejemplo. La religiosidad judía en la época preprofética era aún una religiosidad de fuerte influencia campesina. En la época postexílica, a pesar de los cambios habidos, se glorificaba aún el cultivo. En época farisaica la religiosidad cambia totalmente en este aspecto. Así, en el judaísmo tardío de los *chaberim* o "aldeano" el campesino se convierte en un ciudadano de menor categoría, lo que le impide seguir compatibilizando sus actividades agrícolas con el cumplimiento estricto de las leyes religiosas; la teología talmúdica se muestra incompatible con la vida tradicional campesina. Por tales razones, WEBER explica cómo el cumplimiento del año sabático (producto del judaísmo tardío) obstaculizaba la colonización de Palestina en estadios previos a la creación del Estado de Israel. Por tal razón "los rabinos de Europa oriental (a diferencia del doctrinarismo de la ortodoxia alemana) tuvieron que elaborar una dispensa motivada por la especial satisfacción para dios de esa colonización". WEBER: *Sociología...*, op. cit., p. 141. Tal idea es reiterada en p. 293.

¹³⁴⁰ A favor de una identidad religiosa dinámica se ha afirmado lo siguiente: "La identidad religiosa no es algo estático, sino que es procesual y dinámica. Al universalizarse una religión se hace más capaz de asumir formas plurales, adecuadas a los distintos grupos y zonas en las que pervive. La unidad de una tradición religiosa no viene dada por la uniformidad, sino por la comunión en la pluralidad, que lleva consigo diferencias y conflictos, que sólo pueden resolverse desde una afirmación abierta de la propia identidad, contra la tentación de un esencialismo atemporal, ahistórico y estático. Una religión puede aprender de las otras, como le ocurrió al cristianismo, que se apoyó en Gandhi para redescubrir la no-violencia como inherente a su propia tradición". ESTRADA DÍAZ: "Globalización, postmodernidad...", en AAVV: *Historia del cristianismo...*, op. cit., p. 467.

Ahora bien, que la adaptación a la realidad social sea más lenta y problemática por causa de su origen divino no significa que las normas y conceptos religiosos sean inmutables, tal y como se puede apreciar desde un punto de vista empírico. Por ejemplo, si bien la poligamia era habitual en el Antiguo Testamento, está muy restringida en la actualidad entre los judíos y es rara su aplicación más allá de su vertiente teórica; lo mismo ocurre en el caso del mormonismo en los Estados Unidos de América. O el préstamo con interés se acepta en la actualidad por la Iglesia Católica, tras un largo lapso de tiempo durante el cual muchos monarcas y autoridades católicas recurrían a personas no católicas para solicitar préstamos dinerarios. No obstante, es evidente que no todas las normas religiosas están sujetas a cambios, o son posibles las dispensas, por eso quizás es más correcto hablar de rigidez, que de inmutabilidad de dichas normas religiosas¹³⁴¹.

El catolicismo posee un instrumento de gran relevancia para transformar y adaptar sus normas al estado de las cosas¹³⁴², cual es el concilio. En un concilio es posible replantear las posiciones doctrinales de un modo que muchas veces puede ser calificado de radical o asombroso, como fue el caso del Concilio Vaticano II, que provocó que hasta el franquismo se tuviera que replantear su natural aversión a la libertad religiosa; un Concilio que incluso rectificó postulados papales anteriores¹³⁴³. El hecho de que el catolicismo se fundamente en un grado mayor que otras confesiones en la tradición le permite una mayor adaptación a los tiempos. Si bien es cierto que los órganos colegiados de la curia o similares, como la Congregación para la Doctrina de la Fe, tradicionalmente han realizado un labor en muchos casos obstaculizadora de cualquier cambio¹³⁴⁴.

Otro ejemplo de evolución histórica y adaptación a cada momento según las circunstancias concurrentes es la noción islámica y tan actual de *jihad*; por mucho que los movimientos más integristas pretendan y defiendan una supuesta inmutabilidad de su significación durante los siglos. Ni su significado es unívoco, ni su uso o aplicación a supuestos concretos es pacífico¹³⁴⁵.

¹³⁴¹ FERRARI: *El espíritu de los derechos...*, op. cit., pp. 219-234.

¹³⁴² Parece que Romanos 12, 2 contiene un exhorto de Pablo a adecuarse a las circunstancias existentes en cada momento sin perder de vista los valores considerados correctos. Así, Pablo se dirige a una comunidad de fieles que ni había fundado, ni había visitado nunca, del siguiente modo: "Y no queráis conformaros con este siglo, antes bien transformaos con la renovación de vuestro espíritu: a fin de acertar qué es lo bueno, y lo más agradable, y lo perfecto que Dios quiere de vosotros".

¹³⁴³ Fue el caso, por ejemplo, de la *Dignitatis Humanae*: "A *theologically significant statement in the Declaration is a reference to previous papal teaching: «in treating of this religious freedom the synod intends to develop the teaching of more recent popes» (DH no 1). The Fathers indeed developed previous papal teaching, but they went beyond it: they corrected it. Pope Pius IX in his Syllabus of Errors condemned as erroneous the proposition «The Church is to be separated from the State, and the State from the Church». This is a delicate matter: an ecumenical council correcting a previous pope. Of course, what he decreed must be understood within his historical, ecclesial, and cultural context. The pope responded to a specific historical situation with the help of a doctrine that was in the process of development and had not reached full maturity. At any rate, this correction stands as a warning to interpreters of papal pronouncements; caution is needed in assessing their authority". ORSY S.J.: "The divine dignity...", op. cit., pp. 13-14.*

¹³⁴⁴ DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., pp. 468-469.

¹³⁴⁵ "The Muslim concept of struggle - jihad - has been employed for centuries in Islamic theories of both personal salvation and political redemption. «Life is faith and struggle», said Iran's Ayatollah Khomeini, indicating that the notion of fighting is basic to human existence and on a par with religious commitment. (...) Abd al-Salam Faraj and others have exploited the idea of jihad to call for physical force, if necessary, in the struggle against all ideas, ideologies, and political institutions that they regard as alien to Islam. But the concept of jihad is not a *carte blanche* for violence. The

Desde otro punto de vista, la inflexibilidad para el cambio de la moral religiosa es una característica que de hecho comparte con la moral en general, del tipo que sea, o con la tradición y las costumbres; especialmente en aquellas sociedades más conservadoras, y obviamente en aquellas que en las que se acoge a posiciones fundamentalistas. No hace falta llevar a cabo profundas disquisiciones sociológicas para constar que las tradiciones y costumbres inveteradas, fundamentadas o no en preceptos morales, son harto difíciles de cambiar y su transformación es costosa y puede llevar décadas¹³⁴⁶. Un cambio que a veces es provocado por una alteración de variables como el desarrollo económico o la formación de la personas, por citar sólo dos ejemplos paradigmáticos y que ponen de relieve la relevancia en estos supuestos de la realidad material en que se desarrolla la vida social.

Así, a pesar de promulgarse normas jurídicas cuyo objetivo sea erradicar o mutar una tradición o costumbre no es infrecuente que el legislador fracase en su intento, la tradición o la costumbre permanezca incólume y la ley se acabe derogando (con la renuncia en ocasiones del ministro de turno)¹³⁴⁷. A veces, en cambio, se producen cambios constantes en la moralidad de un grupo social determinado y tales cambios son plasmados con cierta agilidad, y en ocasiones de forma constante, en la leyes si dicho grupo social, dado el orden jurídico de que se trate, posee la capacidad de incidir en la confección de las leyes; o si el cambio en los valores morales afecta a una mayoría de la población, y se está ante un sistema democrático de Derecho, en el que por definición el sentir de la mayoría se plasmará en la voluntad del legislador. Lo que resulta evidente es que en una sociedad no existe ni mucho menos una sola moral, por mucho que se trate

use of the idea to justify nondefensive attacks - such as acts of terrorism - has been highly controversial within Muslim theological circles. An American scholar of Islam, Bruce Lawrence, has argued that the term changes in meaning depending on its historical context and has always had social and economic, as well as military and political, dimensions". JUERGENSMEYER: Terror in the mind..., op. cit., pp. 147-148.

¹³⁴⁶ El liberalismo clásico ya advirtió la legitimidad y el potencial en el ámbito del control social de las costumbres: "*The effect of custom, in preventing any misgivings respecting the rules of conduct which mankind impose on one another, is all the more complete because the subject is one on which it is not generally considered necessary that reasons should be given, either by one person to others or by each to himself. People are accustomed to believe, and have been encouraged in the belief by some who aspire to the character of philosophers, that their feelings, on subjects of this nature, are better than reasons, and render reasons unnecessary. The practical principle which guides them to their opinions on the regulation of human conduct, is the feeling in each person's mind that everybody should be required to act as he, and those with whom he sympathises, would like them to act*". STUART MILL: "On liberty", en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., pp. 91-92.

¹³⁴⁷ Se ha enfatizado que si la moral no puede ser alterada de forma automática como en el caso de una ley ello no significa que sea inalterable por otros medios: "*The fact that morals and traditions cannot be directly changed, as laws may be, by legislative enactment must not be mistaken for immunity from other forms of change. Indeed though a moral rule or tradition cannot be repealed or changed by deliberate choice or enactment, the enactment or repeal of laws may well be among the causes of a change or decay of some moral standard or some tradition. If a traditional practice (...) is forbidden by law and punished, the practice may cease and the tradition may disappear. Conversely, if the laws require military service from certain classes, this may ultimately develop a tradition among them which may well outlive the law. So too legal enactments may set standards of honesty and humanity, which ultimately alter and raise the current morality; conversely legal repression of practices thought morally obligatory may, in the end, cause the sense of their importance and so their status as morality to be lost; yet, very often, the law loses such battles with ingrained morality, and the moral rule continues in full vigour side by side with laws which forbid what it enjoys*". HART: *The concept...*, op. cit., pp. 176-177.

de una sociedad hasta cierto punto homogénea y renuente a la pluralidad¹³⁴⁸, como puede ser por ejemplo una sociedad rural, cerrada y arcaizante.

En todo caso, resulta evidente que históricamente las necesidades económicas, el mismo paso de la Edad Media a la Modernidad, o la génesis del capitalismo, han supuesto en la mayoría de países occidentales (entre ellos España, cuando finalmente llegó la Modernidad) una gran presión sobre las normas religiosas para que evolucionaran en todos aquellos puntos que se han erigido como obstáculos al normal desarrollo de los intercambios económicos¹³⁴⁹. Mientras que en otros países no occidentales, muchos de ellos con un alto grado de desarrollo económico (por ejemplo Japón o Corea del Sur), tal presión por cambiar no se ha producido, por ser capaces de encontrar soluciones a las fricciones entre tradición (fundamentalmente la de origen religioso) y Modernidad¹³⁵⁰. Ya

¹³⁴⁸ "No hi ha pas una sola moral, «la» moral, sinó que hi ha molts sistemes morals summament diferents els uns dels altres i que moltes vegades es contradiuen mútuament, la idea que un ordre jurídic positiu pot correspondre molt bé - en conjunt - a les concepcions morals pròpies d'uns grups o d'uns estrats determinats, particularment dels grups o dels estrats que dominen dins la població sotmesa a aquest ordre jurídic concret, i que en general hi correspon de fet, per bé que ensems contradiu les concepcions morals d'un altre grup o d'un altre estrat social; però sobretot cal remarcar la idea que les concepcions sobre allò que és moralment bo o dolent, sobre allò que és moralment justificable o no justificable, estan sotmeses a un canvi constant - igual com el dret -, al mateix temps que un ordre jurídic o certes normes seves que una època, per tal com estaven en vigor, pogueren haver correspost a les exigències morals d'aleshores, avui dia, nogensmenys, poden ser condemnats com a summament immorals". KELSEN: *Teoria pura...*, op. cit., Vol. I, p. 125.

¹³⁴⁹ Como demuestra la obra weberiana, a veces la religión precisamente ha propiciado el desarrollo económico, y la eclosión del moderno capitalismo es un ejemplo de ello: "The early capitalists worked hard, reinvested their profits, abandoned customary practices and innovated, and subjected their business and manufacturing practices to detailed and systematic scrutiny. They measured the effectiveness of their procedures and, when they found something they could improve, they improved it. Instead of gambling their fortunes on merchant adventures or foreign wars, they devoted themselves to the painstaking and unglamorous business of making a decent profit; not a huge profit, just a decent profit. They governed their lives with an attention to discipline, to avoiding the dangers of sloth, intemperance, an over-indulgence of the senses, and they tried very hard to impose such disciplines upon their employees". BRUCE: *Religion in the modern...*, op. cit., pp. 12-13. Nótese cómo ya en la eclosión del capitalismo, el trabajador por cuenta ajena podía ver condicionadas sus creencias religiosas de acuerdo con el parecer del empresario. En todo caso, desde un punto de vista histórico aún queda mucho por investigar sobre la relación entre tolerancia religiosa e intercambios económicos: "Protracted commercial relations between members of different religious groups did not invariably generate more benevolent attitudes toward those viewed as enemies of one's faith. In other words, accommodation and utilitarian pragmatism in the face of cross-cultural trade were widespread, but did not necessarily express an incipient form of secularism. Sustained economic exchanges between traders of different religious backgrounds existed where (and sometimes because) religious boundaries were clearly demarcated. Political rulers, religious leaders, and legal scholars could adjust to the imperatives of commerce while they also injected religious concerns into their economic pursuits and military strategies". TRIVELLATO, Francesca: "Introduction. The historical...", en AAVV: *Religion and trade...*, op. cit., pp. 22-23.

¹³⁵⁰ "El desarrollo económico de algunos países del Pacífico asiático (Japón, Corea, Singapur, etc. y China en la actualidad) constituye una buena razón para replantearse las relaciones entre religión y Modernidad. Si es cierto que estos países están pasando a ser el corazón del sistema económico, entonces no solamente se trata de un cambio en la titularidad del liderazgo económico mundial, sino también en el estilo y en el contenido de éste. La mundialización del sistema ha sido una occidentalización del mundo, de ello no cabe duda. Y ciertamente estos países con economías actualmente tan potentes se han occidentalizado. Pero no es menos cierto que estos países, por muy occidentalizados que estén, no son occidentales. Y precisamente tal vez su fuerza y su potencia provengan, en parte, de su capacidad de integrar lo que en Occidente no se pudo o no se supo integrar: las instituciones de la vida tradicional y el ritmo del cambio tecnológico de la

se ha mencionado, por ejemplo, la permisibilidad de la Iglesia católica respecto al préstamo con interés, prohibido anteriormente de forma radical. Si los Estados han optado en un gran número de supuestos y en diferentes escenarios históricos por flexibilizar la libertad religiosa para atraer trabajadores cualificados (especialmente los de origen extranjero), colonizar tierras o dinamizar los intercambios comerciales, lo cierto es que se puede constatar el mismo fenómeno actualizado por las autoridades religiosas. Es decir, las autoridades religiosas a lo largo de la historia han flexibilizado en ocasiones normas de dicha naturaleza, o las han interpretado de forma imaginativa, de modo que el ámbito espiritual coincidiera en lo posible o fuera compatible con las actividades seculares relacionadas con la economía o el desempeño de actividades comerciales, industriales, financieras artesanales...¹³⁵¹.

Es evidente que las normas de las religiones antiguas o tabúes se erigían como obstáculos evidentes al normal desarrollo de las actividades económicas (prohibición de trabajo en unos días concretos o por períodos más o menos largos, prohibición a ciertos grupos de personas o castas de realizar actividades concretas¹³⁵², prohibición de

Modernidad". PÉREZ-AGOTE POVEDA: "Los límites de la secularización...", en AAVV: *Sagrado/Profano...*, op. cit., p. 299.

¹³⁵¹ Un ejemplo de flexibilización e interpretación imaginativa de una normativa religiosa para adaptarla a las necesidades del tráfico comercial es la siguiente referida a la legislación islámica respecto a las operaciones de compraventa de libros sagrados: "*The Qur'an, at 2:79 and elsewhere, disapproves of those who sell «for a small price» the book that they marketed as coming from God although they manufactured it themselves. In evaluating the pity of the People of the Book, who received divine revelations before the Prophet Muhammad, the Qur'an makes a distinction between those who engaged in such wretched commerce (3:187) and those who refused, out of devotion and humility, to barter with God's revealed verses (3:199). It is not clear whether these passages refer to the selling of scriptural texts in reality or metaphorically. Yet early Islamic scholar would abhor the selling of the Qur'an in its written form (mushaf). Clever jurists, it is true, found an ingenious way to work around this pious barrier by permitting Muslims to charge fellow Muslims not for the Qur'an itself, but for the pages of the book and for the labor of the scribe*". HALEVI, Leor: "Religion and cross-cultural trade. A framework for interdisciplinary inquiry", en AAVV: *Religion and trade. Cross-cultural exchanges in world history, 1000-1900*. 1ª edición. Nueva York: Oxford University Press, 2014, p. 55. La flexibilización por el lado cristiano viene dada por el siguiente ejemplo referente a los siglos XV y XVI: "*Navigators and merchants coming from all over Europe (mostly from Venice, Genoa, Florence, Flanders, and Germany) sailed under the Portuguese flag, while the Crown mobilized considerable resources to man their expeditions. From the start, these ventures led to an unprecedented increase in commercial exchanges that infringed on the rules set by the church concerning the goods in which and the people with whom Christians were allowed to trade. In Morocco and in West Africa, Europeans bought and sold a variety of commodities with non-Christians, especially with those Muslims who controlled internal trade routes and coastal markets. These transactions caused trouble for two reasons. The official rhetoric of the Portuguese monarchy incessantly called for Holy War and total destructions of the Muslims, reviving the spirit of the Iberian Reconquista. Moreover, canon law had long been prohibited selling «infidels» arms or any items, such as horses, timber, or metals that could be used to fight against the Christians. Unlike Islamic jurists, who denounced trading in all impure and forbidden products, not only weapons, Christian Theologians feared only the threat of war*". MARCOCCI, Giuseppe: "Trading with the Muslim world. Religious limits and proscriptions in the Portuguese empire", en AAVV: *Religion and trade. Cross-cultural exchanges in world history, 1000-1900*. 1ª edición. Nueva York: Oxford University Press, 2014, pp. 92-93.

¹³⁵² "Las prescripciones de casta no habrían hecho imposible formalmente el capitalismo. Pero es evidente que el racionalismo económico no podía encontrar un hogar firme donde las prescripciones del tabú habían alcanzado tal poder. En todo caso, a pesar de todos los paliativos, los obstáculos internos a la integración de trabajadores de oficios diferentes, y eso significa, de castas diferentes, en una empresa, eran demasiado poderosos". WEBER: *Sociología...*, op. cit., p. 100.

comerciar e ingerir ciertos alimentos, etc.)¹³⁵³. Pero no es menos cierto que en la actualidad existen confesiones religiosas cuyos postulados se adaptan perfectamente a la vida económica contemporánea, especialmente las de raíz protestante, pues el advenimiento de la Reforma supuso una redefinición de la conducta religiosa de los creyentes que la adaptaron perfectamente a las necesidades modernas a través de una mutación de la noción de la virtud (incluso en el sentido weberiano, la religión podría haber provocado la eclosión del capitalismo moderno, como es el caso del calvinismo)¹³⁵⁴. Así, la Reforma permitió acercarse a la profesión y al trabajo, es decir, al ámbito de la economía, a través y de acuerdo con la religión; extremo que los postulados del catolicismo, por citar un ejemplo paradigmático, no permitieron del mismo modo¹³⁵⁵.

Existen, en cambio, otras confesiones cuyas doctrinas entran en constante contradicción con la dinámica económica contemporánea (la comunidad *amish* en los Estados Unidos, o, aunque difícil de calificar como religión, el confucionismo en Singapur)¹³⁵⁶, y especialmente conllevan inherentes incompatibilidades con el trabajo asalariado por cuenta ajena si no se lleva a cabo una oportuna acomodación a las circunstancias (se pueden identificar fácilmente si se examinan las colecciones de jurisprudencia, en particular las sentencias de los tribunales estadounidenses, señeramente su Tribunal Supremo). Los fundamentalistas precisamente son contrarios a que las normas religiosas se adapten a los tiempos y optan por una lectura literal de los textos sagrados y sin tener en cuenta el contexto en el que se redactaron y su distancia en el tiempo con la actualidad (frecuentemente muchos siglos). Un claro ejemplo de ello lo constituyen

¹³⁵³ "Los obstáculos al tráfico y a la formación del mercado, o a otras relaciones sociales, producidos por normas de tipo tabú son extraordinarios. La impureza absoluta del que está fuera de la propia confesión, como en el caso del shiísmo en el islam, ha producido obstáculos esenciales para el intercambio, hasta la época moderna cuando se remediaba con ficciones de todo tipo". WEBER: *Sociología...*, op. cit., p. 100.

¹³⁵⁴ "The protestant reformers objected to the religious division of labour of the Church in medieval Europe because it placed too little premium on personal piety. Martin Luther that every man be his own monk. We all have a constant obligation to live moral and religious lives. We cannot rely on others to do it for us. In particular, he argued against the idea that religious merit could be transferred from one person to another. The fact that your brother was a monk would not make any difference to your position. Paying other to say Masses for your soul would not ensure it was sent heavenwards. The result was a new stress on the need for all people to behave in a consistently moral and religious manner. The potential conflict between widespread religious enthusiasm and the social and economic needs of the society was resolved by redefining virtuosi religious behaviour". BRUCE: *Religion in the modern...*, op. cit., p. 14.

¹³⁵⁵ "Ese interesamiento por el mundo profano de la profesión y el trabajo, considerado como vocación, fue, por tanto, un proceso histórico que influyó poderosamente en el devenir de los países que hicieron la Reforma. Los países europeos que no la hicieron y siguieron siendo total y oficialmente católicos tuvieron que encontrar otros medios históricos para interesarse en el mundo de la profesión, el trabajo, la economía. Su interesamiento no sería desde la religión sino a pesar o en contra de ella". PÉREZ-AGOTE POVEDA: "Los límites de la secularización...", en AAVV: *Sagrado/Profano...*, op. cit., pp. 305-306.

¹³⁵⁶ En Singapur desde los años sesenta del siglo pasado el gobierno ha intentado implementar como una ideología nacional una versión del confucionismo para que una población étnica y religiosamente diversa comparta unos mismos valores considerados como los correctos. Así, el gobierno ha potenciado una perspectiva cívica de tales valores según las cinco relaciones descritas por Mencio: padre-hijo, gobernante-gobernado, marido-esposa, anciano-joven y amigo-amigo. Tales valores tienen por objetivo un sistema político altamente ordenado y al que la población le sea leal. De este modo, el gobierno ha hecho uso del confucionismo para enfatizar el trabajo duro, el sacrificio y la disciplina. En todo caso, a los presentes efectos, resulta evidente que Singapur se ha convertido en pocos años en un pequeño Estado muy desarrollado económicamente. HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 148.

comunidades religiosas ultraortodoxas situadas en países occidentales pero que se autoaislan para mantener sus formas de vida religiosas tradicionales¹³⁵⁷; o asimismo lo constituye en la actualidad el neosalafismo en el mundo musulmán (y con frecuencia en aquellas sociedades occidentales donde ha ido arraigando a través de la inmigración o de la conversión), que rechaza todo intelectualismo y formalismo tradicional, y mezcla un radical antioccidentalismo con un normativismo exacerbado¹³⁵⁸.

En algunos sistemas de creencias religiosos se impone a los fieles que obedezcan las normas jurídicas seculares, se contradigan o no con otras normas religiosas. En tal sentido, los fieles de la fe baha'í acatan siempre las normas jurídicas emanadas del Estado donde residan, las consideren justas o injustas, favorables o desfavorables¹³⁵⁹. Por lo tanto, en tal caso no hay lugar para la objeción de conciencia, pues el fiel acatará la norma jurídica de que sea destinatario.

Hay que reiterar que la objeción de conciencia concurre cuando el conflicto se da entre normas jurídicas y normas morales incorporadas por el individuo a sus convicciones. Si la conducta del ciudadano incumplidora de la obligación jurídica no sólo está amparada por la norma religiosa, sino también por una norma jurídica no se está ante una objeción de

¹³⁵⁷ Al respecto puede consultarse la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Board of Education of Kiryas Joel Village School Dist. v. Grumet*, 512 U.S. 687 (1994). En dicha sentencia se examina un caso en el que se imputa a una comunidad judía ultraortodoxa segregada del distrito escolar no cumplir con la normativa en materia de discapacitados: "*The New York village of Kiryas Joel is a religious enclave of Satmar Hasidim, practitioners of a strict form of Judaism. Its incorporators intentionally drew its boundaries under the State's general village incorporation law to exclude all but Satmars. The village fell within the Monroe-Woodbury Central School District until a special state statute, 1989 N. Y. Laws, ch. 748, carved out a separate district that follows village lines. Although the statute gives a locally elected school board plenary authority over primary and secondary education in the village, the board currently runs only a special education program for handicapped children; other village children attend private religious schools, which do not offer special educational services. Shortly before the new district began operations, respondents and others brought this action claiming, inter alia, that Chapter 748 violates the Establishment Clause of the First Amendment. The state trial court granted summary judgment for respondents, and both the intermediate appellate court and the New York Court of Appeals affirmed, ruling that Chapter 748's primary effect was impermissibly to advance religion.*"

¹³⁵⁸ A pesar de los tópicos y el uso habitual de clichés en los medios de comunicación, el salafismo ha sufrido también una patente evolución, aunque sea para situarse en una posición que precisamente es renuente a los cambios: "*Entre la primera y segunda generación de intelectuales salafistas tuvo lugar una importante ruptura, dado que esta última trató de redefinir la autenticidad islámica de un modo que ya no emulaba la Modernidad occidental, sino que contraponía de forma radicalmente crítica hacia ella. El antioccidentalismo resultante de este giro - por considerar que la difusión global de la cultura occidental es el principal obstáculo para alcanzar el objetivo de la sumisión de toda la vida (personal y colectiva) a la norma islámica -, junto al apego a las escrituras originarias - con el consiguiente rechazo de toda innovación religiosa, que se equipara a la herejía-, bien pueden considerarse como dos rasgos comunes a las diversas corrientes del salafismo actual (neosalafismo). El normativismo puntilloso de este apego al islam originario va estrechamente unido a la exaltación de la fe y salud del individuo, que consiste en agradar a Dios, sin prestar atención al posible éxito mundano. La consiguiente insistencia en la fe y la oración, así como el rechazo del intelectualismo y el formalismo de la erudición islámica tradicional, sitúan al neosalafismo en una línea de valorización del yo, que es producto de una evolución más relacionada con un espacio globalizado de contestación antiimperialista que de las peculiaridades de una tradición estrictamente religiosa.*" GARCÍA BLANCO, José María: "Caballeros bajo el estandarte del Profeta", en AAVV: *Sagrado/Profano. Nuevos desafíos al proyecto de la Modernidad*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2010, p. 215.

¹³⁵⁹ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones no católicas...*, op. cit., p. 264.

conciencia, mas se estará ante una contradicción entre normas jurídicas o antinomia¹³⁶⁰. En tal supuesto se deberá determinar qué norma jurídica prevalece según los criterios previstos en el ordenamiento jurídico, como son el criterio jerárquico, el de especialidad y el cronológico, entre otros. Si tras las aplicación de los criterios que correspondan prevalece la norma que impone la obligación contraria a las creencias religiosas del ciudadano es cuando concurrirá el supuesto de la objeción de conciencia, ya que, prevaleciendo dicha norma sustentadora de la obligación jurídica, el ciudadano optará por no acatarla en virtud de sus creencias religiosas. Ha de constatarse como fenómeno lógico que conforme la sociedad española es más plural desde un punto de vista religioso con más probabilidad se darán casos de antinomia, por lo que paulatinamente va ganando mayor importancia el estudio de las relaciones entre el ordenamiento secular y los diferentes ordenamientos religiosos, incluidos los eventuales efectos civiles de los actos jurídicos realizados de acuerdo con dichos ordenamientos, no sólo de los llevados a cabo en el contexto del ordenamiento canónico como solía ocurrir hasta tiempos recientes¹³⁶¹.

Por último, en la presente investigación no se examinará la figura de la desobediencia civil pues, aunque se trata de un supuesto con ciertas similitudes con la objeción de conciencia, no guarda relación con el contrato de trabajo. De acuerdo con RAWLS la "desobediencia civil" puede ser definida del siguiente modo: "*Public, nonviolent, conscientious yet political act contrary to law usually done with the aim of bringing about a change in the law or policies of the government. By acting in this way one addresses the sense of justice of the majority of the community and declares that in one's considered opinion the principles of social cooperation among free and equal men are not being respected*"¹³⁶². Aunque existen muchas definiciones de lo que se pueda entender por

¹³⁶⁰ En puridad se habla de antinomia cuando: 1) un mismo hecho satisface las condiciones de aplicación de normas jurídicas cuyos contenidos son mutuamente excluyentes entre sí. 2) una misma actuación satisface los contenidos de normas jurídicas que tienen idénticas condiciones de aplicación, pero operadores normativos contrapuestos. CAPELLA HERNÁNDEZ: *Elementos de análisis...*, op. cit., p. 109. En la antinomia hay contradicción entre dos normas jurídicas; en cambio, para que pueda haber objeción de conciencia debe concurrir una contradicción entre norma jurídica y moral. Desde el punto de vista kelseniano: "*No es pot negar la possibilitat que uns òrgans jurídics estableixin de fet unes normes que estiguin en conflicte mutu, és a dir, que estableixin uns actes el sentit subjectiu dels quals és una obligació i que, si això és interpretat també com a llur sentit objectiu, si són considerats com a normes, aquestes normes estiguin en conflicte mutu. Un conflicte de normes com aquest es dona quan una norma determina com a obligatori un capteniment i una altra norma determina com a obligatori un capteniment incompatible amb aquell. Això s'esdevé, per exemple, quan una norma determina que l'adulteri ha de ser castigat amb una pena i una altra norma determina que l'adulteri no ha de ser castigat amb una pena, o be quan una norma determina que el robatori ha de ser castigat amb la mort i una altra norma determina que el robatori ha de ser castigat amb la presó (per tant, no pas amb la mort)*". KELSEN: *Teoría pura...*, op.cit., Vol. II, pp. 24-25.

¹³⁶¹ Al respecto puede examinarse MINTEGUÍA ARREGUI, Igor: "La eficacia civil de los derechos confesionales en el marco del Estado laico", en AAVV: *Inmigración, minorías y multiculturalidad*. 1ª edición. Lejona: Adoración Castro, 2006, pp. 255-271.

¹³⁶² RAWLS: *A theory of justice...*, op. cit., p. 364. Al caracterizar la desobediencia civil, el autor señala unas características que difieren claramente de la objeción de conciencia por motivos religiosos. Así, entre otros aspectos, señala que la desobediencia civil constituye un "*political act not only in the sense that it is addressed to the majority that holds political power, but also because it is an act guided and justified by political principles, that is, by the principles of justice which regulate the constitution and social institutions generally. In justifying civil disobedience one does not appeal to principles of personal morality or to religious doctrines, though these may coincide with and support one's claims*" (p. 365). Sobre la desobediencia civil y sus diferencias con la

"desobediencia civil", es evidente que se trata de un fenómeno diferente a la objeción de conciencia por razones religiosas; y aún se distancia más de los actos que se llevan a cabo en el ámbito laboral. Para empezar, y sin ánimo de exhaustividad, se trata de un acto con significación política, aunque pueda partir de postulados religiosos; y a diferencia de la objeción de conciencia, encuentra su sentido cuando se desobedece la norma jurídica por un grupo de personas, no individualmente. Además, se trata de una desobediencia pública, cuando aquí interesa la desobediencia privada respecto una obligación en el seno de la relación laboral.

3. TEORÍA GENERAL DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA. TIPOLOGÍAS Y ESCENARIOS

3.1. Tipologías

La objeción de conciencia es un derecho constitucional autónomo no fundamental¹³⁶³, que deriva directamente de la libertad de pensamiento prevista en el art. 16 CE, por lo que no necesita de regulación legal para su reconocimiento (*interpositio legislatoris*)¹³⁶⁴:

objeción de conciencia puede consultarse GASCÓN ABELLÁN: *Obediencia al Derecho...*, op. cit., pp. 40 y siguientes. Dicha autora define la desobediencia civil como "una insumisión política al Derecho dirigida a presionar sobre la mayoría a fin de que adopte una cierta decisión legislativa o gubernativa. Por regla general, esa conducta invocará los propios principios de justicia de la comunidad, será pública y colectiva y, con mucha frecuencia, se dirigirá contra normas en sí mismo aceptables; todo ello será indicio de la finalidad que la anima" (p. 85). Sobre las diferencias entre objeción de conciencia y desobediencia civil asimismo vid. PÉREZ-UGENA COROMINA, María: *La objeción de conciencia entre la desobediencia y el Derecho Constitucional*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2015, pp. 18-28.

¹³⁶³ En contra, aunque quizás sólo por cuestión de matices, LLAMAZARES FERNÁNDEZ considera que la objeción de conciencia forma parte del contenido esencial del derecho de libertad de conciencia, es decir, es una parte integrante de un derecho fundamental. LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la libertad...*, op. cit., Vol. II, p. 359. Se puede examinar un resumen sobre las variadas posiciones doctrinales en relación a la naturaleza jurídica del derecho a la objeción de conciencia en NAVARRO-VALLSNY MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia...*, op. cit., pp. 47-48. De forma radicalmente en contra de que se considere el derecho a la objeción de conciencia un derecho fundamental se sitúa BELTRÁN AGUIRRE: "Una cosa es defender que debería conformarse constitucionalmente como un derecho fundamental, cosa que no niego sea jurídicamente factible en cualquier texto constitucional que se elabore y apruebe y, por tanto, muy lícita su defensa, y otra cosa muy distinta es afirmar que en nuestra Constitución se conforma como un derecho fundamental. Esto último me parece inadmisibles por falaz". BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: "La objeción de conciencia en el ámbito sanitario: últimas aportaciones judiciales". *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, núm. 11, pp. 66-67. En contra de la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia: "El reconocimiento de la libertad de conciencia no implica la aceptación de un derecho general a la objeción de conciencia. El problema de la objeción de conciencia remite al del fundamento ético del Derecho, pero ni nuestra Constitución reconoce un derecho general ni éste puede deducirse sin más de las libertades ideológica y religiosa consagradas en el artículo 16.1 CE. Otra interpretación conduciría frontalmente a la destrucción del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), a la negación de la imperatividad de las normas jurídicas y, en suma, a hacer de las normas jurídicas subjetivamente disponibles. De otra parte, un derecho general a la objeción de conciencia repugnaría radicalmente al artículo 9.1 CE que impone a los ciudadanos la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". BARRERO ORTEGA: *La libertad religiosa...*, op. cit., p. 410. También en contra de un derecho general a la objeción de conciencia POLO SABAU, José Ramón: *Dimensiones de la libertad religiosa en el Derecho español*. 1ª edición. Barcelona: Bosch Editor, 2014, pp. 230-232.

1) Es autónomo en el sentido de que no necesita una regulación legal para su aplicación más allá del texto de la Constitución y la normativa internacional de aplicación, y de ahí que se utilice para su denominación un *nomen iuris* propio cual es el derecho a la objeción de conciencia de larga tradición en la historia del Derecho occidental.

2) Pero es un derecho instrumental porque deriva del derecho a la libertad religiosa y encuentra su fundamento último en tal derecho, sin que pueda hablarse simplemente de una facultad del titular del derecho a la libertad de conciencia. Así, de su autonomía deriva que le sean de aplicación algunas reglas jurídicas propias; y de su instrumentalidad deriva que tenga como fin último la protección de la libertad religiosa del ciudadano - trabajador y comparte con el derecho a la libertad religiosa un buen número de reglas jurídicas comunes.

No obstante, hay que decir que la doctrina se muestra muy dividida en cuanto a dichos elementos y el Tribunal Constitucional, por desgracia, tal y como se tendrá ocasión de comprobar, no ha construido una doctrina jurisprudencial sistemática y coherente al respecto. Precisamente el máximo intérprete de la Constitución puede haber perdido una oportunidad para ello al dictar la STC 28/2014 de 24 febrero (BOE 25 de marzo de 2014), que desestima un recurso de amparo por falta de legitimación y en relación a la asignatura de Educación para la Ciudadanía.

La objeción de conciencia es una institución jurídica, siempre muy debatida en todos los países democráticos, que intenta garantizar en lo posible la adecuación del comportamiento del individuo a sus convicciones; el mantenimiento de la coherencia entre lo que uno cree que ha de hacer (o no hacer) según sus más íntimas convicciones y su conducta externa, en el contexto de un ordenamiento jurídico que cada vez más regula en profundidad todos los ámbitos de la vida social, sin que se dejen demasiados resquicios sociales para la anomia. En el presente caso se estudia cómo el derecho a la objeción de conciencia deriva del derecho a la libertad religiosa con el fin de garantizar la adecuación de la conducta del individuo a las convicciones religiosas, también en el ámbito laboral¹³⁶⁵.

¹³⁶⁴ "El reconocimiento de que los derechos fundamentales son normas jurídicas inmediata y directamente aplicables y no principios programáticos que requieran una «interpositio legislatoris», y el reconocimiento de que la objeción de conciencia descansa y se explica desde la libertad de conciencia, parece que debe llevar a la conclusión de que en un sistema desarrollado de libertades públicas existe un derecho general a la objeción de conciencia; esto es, existe una presunción favorable de que quien incumple un deber jurídico por motivos de conciencia se halla amparado por un derecho fundamental, sin perjuicio naturalmente de que ese derecho fundamental haya de ceder luego ante otros derechos o valores más atendibles, justamente ante los derechos o valores tutelados por el deber jurídico incumplido". GASCÓN ABELLÁN: *Obediencia al Derecho...*, op. cit., p. 275.

¹³⁶⁵ "La regla de oro reguladora de las conductas de la persona es la fidelidad a sí misma, a la imagen que le devuelve el espejo de su conciencia, al conjunto de convicciones acerca de sí misma, de los otros, de lo otro y de las relaciones entre ellos, así como del ideal de persona percibida como posibilidad y llamada; es decir la total coherencia de su comportamiento, forzosamente exteriorizado o no, exteriorizable o no, con sus convicciones internas (ideas y creencias) y, en definitiva, con la percepción que cada uno tiene de su propia identidad". LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la libertad...*, op. cit., Vol. II, p. 22.

Existen dos tipologías de objeción de conciencia, la objeción de conciencia *contra legem* y la objeción de conciencia *secundum legem* o impropia, según si el ordenamiento jurídico prevé una exención o alternativa jurídica para el supuesto concreto¹³⁶⁶.

1) Objeción de conciencia *contra legem*: se trata de la objeción de conciencia paradigmática. Ante el conflicto entre obligación jurídica y obligación religiosa el objetor, como persona autónoma y libre, opta por preservar su integridad moral¹³⁶⁷ y comportarse de acuerdo con sus convicciones religiosas y contra la conducta expresamente establecida por la norma jurídica¹³⁶⁸; que se conceptúa como una norma secundaria¹³⁶⁹.

¹³⁶⁶ Una definición omnicomprendiva de objeción de conciencia es la siguiente: "*Designa la solicitud de excepción a una conducta personal obligatoria, planteada por el sujeto que debe prestarla, invocando motivos de conciencia y cuyo reconocimiento depende, en cada caso, de la ponderación del derecho fundamental de libertad de conciencia invocado, con relación a los bienes jurídicos afectados de seguirse la petición del objetor. Tal ponderación no excluye a priori ninguna de las posibles respuestas a la solicitud: denegación de la objeción; acogimiento, pero imponiéndose al objetor el deber de prestar una conducta sustitutoria; acogimiento de la objeción sin imposición de obligación alguna*". ROCA FERNÁNDEZ, María José: "Dignidad de la persona, pluralismo y objeción de conciencia", en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 356.

¹³⁶⁷ El concepto de "integridad moral" ha de entenderse en su correcto sentido, como una armonía entre lo que se cree y lo que se hace: "*Persons have integrity when their inner being is transfused by harmony; when their decisions and actions flow from their honest judgment; when they faithfully pursue the values that they comprehend as means to their perfection. In contrast, they lose their integrity when their volitions and operations are divorced from their vision. Should such a disaster happen, the persons in question become traitors to themselves. Their inner world shatters; it becomes fragmented. Integrity, however, does not mean that the individual judgments held by persons of integrity are by that fact alone correct and critically unassailable. Quite the opposite: their convictions must be open to critical examination and verification. Integrity speaks of honesty; it is not the final guarantee of the truth of any proposition or of the prudence of any intended action. It follows that persons holding a mistaken opinion in good faith are not diminished in their dignity. They should be aware, however, that they have the duty to submit their position to detached probing: integrity does not include the gift of infallibility or the highest degree of prudence. To pursue honest self-examination and to be open to an external critical process always remains a duty*". ORSY S.J.: "The divine dignity...", *op. cit.*, pp. 15-16. Como se puede comprobar, uno mismo tiene el deber de ser autocrítico y, por lo tanto, variar sus posiciones si resulta estar equivocado. Confróntese la antedicha concepción con el siguiente posicionamiento del liberalismo clásico realizado en el siglo XIX: "*It is the duty of governments, and of individuals, to form the truest opinions they can; to form them carefully, and never impose them upon others unless they are quite sure of being right. But when they are sure (such reasoners may say), it is not conscientiousness but cowardice to shrink from acting on their opinions, and allow doctrines which they honestly think dangerous to the welfare of mankind, either in this life or in another, to be scattered abroad without restraint, because other people, in less enlightened times, have persecuted opinions now believed to be true*". STUART MILL: "On liberty", en AAVV: *Utilitarianism...*, *op. cit.*, p. 102.

¹³⁶⁸ "*Mientras los derechos morales se basan en deberes, que vinculan a las voluntades libres de las personas autónomas, los deberes jurídicos se derivan sólo como consecuencia de la autorización para actuar de manera libre y espontánea, esto es, de la delimitación legal de esas libertades subjetivas*". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, *op. cit.*, p. 177.

¹³⁶⁹ La objeción de conciencia es un comportamiento con relación directa con la ética, con la moral, con la norma axiológica de que se trate. El objetor cumple con lo que su conciencia le dicta. Sólo indirectamente toma en consideración la desobediencia jurídica en sí, lo que es obviamente relevante para el Derecho. Además, suele tratarse de una conducta omisiva. PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, *op. cit.*, pp. 20-21. La objeción de conciencia puede encontrar su causa en una obligación jurídica positiva o frente a una obligación de abstención, y puede así definirse como "*el rechazo individual a observar un comportamiento jurídicamente exigible como consecuencia de un dictamen de conciencia, basado en razones religiosas, éticas, morales o axiológicas. Se trata, por tanto, de una forma de resistencia, referida a muy posibles y distintos ámbitos, que la conciencia personal, la ética individual, opone a una ley general, entendida la ley*

Como no existe alternativa jurídica, el objetor se somete de forma libre y voluntaria a las consecuencias jurídicas negativas establecidas por el incumplimiento jurídico, ya sea en la misma norma infringida, o en otra donde se prevea la sanción¹³⁷⁰: cárcel, sanción disciplinaria o administrativa, procedencia del despido disciplinario...¹³⁷¹. Como se puede comprobar, es el tipo de objeción que ha prevalecido en la historia y prevalece en la actualidad. Ha de tenerse en cuenta que para el objetor por motivos religiosos, si no hay otra opción legal disponible (como una exención al cumplimiento de la obligación) es preferible que le sea aplicada la sanción jurídico - secular que corresponda, en lugar de sufrir la sanción religiosa o moral que le pueda acarrear el incumplimiento de la convicción¹³⁷² que puede afectar a esta vida o a otra¹³⁷³: afectación de la dignidad,

en un sentido amplio, por considerar que las propias convicciones personales impiden su cumplimiento. Su contenido puede ser activo u omisivo, en el sentido de que puede tratarse bien de que la norma impone realizar una acción que la conciencia prohíbe o bien, al contrario, se trata de una obligación negativa, una prohibición de hacer que sin embargo la conciencia obliga a realizar. De esta forma, sea en un sentido positivo o negativo, se trata de resolver un conflicto interno que se produce en un sujeto sometido al ordenamiento jurídico, conflicto nacido o gestado en una posición no jurídica sino inicialmente moral, con efectos inevitables - carácter imperativo de la norma - de naturaleza jurídica". PÉREZ-UGENA COROMINA: La objeción de conciencia..., op. cit., pp. 10-11.

¹³⁷⁰ Es conocido que en los ordenamientos jurídicos más complejos es habitual que la sanción se encuentre recogida en una norma distinta de la infringida: "*Quan una norma mana un capteniment determinat i una segona norma estatueix una sanció per al cas de la desobediència de la primera, totes dues normes estan essencialment unides entre si. Això es produeix particularment quan un ordre normatiu - com ho és l'ordre jurídic - mana un capteniment determinat precisament mitjançant el fet que lliga al capteniment contrari un acte coactiu com a sanció, de tal manera que un capteniment pot ser considerat com a manat en el sentit d'aquest ordre, per tant jurídicament en el cas de l'ordre jurídic, només en la mesura que el capteniment contrari és condició d'una sanció". KELSEN: Teoría pura..., op. cit., Vol. I, pp. 105-106.*

¹³⁷¹ "*A true conscientious objector must think it would be morally preferable not to perform a required act even if no exemption were afforded for conscientious objectors and enforcement against him were certain". GREENWALT: Conflicts of law..., op. cit., p. 313. En opinión de DWORKIN incluso existiría un deber moral, mas no absoluto, de cumplir con las leyes aunque se consideren injustas: "In a democracy, or at least a democracy that in principle respects individual rights each citizen has a general moral duty to obey all the laws, even though he would like some of them changed. He owes that duty to his fellow citizens, who obeys laws that they do not like, to his benefit. But this general duty cannot be an absolute duty, because even a society that is in principle just made produce unjust laws and policies, and a man has duties other than his duties to the State, A man must honour his duties to his God and to his conscience, and if these conflict with his duty to the State, then he is entitled, in the end, to do what he judges to be right. If he decides he must break the law, however, then he must submit to the judgment and punishment that the State imposes, in recognition of the fact that his duty to his fellow citizens was overwhelmed but not extinguished by his religious or moral obligation". DWORKIN: Taking rights..., op. cit., p. 17.*

¹³⁷² "*La religión suele reflejar una visión dual de la realidad. Hay un elemento corporal o material y otro espiritual o inmaterial. Hay una realidad eterna y otra caduca o temporal. Si a Dios se le debe obedecer antes que a los hombres es claro que, para el sujeto creyente, una de esas dimensiones no es comparable y tiene prioridad. Así el libre ejercicio de la religión evitaría el especial sufrimiento moral que padecería el creyente en el caso de que se viera obligado a violar las normas religiosas en el cumplimiento de la ley civil". RUBIO LÓPEZ: La primera..., op. cit., p. 504.*

¹³⁷³ Así, el rechazo de los otros creyentes es una sanción moral que afecta en la presente vida, o la sanción religiosa aplicada por una Deidad que provoca una enfermedad o un mal presente. En cambio, la noción de condena eterna como sanción religiosa va ligada a otro plano vital: "*Pleasures or pains which may be expected to issue from the physical, political, or moral sanctions, must all of them be expected to be experienced, if ever, in the present life: those which may be expected to issue from the religious sanction, may be expected to be experienced either in the present life or in a future". BENTHAM: "An introduction to the principles...", en AAVV: Utilitarianism..., op. cit., p. 38. Ahora bien, cabe decir aun más respecto la sanción religiosa: "As to such of the pleasures and pains belonging to the religious sanction, as regard a future life, of what kind these*

rechazo del resto de creyentes, sanción religiosa tipificada en el ordenamiento religioso de que se trate, imposibilidad de salvación del alma y condenación eterna (sanción trascendente)¹³⁷⁴, etc. Hay autores que afirman que es moralmente más difícil incumplir las propias convicciones cuando dichas convicciones se basan en normas religiosas (que normalmente se consideran que manan de una deidad)¹³⁷⁵ y por razón de las sanciones de dicha naturaleza, que cuando lo mismo ocurre con normas seculares¹³⁷⁶. Como

may be we cannot know. These lie not open to our observation. During the present life they are matter only of expectation: and, whether that expectation be derived from natural or revealed religion, the particular kind of pleasure or pain, if it be different from all those which lie open to our observation, is what we can have no idea of" (p. 39).

¹³⁷⁴ "Todas las religiones aceptan que sus obligaciones éticas fundamentales dimanen de una autoridad superior y no pueden permitir que ningún poder humano les obligue a transgredir estas obligaciones divinas. Los sentimientos de culpabilidad crean también condiciones muy fuertes para no experimentar la amenaza de un castigo, que puede tener una dimensión eterna". LÓPEZ AZPITARTE: "La objeción de conciencia...", en AAVV: *Objeción de conciencia...*, op. cit., p. 102. La religión "establece un modelo de comportamiento y promueve su seguimiento como clave de salvación o meta para la liberación del hombre. Moralidad y religión aparecen vinculadas estrechamente en el Hinduismo (dharma), en el Islam (din)... Incluso podría considerarse la religión en su dimensión jurídica, como en el caso del judaísmo (Torá)". PALOMINO LOZANO: *Religión y derecho...*, op. cit., p. 118. KELSEN enfatiza la naturaleza trascendental y retributiva de la sanción religiosa mediante el ejemplo del conocido como "sermón de la montaña" (Mateo 5-7): "És palesament la recompensa celestial allò que Jesús es refereix aquí. Per consegüent, ni tan sols en aquest sistema moral que es troba en el nivell més enllairat no és exclòs enterament el principi de retribució. Sens dubte, no és promesa una recompensa terrenal, però sí una recompensa celestial, a aquell qui renuncia a emprar aquest principi aquí, a la terra, a aquell qui no torna mal per mal i no es limita a tornar bé per bé. Alhora, fins i tot un càstig en el més enllà pertany a aquest sistema que rebutja un càstig aquí, a la terra. Es tracta d'un ordre moral que estatueix sancions transcendents, i en aquest sentit és un ordre moral religiós; però no es tracta pas d'un ordre moral sense cap mena de sancions". KELSEN: *Teoria pura...*, op. cit., Vol. I, p. 71. De dicho sermón, sobre el cual se ha escrito profusamente durante siglos por su relevancia respecto al comportamiento de los cristianos, se ha dicho que "en cap cas no pretén ser un codi de dret canònic o una proposta de lleis immutables, sinó que proposa un ideal dinàmic de vida cristiana, compromesa amb el projecte de Déu (allò que Jesús anomenava el regnat de Déu)". ALEGRE SANTAMARÍA, Xavier: "L'ensenyament bíblic: què va ensenyar Jesús a propòsit del matrimoni?", en AAVV: "Refer la via. Divorci, acollida i comunió". *Quaderns Cristianisme i Justícia*, 2014, núm. 192, p. 9.

¹³⁷⁵ "To force anyone to act against conscience is to force that person to act against that person's reason and so against that person's nature. It is to compel an act in the strictest sense contra naturam if the nature of human beings is a rational nature (...). For any believer in God, stronger still. To command anyone to perform an action against conscience is to command that person to act against what is perceived as the command of God, to violate that person's duty of obedience to God. On has a moral right not to be forced to act against one's nature or against one's obligation to obey God". NOONAN JR, John T.: "The tensions and the ideals", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, p. 595.

¹³⁷⁶ En relación a los objetores por motivos religiosos se ha afirmado, por ejemplo, que "they face a more painful choice than other objectors. I will consider arguments that belief in «extratemporal consequences» or a transcendent source of moral truth make the claim of a religious person more powerful than that of a nonebeliever". GREENWALT: *Conflicts of law...*, op. cit., p. 324. Asimismo se ha afirmado: "Qualsevol ordre social que sigui realment efectiu fins a cert grau exerceix una coacció psíquica, i n'hi ha alguns - com, per exemple, els religiosos - que l'exerceixen encara en una mesura més gran que l'ordre jurídic". KELSEN: *Teoria pura...*, op. cit., Vol. I, p. 81. Tal tipología de afirmaciones no se cumplirá en todos los casos. No todos los sistemas religiosos reaccionan ante los incumplimientos de forma igualmente intensa o violenta; ni todos los individuos que se rijan por valores seculares se someten a dichas convicciones de idéntica manera. Piénsese por ejemplo en un militar que prefiere morir antes que faltar a su deber (moral y jurídico) o traicionar a su patria. Dicho sentido del deber o de la lealtad probablemente no se basará en valores religiosos, sino sobre un código de conducta tradicionalista y corporativo como es el del ejército.

afirmación general ha de ser rechazada, pues dependerá de cada caso y de cada individuo, aunque ciertamente para un sujeto muy religioso que teme el castigo divino (incluida la condenación eterna y la no salvación), y pretende contar con el favor o gracia divinos¹³⁷⁷, dicha sanción le puede parecer más difícil de asumir (especialmente cuando su confesión no conoce de instituciones como la penitencia o similares¹³⁷⁸), que otras sanciones de naturaleza no trascendente provenientes de un sistema moral secular¹³⁷⁹;

¹³⁷⁷ Aunque dependerá de cada caso, el creyente no cumple en muchas ocasiones con la convicción religiosa por miedo al castigo o la eventual imposición de una sanción; sino que deseará contar con el favor divino, agradar a su divinidad con sus actos y actuará de acuerdo con sus mandamientos. E incluso en el supuesto de algunas religiones el creyente querrá obtener recompensas asimismo divinas. Es la tradicional dualidad religiosa entre castigo y recompensa. Desde el prisma utilitarista Bentham lo describía del siguiente modo: "*The pleasures of piety are the pleasures that accompany the belief of a man's being in the acquisition or in possession of the good-will or favour of the Supreme Being: and as a fruit of it, of his being in a way of enjoying pleasures to be received by God's special appointment, either in this life, or in a life to come. These may also be called the pleasures of religion, the pleasures of religion disposition, or the pleasures of the religious sanction*". BENTHAM: "An introduction to the principles...", en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., p. 46. Dentro de la sistemática utilitarista, tales placeres son contrapuestos por el autor al sufrimiento que conlleva no agradar a la Deidad: "*The pains of piety are the pains that accompany the belief of a man's being obnoxious to the displeasure of the Supreme Being: and in consequence to certain pains to be inflicted by his special appointment, either in this life or in a life to come. These may also be called the pains of religion; the pains of a religious disposition; or the pains of the religious sanction. When the belief is looked upon as well-grounded, these pains are commonly called religious terrors; when looked upon as ill-grounded, superstitious terrors*" (p. 49). Desde un punto de vista jurídico resulta indiferente si los motivos que condicionan la conducta del creyente se basan en posiciones ortodoxas o heterodoxas; correctas o erróneas teológicamente hablando; si son fruto del miedo a la sanción religiosa o si se desea realmente agradar a la Deidad de que se trate. Lo relevante jurídicamente es que lo que motive la conducta del trabajador - creyente 1) sea una convicción, sincera, no una mera idea, integrante de su cosmovisión; 2) sea una convicción religiosa, y no de otra naturaleza. En todo caso, aquí se evidencia que la conducta de la persona puede verse condicionada por miedo a la sanción religiosa, o por el deseo de agradar a su Deidad, de ahí que en ambos casos se pretenda por todos los medios cumplir con las normas religiosas origen de sus convicciones. Al ser un muy potente e inveterado sistema de control social, al igual que el ordenamiento jurídico, el sujeto puede incluso llegar a ejecutar conductas u omitirlas que conduzcan a graves vulneraciones de derechos fundamentales de otros ciudadanos. Por ejemplo, varios estudios empíricos han demostrado que muchos activistas del grupo terrorista Hamás han llevado a cabo acciones suicidas por la promesa religiosa de ir al paraíso donde se disfrutaría de grandes placeres por toda la eternidad (por ejemplo, la tradicional promesa de setenta y dos vírgenes). JUERGENSMEYER: *Terror in the mind...*, op. cit., p. 198. Así, la promesa religiosa (como ocurre asimismo con las ideologías más intransigentes) en este caso condiciona la conducta del creyente que, a su vez vulnera un derecho fundamental de otra persona, como es la vida, para agradar a su Deidad. Y la obtención de la gracia divina depende de cada confesión religiosa, pero también de cada creyente: "*Grace is the gift presumably of a gracious God. He gives it to whomever He pleases, to those who deserve it (as if recognized by a jury of angels) or to those whom He makes deserving, for reason known only to Himself. But we know nothing about these gifts. Insofar as men and women come to believe themselves saved, or are believed by others to be saved, they are recipients of a social good, its distribution mediated by an ecclesiastical organization or a religious doctrine*". WALZER: *Spheres of justice...*, op. cit., p. 243.

¹³⁷⁸ Es el caso, por ejemplo del judaísmo o del protestantismo ascético, a diferencia de la Iglesia Católica: "*El hecho de que el judaísmo, por una parte, el protestantismo ascético, por otra, no conozcan ni confesión ni dispensación de gracia a través de persona alguna ni tipo alguno de gracia sacramental mágica, ha ejercido históricamente sobre ellos una presión extraordinariamente fuerte en el sentido del desarrollo de una forma de vida racional desde el punto de vista ético, común a ambos tipos de religiosidad, por fuertes que sean las diferencias que en otros aspectos los separan. Falta la posibilidad de un paliativo, como el que proporcionaban la institución de la penitencia y la gracia institucional*". WEBER: *Sociología...*, op. cit., p. 235.

¹³⁷⁹ Por ejemplo, y a similitud con la gran mayoría de tradiciones religiosas, la teología protestante otorga a la norma moral la función de adecuar las conductas de los fieles en su día a día, pues

por ejemplo, el rechazo social de los otros ciudadanos, vecinos o compañeros de trabajo¹³⁸⁰. No obstante, también se puede pensar en el caso de un pacifista que fundamenta su postura en normas morales seculares y que se le obliga a entrar en el servicio de armas y ha de matar a otra persona. En ese caso la sanción moral para dicha persona será insufrible, sus remordimientos de conciencia difícilmente superables. Lo realmente relevante a efectos jurídicos es la gravedad de la afectación de la dignidad de cada persona, base sus convicciones en un sistema religioso, o bien en un sistema secular. Por esa misma razón, y además porque el Estado ha de ser neutral ante el hecho religioso, la protección jurídica y las garantías serán idénticas tanto para la objeción de conciencia que se fundamente en normas religiosas, como para la que encuentre su soporte en normas o convicciones seculares, siempre y cuando se tenga en cuenta las características distintivas de cada plano. El mismo valor posee ante el Estado y *erga omnes* la objeción de conciencia de un individuo que pertenece a una organización religiosa, política o de cualquier otra índole, que la que no milita en organización o asociación alguna.

2) Objeción de conciencia *secundum legem*¹³⁸¹: el ordenamiento prevé una excepción, una exención, a la aplicación de la norma jurídica o un comportamiento alternativo precisamente para el caso de que la persona afectada se encuentre en la disyuntiva de acatar la obligación religiosa o la regla general de comportamiento u obligación impuesta por la norma jurídica de aplicación general. Dicha excepción al cumplimiento de la norma

dicha tipología de precepto "*has a civil use to restrain persons from sinful conduct by threat of divine punishment*". WITTE JR.: "«The three uses of law»..." en AAVV: *Religion, public life...*, op. cit., p. 177. Y en dicho rol es relevante la amenaza de ser sancionado: "*Threatened by divine sanctions, they obey the basic commandments of the moral law - to obey authorities, to respect their neighbor's person and property, to honor their marital vows, and to testified truthfully*" (p. 178). Para FEUERBACH la perfección moral ligada a la religión, la salvación y la felicidad van unidas: "*La idea de ser moralmente perfecto no es una idea solamente teórica y pacífica, sino, al mismo tiempo, práctica, que exhorta a la acción y la imitación y me pone en tensión y en contradicción conmigo mismo. Pues al decirme lo que debo ser, me dice sin ninguna clase de adulación lo que no soy. Y esta discrepancia es en la religión tanto más dolorosa y tanto más terrible por cuanto enfrenta al hombre con su propio ser, como si fuera otro, y además como si fuera un ser personal, como un ser que actúa y maldice a los pecadores excluyéndolos de su gracia, de toda fuente de salvación y de felicidad*". FEUERBACH: *La esencia...*, op. cit., p. 98

¹³⁸⁰ Por ejemplo, en el histórico caso *Reynolds v. United States*, 98 US 145 (1878), motivado por la condena de un mormón por poligamia (fenómeno que causaba en Estados Unidos un gran rechazo social), entre los hechos probados se recogió la posibilidad de que el creyente sufriera condena eterna si no cumplía con sus obligaciones religiosas: "*that it was the duty of male members of said church, circumstances permitting, to practise polygamy; (...) that this duty was enjoined by different books which the members of said church believed to be of divine origin, and, among others, the Holy Bible, and also that the members of the church believed that the practice of polygamy was directly enjoined upon the male members thereof by the Almighty God, in a revelation to Joseph Smith, the founder and prophet of said church; that the failing or refusing to practise polygamy by such male members of said church, when circumstances would admit, would be punished, and that the penalty for such failure and refusal would be damnation in the life to come*". Cosa distinta es que el Tribunal entendiera que pesara más la norma penal por el rechazo social que causaba la poligamia que el respeto del derecho a la libertad religiosa.

¹³⁸¹ En relación a las objeciones *secundum legem* se ha afirmado que "*aunque siempre haya objeciones al margen de las previstas por la ley, la regulación por ley de lo que se llamaría ya no objeciones, sino opciones (pactada o no con las confesiones en determinados supuestos), podría servir de pauta a los jueces en algunos casos, y ofrecería mayores garantías a las partes litigantes, en un sistema parlamentario como el nuestro, en el que además el juez no está sometido al precedente judicial*". ROCA FERNÁNDEZ: "Dignidad de la persona...", en AAVV: *Opciones de conciencia...*, op. cit., p. 40.

puede estar recogida en cualquiera de las fuentes del Derecho: leyes internacionales, Constitución, convenio colectivo, acuerdo de empresa, contrato de trabajo, etc. Lógicamente habrá que relacionar qué norma establece la excepción con la naturaleza y rango de la norma excepcionada. Por ejemplo, una cláusula contractual no puede excepcionar una ley, a menos que dicha ley no sea imperativa y prevea precisamente que su *ratio* sea disponible por las partes¹³⁸². También hay autores que consideran que existiría objeción de conciencia cuando no se excepciona una obligación jurídica mediante la aplicación de una norma alternativa, pero se exonera de aplicarse la sanción o la consecuencia jurídica indeseada para dicho supuesto de hecho¹³⁸³. Pero lo cierto es que, en puridad, si se exonera de la sanción, realmente lo que se está haciendo es inaplicar la norma jurídica que prevé dicha consecuencia negativa.

La objeción de conciencia *secundum legem* o impropia no es considerada por algunos autores una verdadera objeción de conciencia, ya que el ordenamiento jurídico ofrece una solución al caso sin que el afectado deba contravenir precepto jurídico alguno¹³⁸⁴. Al contrario, si se analiza correctamente el supuesto hay que afirmar que sí se trata de una verdadera objeción de conciencia, pues se produce un conflicto entre norma jurídica y moral, pero al que el ordenamiento le otorga de forma inmediata una solución asimismo

¹³⁸² Al respecto, hay que diferenciar entre normas de *ius cogens* o imperativas y de *ius dispositivum* o dispositivas. Las normas de *ius dispositivum*, que son muy utilizadas en el Derecho del Trabajo y especialmente en el Derecho de obligaciones civil, vincularán a los destinatarios siempre que dichos destinatarios no establezcan otras para regular sus relaciones privadas. CAPELLA HERNÁNDEZ: *Elementos de análisis...*, op. cit., p. 96.

¹³⁸³ En tal sentido, se ha definido la objeción de conciencia del siguiente modo: "*Derecho subjetivo que tiene por objeto lograr la dispensa de un deber jurídico o la exención de responsabilidad cuando el incumplimiento de ese deber se ha consumado. Son presupuestos habilitantes para el ejercicio del derecho, de un lado y como es obvio, venir llamado al cumplimiento del deber jurídico y, de otro, mostrar una conciencia contraria a la realización de la conducta que constituye el contenido del deber. La consecuencia jurídica del ejercicio del derecho, esto es su finalidad, consiste en lograr la exención del deber sin sufrir al mismo tiempo la reacción que el ordenamiento prevé para el incumplimiento de la obligación; reacción que muchas veces será una sanción penal o administrativa, pero que puede tener también un carácter civil o laboral*". GASCÓN ABELLÁN: *Obediencia al Derecho...*, op. cit., p. 249.

¹³⁸⁴ Se ha definido la objeción de conciencia como una "*reacción individual ante una auténtica contradicción entre norma de conciencia y norma jurídica, de manera que una prohíbe lo que la otra tipifica como obligatorio*), y no ante la mera discordancia por regular el Derecho imperativamente una conducta que la conciencia individual considera de libre decisión personal". LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la libertad...*, op. cit., Vol. II, p. 351. Otra definición es la de "*reacción individual, consciente y voluntaria, derivada de la contradicción entre la conciencia del sujeto y el contenido o fundamento de un deber jurídico, que consiste en el incumplimiento del comportamiento estipulado por éste, acogiéndose al cumplimiento de un deber que se plantea como alternativo o, en caso de que no se recoja tal posibilidad, pretendiendo la exención de responsabilidad jurídica por la conducta*". CAPODIFIERRO CUBERO: *La objeción de conciencia...*, op. cit., p. 86. Dicho autor admite la objeción frente a normas cuya excepción no esté prevista normativamente, aunque considera que la viabilidad de dicha objeción es muy poco probable en estos casos. Tal aserción ha de ser matizada. No es lo mismo que la excepción no esté regulada expresamente, que de forma implícita se derive una excepción del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en aplicación del art. 16.1 CE. Obviamente su viabilidad estará condicionada en buena parte por el desarrollo que haya realizado el Legislador. Una ulterior definición de objeción de conciencia la caracteriza como "*la actitud de aquel que se niega al cumplimiento de una ley o mandato de la autoridad por mantenerse fiel a sus propias exigencias interiores. Es una desobediencia individual y estrictamente privada, cuando la voz de su conciencia o los preceptos de su fe le impide realizar una determinada acción que se impone o se tolera por la legislación civil*". LÓPEZ AZPITARTE: "La objeción de conciencia...", en AAVV: *Objeción de conciencia...*, op. cit., p. 115.

según lo previsto en la ley, que es precisamente el supuesto más deseable. Si no se produce dicho conflicto, no se exceptuará la norma que se iba a aplicar, aunque se deberá estar al supuesto de hecho previsto por cada norma que definirá qué condiciones han de concurrir para la exención. La persona llamada a cumplir con una obligación opta por una posibilidad asimismo reconocida en otra norma jurídica que le permite eximirse de la obligación cuya ejecución contraviene sus convicciones religiosas, o simplemente se le exime de forma automática de cumplir con dicha obligación si alega el conflicto. Será la configuración normativa la que dispondrá si basta la mera alegación de las convicciones, su acreditación o la mera solicitud de aplicación del precepto que posibilita la exención por existir un conflicto con las convicciones propias¹³⁸⁵.

Se puede citar el siguiente ejemplo en el contexto de las relaciones laborales: unos trabajadores se ven obligados a comer en el centro de trabajo con motivo de su disponibilidad operativa por si surge alguna emergencia. La cantina de la empresa ofrece como norma un menú que contiene cerdo, pero, ante la posibilidad de que haya trabajadores que por motivos religiosos o de otra índole no puedan ingerir cerdo, se ofrece un menú alternativo previa solicitud del trabajador. La empresa soluciona así el conflicto entre la necesidad de comer en la empresa (orden empresarial plenamente legítima de acuerdo con la ley) y las convicciones religiosas del trabajador. Por cierto, en el supuesto planteado el trabajador puede solicitar el menú alternativo sin ni siquiera tener que alegar las razones médicas, religiosas o de otra índole, con lo que el modo proactivo de la empresa para solventar problemas de conciencia es además especialmente respetuoso con el art. 16.2 CE que establece que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Así, el sistema establecido por la empresa por un lado acomoda el modo de ejecución del contrato de trabajo y las convicciones propias y, al mismo tiempo, dicha acomodación se lleva a cabo de forma que el trabajador no deba exteriorizar sus convicciones.

El problema surgirá cuando de la normativa jurídica de aplicación no se desprenda expresamente una excepción al cumplimiento de la obligación que permita al destinatario no incurrir en un conflicto con sus convicciones religiosas. Naturalmente, el conflicto se materializará cuando tampoco el afectado pueda transigir en sus convicciones a favor de la obligación jurídica, por tratarse de aspectos esenciales de dichas convicciones religiosas. Por ejemplo, el Derecho islámico y el judío clasifican las acciones humanas en categorías que van más allá de la clásica tripartición formal de los actos en obligatorios, permitidos y prohibidos. Así, tales sistemas religiosos añaden dos nuevas tipologías de gran calado ético: los actos recomendados y los actos desaconsejados¹³⁸⁶. Por lo tanto, si

¹³⁸⁵ La OCDE explica en "Guidelines for review of legislation pertaining to religion or belief", aprobado por la OCDE en junio de 2004, varias posibilidades en cuanto a la técnica legislativa: *"The laws governing possible exemption from laws of general applicability are in two basic forms. The first are in the form of general constitutional provisions or human rights instruments that defend generally rights of religion and belief and imply that exemptions should be provided when matters of conscience are implicated. The second form is much more specific and provides exemptions for particular actions, such as a statutory provision that exempt conscientious objectors from military service (usually with a requirement to perform alternative service). It is important that laws affecting religion and belief be drafted in a way that is cognizant of the general guiding principles of constitutional norms and human rights standards, and that specific statutory exemptions be drafted and applied in a way that is fair to those with conscientious objections but without unduly burdening those who do not have such objections"*.

¹³⁸⁶ FERRARI: *El espíritu de los derechos...*, op. cit., pp. 88 y 107. La teología moral católica clasifica los actos humanos entre buenos, malos e indiferentes. Por otro lado, el Derecho Canónico no esta

resulta que de la norma jurídica secular se desprende una obligación incondicional de llevar a cabo una conducta y el destinatario de la norma entiende que la conducta recomendada, pero no obligada por sus convicciones, es justo la contraria resulta evidente que no habrá objeción de conciencia. Ha de insistirse en que desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español es indiferente que en el sistema religioso concreto la conducta sea obligatoria o simplemente recomendada o desaconsejada, sin perjuicio de su valor probatorio en cuanto a la prueba de la sinceridad de las creencias, ya que lo realmente relevante es el sentido que le da el destinatario de la norma a dicha conducta incompatible según sus convicciones personales, más allá de su corrección doctrinal o no desde el punto de vista del ordenamiento jurídico religioso o teológico. El órgano jurisdiccional no puede caer nunca en el error de convertirse en fiscalizador de la corrección teológica de una conducta: en primer lugar, porque no está preparado para ello; pero, en segundo lugar y lo que es más relevante: se extralimitaría de sus funciones¹³⁸⁷. Eso sí, es plenamente competente para determinar la sinceridad de las creencias.

Es interesante destacar que si bien el trabajador judío o el musulmán acudirán preferentemente a su Derecho sagrado o religioso para encontrar respuestas a sus conductas diarias, también en el ámbito laboral¹³⁸⁸, el creyente católico difícilmente acudirá al Derecho Canónico. Aunque el Código de Derecho Canónico podría presentarse también como un ordenamiento ético, pues establece normas de conducta¹³⁸⁹, no pretende ser considerado como un sistema completo de regulación de comportamientos¹³⁹⁰. Si se examina el Título I del *Codex* que comprende de los cánones

conformado sólo por preceptos y prohibiciones, sino también por exhortaciones y consejos (p. 107).

¹³⁸⁷ Precisamente se ha criticado la siguiente sentencia del Tribunal Supremo de la Gran Bretaña por traspasar el Tribunal del Derecho secular para tratar de cuestiones privativas del ámbito teológico: E, R (on the application of) v Governing Body of JFS & Anor [2009] UKSC 15 (16 de diciembre de 2009). En dicha sentencia se discute lo siguiente: una escuela confesional judía reservaba plazas a los alumnos que se pudieran considerar judíos según los parámetros del judaísmo ortodoxo. Por tal razón, desestima la solicitud de ingreso de un alumno judío según unos parámetros religiosos diferentes a los establecidos por el centro educativo. La sentencia contiene varios votos disidentes de la mayoría, ya que dicha mayoría considera que ha habido discriminación (por razones raciales), una opción muy polémica, ya que condiciona fuertemente los requisitos de admisión de las escuelas confesionales judías, pero no a las de otras confesiones con otros parámetros. Una crítica de la sentencia puede encontrarse en TRIGG: *Equality, freedom..., op. cit.*, pp. 115-118.

¹³⁸⁸ Los preceptos del Derecho sagrado o religioso al regular las conductas que han de seguir los fieles en supuesto muy variados pueden obviamente condicionar, incluso obstaculizar e impedir, la dinámica de la actividad económica: "*Los libros sagrados de los indios, el islam, de los parsis o de los judíos, así como los libros clásicos de los chinos tratan en el mismo sentido las normas de ceremonial y ritual que las disposiciones jurídicas. El derecho es derecho «sagrado». El dominio de un derecho modelado por la religión constituye una de las limitaciones decisivas a la racionalización del orden jurídico y, por tanto, de la economía*". WEBER: *Sociología..., op. cit.*, p. 252.

¹³⁸⁹ "*The canon law has (...) always been connected with the «internal forum» of conscience. It is also separate, however, because it is designed to govern the conduct of Christian people in the world, doing so by a combination of prohibition, command, and moral guidance. Canon law is not all spirit. Inevitably, a large part of it has provided detailed rules for the governance of the church - regulations of conduct by the clergy, instructions for the performance of the sacraments, and directions for decision-making within the church*". HELMHOLZ: "Western canon...", en AAVV: *Christianity and law..., op. cit.*, p. 71.

¹³⁹⁰ Es más, incluso en la Edad Media se complementó con el Derecho Romano: "*El Derecho canónico nunca ha pretendido ser un ordenamiento jurídico completo para toda la sociedad, pues*

208 a 223, precisamente lleva el título de “De la obligaciones y derechos de todos los fieles” (el canon 209 del vigente Código de 1983 contiene el principio de interioridad de las normas canónicas)¹³⁹¹. Por ejemplo, el apartado primero del canon 748 establece un deber para todas las personas: “*Todos los hombres están obligados a buscar la verdad en aquello que se refiere a Dios y a su Iglesia y, una vez conocida, tienen, por ley divina, el deber y el derecho de abrazarla y observarla*”. Ahora bien, si por ejemplo un judío acudirá a la ley, al Talmud o la Torá (Pentateuco), para obtener una orientación ética, pues dicho cuerpo normativo prevé reglas que regulan hasta el último detalle del comportamiento humano para agradar al Creador, en lo que supone una recopilación de preceptos no sólo cuantitativamente superior, sino también superior desde un punto de vista cualitativo respecto a cualquier otra religión¹³⁹². El católico no acudirá al Derecho religioso, sino a otras fuentes de conocimiento, como puede ser el Nuevo Testamento o el Catecismo¹³⁹³.

incluso cuando en la Baja Edad Media tuvo mayor influencia, lo fue siempre en unión indisoluble al Derecho romano en un ius commune. Para la Iglesia el Derecho canónico no ha de ser otra cosa que su ordenamiento jurídico interno, y no pretende su aplicación como ordenamiento de la sociedad civil: el ideal católico no va más allá de que los fieles influyan todo lo puedan en los órganos legisladores para obtener legislaciones inspiradas por la doctrina cristiana en aspectos morales básicos”. BUENO SALINAS y GUTIÉRREZ DEL MORAL: *Proselitismo religioso...*, op. cit., p. 78.

¹³⁹¹ El apartado primero del citado canon 209 reza del siguiente modo: “*Los fieles están obligados a observar siempre la comunión con la Iglesia, incluso en su modo de obrar*”. Y el segundo apartado completa el precepto en los siguientes términos: “*Cumplan con gran diligencia los deberes que tienen tanto respecto a la Iglesia universal, como en relación con la Iglesia particular a la que pertenecen, según las prescripciones del derecho*”.

¹³⁹² Lo que comportará obviamente que sea necesario un conocimiento superior por parte del creyente: “*Ya en la época de la educación de Jesús el conocimiento de la la ley judía obligatorio para el realmente piadoso va mucho más allá, no sólo cuantitativa, sino también cualitativamente, que el dominio de la Biblia del puritano y en todo caso cabe compararlo a las leyes rituales de indios y persas, con la diferencia que contiene en mucha mayor medida, junto a normas a meras normas rituales y de tabú, también prescripciones morales*”. WEBER: *Sociología...*, op. cit., p. 293.

¹³⁹³ FERRARI: *El espíritu de los derechos...*, op. cit., pp. 108-109. Frecuentemente se ha criticado, no obstante, que los fieles cristianos (católicos o no) se guían más en el día a día por costumbres y tradiciones que no por el Nuevo Testamento: “*By Christianity I here mean what is accounted such by all churches and sects - the maxims and precepts contained in the New Testament. These are considered sacred, and accepted as laws, by all professing Christians. Yet is scarcely too much to say that not one Christian in a thousand guides or tests his individual conduct by reference to those laws. The standard to which he does refer it, is the custom of his nation, his class, or his religion profession. He has thus, on the one hand, a collection of ethical maxims, which he believes to have been vouchsafed to him by infallible wisdom as rules for his government; and on the other a set of every-day judgements and practices, which go a certain length with some of those maxims, not so great a length with others, stand in direct opposition to some, and are, on the whole, a compromise between the Christian creed and the interests and suggestions of worldly life. To the first of these standards he gives his homage; to the other his real allegiance*”. STUART MILL: “On liberty”, en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., p. 119. El autor hace referencia a aquellas morales más secularizadas y a aquellas confesiones religiosas más adaptadas y adaptables al día a día de una sociedad moderna (intercambios económicos, tráfico jurídico, ejercicio profesional, etc.). El autor completa su idea preguntándose qué puede entenderse por “moral cristiana”: “*If it means the morality of the New Testament, I wonder that anyone who derives his knowledge of this from the book itself, can suppose that it was announced, or intended, as a complete doctrine of morals. The Gospel always refers to a pre-existing morality, and confines its precepts to the particulars in which that morality was to be corrected, or superseded by a wider and higher; expressing itself, moreover, in terms most general, often impossible to be interpreted literally, and possessing rather the impressiveness of poetry or eloquence than the precision of legislation. To extract from it a body of ethical doctrine, has never been possible without eking it out from the Old Testament, that is, from a system elaborate indeed, but in many respects barbarous, and intended only for a barbarous people*” (p. 125).

Si existe una incompatibilidad formalmente insalvable habrá que examinar entonces si de la normativa que pueda ser de aplicación se desprende implícitamente una excepción al ineludible cumplimiento de la obligación, especialmente en aplicación el art. 16.1 CE. Si no se desprende excepción alguna, el objetor habrá de asumir las consecuencias jurídicas, pues si la objeción de conciencia es real hará valer sus convicciones religiosas por encima de la norma jurídica. En España, a diferencia de Portugal, se ha optado por no desarrollar el derecho constitucional a la libertad religiosa de una forma detallada de los supuestos de hecho concretos, dejando a operadores jurídicos que decidan caso por caso si debe prevalecer dicho derecho u otro, y modularlo al supuesto concreto. Como se ha dejado dicho, el derecho a la objeción de conciencia es un derecho diferenciado, y en cierto punto autónomo del derecho fundamental a la libertad religiosa, por lo que en buena parte se verá influenciado por su dinámica (dada su instrumentalidad), pero en ningún caso tiene su misma fuerza expansiva, al contrario: si el derecho a la libertad religiosa ha de interpretarse de la forma más favorable a su aplicación, ello no ocurre ante un derecho cuyo ejercicio es tan excepcional como la objeción de conciencia, que ante falta de una regulación expresa de cada supuesto, ha de aplicarse de forma restrictiva.

Por tal razón, en la presente investigación se sostiene que, como regla general, el trabajador antes de incumplir una obligación e incurrir en desobediencia (objeción de conciencia) ha de intentar ejercer su derecho a la libertad religiosa utilizando los instrumentos jurídicos a su alcance: solicitud de medidas cautelares en la Jurisdicción Social (aunque comúnmente no se sea consciente de ello, es importantísima la relevancia de los Juzgados Sociales en la defensa del derecho a la libertad religiosa, ya sea de forma directa, ya sea instrumentalmente a través del derecho a la objeción de conciencia); acuerdo con el empresario de suspensión de la orden hasta que un órgano jurisdiccional se pronuncie sobre su legalidad/constitucionalidad, etc.

Es cierto que cuando una ley encuentra una resistencia generalizada es muy probable que conviene que sea reformada desde un punto de vista democrático; o que incluso pueda llegar a ser inconstitucional¹³⁹⁴. Pero en todo caso, la reforma ha de ser llevada a cabo por el órgano legislativo legitimado para ello, y de acuerdo con criterios de oportunidad política (lo que dirá mucho sobre la cualidad democrática de los gobernantes en un momento dado) y la inconstitucionalidad ha de ser determinada por los órganos jurisdiccionales ordinarios o, en última instancia y sin perjuicio de los Tribunales supranacionales en relación a la adecuación a la normativa internacional (como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) por el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución. En ningún caso, el trabajador se puede arrogar la legitimidad de determinar qué es constitucional y qué no; más allá del legítimo *ius resistentiae* cuyo fundamento y límites han sido desarrollados por la doctrina iuslaboralista desde hace años. En un Estado democrático de Derecho, inmerso en una social global y plural, la Constitución y las cartas internacionales de derechos humanos marcan las reglas del juego; el legislador puede y

¹³⁹⁴ "In the United States, at least, almost any law which a significant number of people would be tempted to disobey on moral grounds would be doubtful - if not clearly invalid - on constitutional grounds as well. The constitution makes our conventional political morality relevant to the question of validity; any statute that appears to compromise that morality raises constitutional questions, and if the compromise is serious, the constitutional doubts are serious also". DWORKIN: *Taking rights...*, op, cit., p. 208.

debería facilitar la aplicación de dichas reglas del juego¹³⁹⁵, aunque frecuentemente se abstenga de ello. Y, finalmente, los órganos jurisdiccionales tienen la última palabra en cada caso concreto, de ahí su importancia, pues su labor, no exenta de presión y hartazgo complejo, es crucial para garantizar la eficacia de los derechos en conflicto¹³⁹⁶.

El rechazo al cumplimiento de la norma jurídica debe venir motivado por las convicciones religiosas, unas convicciones religiosas sinceras; no por conveniencia, por un criterio de oportunidad u otras razones peregrinas. Además, la obligación jurídica debe entrar en contradicción con preceptos religiosos de cierta entidad, con el "núcleo duro" de las convicciones, no con normas secundarias, auxiliares o cuyo cumplimiento según el sistema religioso que se siga permita flexibilidad¹³⁹⁷. Por tal razón se justificaría la objeción de conciencia, pues de otro modo el destinatario de la obligación jurídica vería negada su libertad religiosa y, por ende, sufriría un quebranto de su dignidad, al no poder adecuar su comportamiento a sus más íntimas convicciones. A veces dicho conflicto ha sido caracterizado como un conflicto de intereses, eso sí, un conflicto de intereses grave, cualificado, entre una norma jurídica y una norma suprema de las que conforman las convicciones individuales¹³⁹⁸. Si no concurre dicha gravedad no habrá objeción de conciencia, sino una mera discrepancia no amparada por tal derecho y que si guarda trascendencia jurídica, sería de acuerdo con otros cauces diferentes.

El objetor puede reaccionar con un hacer cuando la norma jurídica impone la omisión; y al revés, puede omitir una conducta que la norma jurídica entiende obligatoria. En todo caso, la norma jurídica secular ha de imponer una obligación de hacer u omisión, o sea una conducta, que en principio sea jurídicamente exigible¹³⁹⁹. El potencial objetor puede

¹³⁹⁵ El desarrollo legal de los derechos fundamentales puede ayudar decisivamente a solventar los conflictos en las relaciones *inter privatos*: "La interposición del legislador aparece como el camino adecuado para la tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones y peligros procedentes del ámbito no estatal. Así cumple la Ley su clásica tarea de delimitar la libertad de unos frente a la libertad de los otros. Tal tarea debería ser tomada en serio, incluso cuando pueden existir también razones para preferir su desplazamiento hacia la jurisprudencia". HESSE, Konrad: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1995, p. 66.

¹³⁹⁶ "The constitution specifies a just political procedure and incorporates restrictions which both protect the basic liberties and secure their priority. The rest is left to the legislative stage. Such a constitution conforms to the traditional idea of democratic government while at the same time it allows a place for the institution of judicial review. This conception of the constitution does not found it, in the first instance, on principles of justice, or on basic (or natural) rights. Rather, its foundation is in the conceptions of the person and of social cooperation most likely to be congenial to the public culture of a modern democratic society". RAWLS: *Political liberalism...*, op. cit., p. 339.

¹³⁹⁷ La objeción de conciencia tiene lugar cuando la contradicción se produce con las ideas, creencias, valores y vivencias que constituyen el núcleo duro de la conciencia (convicciones), que forman parte de la propia identidad personal como contenido esencial de la misma. LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la libertad...*, op. cit., Vol. II, p. 353.

¹³⁹⁸ "El objetor se encuentra ante un grave conflicto de intereses: o se somete a la norma jurídica, o bien a la norma ética que invoca su propia conciencia individual y que se le presenta con carácter de ley suprema". NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia...*, op. cit., p. 38.

¹³⁹⁹ Dicho elemento característico forma parte de la siguiente definición: "La objeción consiste en el rechazo del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible (ya provenga la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandamiento judicial o resolución administrativa)". NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia...*, op. cit., p. 37. En el citado concepto de objeción los autores incluyen "toda pretensión motivada por razones axiológicas – no meramente psicológicas – de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento

entender que la conducta impuesta es contraria a Derecho, pero para hacer frente a dicha eventualidad el ordenamiento jurídico ya ofrece herramientas para salvar la situación más allá de la autotutela, como un recurso administrativo por ejemplo si la conducta es impuesta por un acto administrativo recurrible. En cambio, la objeción de conciencia surge cuando la conducta impuesta es *a priori* jurídicamente exigible, pues aparentemente cumple con todas las formalidades legales según cada supuesto, aunque no se comparta su resultado práctico, que choca frontalmente con la conducta que imponen las convicciones personales. Es más, si de forma patente la conducta no es jurídicamente exigible, el destinatario de dicha conducta simplemente ha de hacer caso omiso de ella, con lo que tampoco existirá objeción de conciencia (por ejemplo, a un trabajador le es impartida una orden por una persona que a todas luces es ajena a su empresa).

La conflictiva STS de 11 febrero 2009, Sala Tercera (RJ 2009, 1877), dictada por el Pleno, ha tratado sobre dicho elemento de la objeción de conciencia. Sobre dicha doctrina, no obstante, cabe resaltar dos elementos: 1) como máximo intérprete de la Carta Magna el Tribunal Constitucional no ha construido ninguna doctrina al respecto, 2) al tratarse de una sentencia de la Sala Tercera ha de tenerse en cuenta con cautela cuando se está operando en relación al ámbito social del Derecho, pues en tal caso es a la Jurisdicción Social a quien le compete legítimamente crear doctrina jurisprudencial en materia de relaciones laborales. Dicha sentencia, que contiene varios Votos Particulares que disienten del parecer de la mayoría, trata de la objeción de conciencia de una alumna a las asignaturas Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos y Educación ético-cívica y Filosofía y ciudadanía¹⁴⁰⁰. Dicha sentencia parte de una interpretación del

contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento, o incluso, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley que es contraria al personal imperativo ético".

¹⁴⁰⁰ Sobre una eventual exención a cursar asignaturas por menores de edad por razón de las convicciones pueden examinarse las siguientes sentencias: STEDH de 29 de junio de 2007, caso Folgero contra Noruega y STEDH de 9 de octubre de 2007, caso Hasan y Eylem Zengin contra Turquía. La segunda sentencia es relevante asimismo porque trata de un supuesto en que los implicados siguen el alevismo, una de las ramas del Islam muy extendido en Turquía. Más antigua es la STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, que analiza un supuesto en que los padres de varios menores de edad se niegan a que sus hijos reciban educación sexual en la escuela pública donde están matriculados. Si bien la legislación danesa permitía a los padres dispensar a sus hijos de recibir formación religiosa, no ocurría lo mismo respecto a la educación sexual, de diferente naturaleza, tal y como confirma el Tribunal: "*El Tribunal destaca, en primer lugar, que el artículo 14 prohíbe en el campo de los derechos y libertades garantizados un trato discriminatorio que tenga por base o por motivo una característica personal ("situación") mediante la cual personas o grupos de personas se distinguen unos de otros. Ahora bien, nada en la legislación impugnada permite dar la impresión de que tal trato haya sido proyectado. Sobre todo, el Tribunal constata al igual que la comisión (ap. 173 del informe) que existe una diferencia de naturaleza entre la instrucción religiosa y la educación sexual, de que se trata en este caso. La primera difunde necesariamente doctrinas y no simples conocimientos; el Tribunal ya ha concluido que no ocurre lo mismo con la segunda (ap. 54, supra). Por tanto, la distinción denunciada por los demandantes se apoya sobre elementos de hecho diferentes y encaja con las exigencias del artículo 14*" (56). En los Estados Unidos hace años se conoció de un caso similar, salvando las distancias, al conocido por el Tribunal Supremo español. Se trata del caso *Mozert v. Hawkins County Board of Education*, que no llegó al Tribunal Supremo. En dicho caso de 1987 unos padres se negaron a que sus hijos asistieran a clase (objeción de conciencia) en una escuela pública de Tennessee, porque consideraban que el contenido de los libros de texto vulneraba el derecho a la libertad religiosa de sus hijos. En los libros se hablaba de niños que cocinaban, por lo que se ponía en evidencia los roles de género tradicionales; estaban en contra de contenidos que hablaban de mujeres cuyo curriculum era de reconocido prestigio; rechazaban la utilización del término "*comrade*" por su connotación comunista; consideraban que

derecho a la objeción de conciencia harto restrictiva, pues sólo la admite en aquellos casos en que se haya regulado en la Constitución, o en aquellos supuestos que hayan sido previstos legislativamente (Fundamento de Derecho Séptimo)¹⁴⁰¹. Concretamente el Tribunal advierte que *“en principio, la objeción se ejerce frente a deberes públicos válidamente impuestos”*, y que si los recurrentes entienden lesionados sus derechos han de acudir a la tutela judicial, y el escenario pues queda fuera del de la objeción de conciencia (Fundamento de Derecho Octavo). Hay que tener en cuenta que desde que se ha dictado esta sentencia, el Tribunal ha dictado más de sesenta sentencias reproduciendo los mismos argumentos.

A pesar de las reservas expresadas sobre el valor de la sentencia en relación al tema aquí tratado, la objeción de conciencia en las relaciones laborales (no se trata de doctrina emanada del Tribunal Constitucional y tampoco constituye jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo), y dejando al margen que aquí no se comparta la visión restrictiva del derecho a la objeción de conciencia en cuanto a que sólo se entienda ejercitable si ha sido prevista de forma expresa en la Constitución para un supuesto concreto o en una ley; lo cierto es que la doctrina de la Sala Tercera sobre la relación entre validez de los deberes públicos y objeción de conciencia sí es compartida aquí por lo que se dirá a continuación.

Efectivamente, la objeción de conciencia se articula frente a deberes públicos, o también privados (aunque estos últimos no queden dentro del *ratio* de la citada sentencia de la Sala Tercera), que en principio sean válidamente impuestos. Y ciertamente lo más acorde a Derecho es que el eventual objetor (el trabajador por cuenta ajena también) si siente que una obligación jurídica es contraria a un derecho fundamental cuya titularidad ostente, por ejemplo el de libertad religiosa, opte primero por impugnar dicha obligación jurídica utilizando los instrumentos legales que correspondan, incluso postulando medidas cautelares. Sólo si la articulación de dichos recursos legales no resulta efectiva porque la obligación jurídica es de cumplimiento inminente, y tal extremo no es argumentado por la sentencia de la Sala Tercera comentada, no le quedará otro remedio al destinatario de la obligación jurídica que objetar, desobedecer.

los textos promovían el hinduismo, etc. Sobre dicho caso puede consultarse NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, *op. cit.*, pp. 327-334. Sobre esta temática es interesante traer a colación un pequeño fragmento de la STC 5/1981 de 13 febrero (BOE 16 de julio de 2010), dictada en pleno: *"Por imperativo del mismo precepto (artículo 27.2 CE) el alumno debe ser educado en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Si, como escribió Kelsen, «la educación para la democracia es una de las principales exigencias de la democracia misma», es evidente que el Estado no podría permitir, en aras de un pluralismo educativo mal entendido, la existencia de centros docentes privados inspirados por idearios educativos totalitarios o antidemocráticos. El citado artículo 27.2 es garantía de que esto no podrá ocurrir en nuestro ordenamiento"* (Fundamento Jurídico Décimo).

¹⁴⁰¹ Es interesante al respecto el Voto Particular formulado por el Magistrado José Manuel Sieira Míguez, al que se adhieren los Magistrados José Díaz Delgado y Celsa Pico Lorenzo, y que no discrepa del contenido del fallo mayoritario, sino de los términos en que se enfoca el derecho a la objeción de conciencia. El Voto defiende la tesis defendida en la presente investigación: la posibilidad de objetar, cuya decisión sería fiscalizada en vía jurisdiccional sin necesidad de una *interpositio legislatoris*. Tal Voto se hace eco asimismo de la distorsionadora afirmación que se reproduce a continuación y que parece contradecir la restricción inicial a la objeción de conciencia fuera de los casos expresamente previstos: *"Es importante aclarar que esta Sala no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido"*.

Ha sido una lástima que la STC 28/2014, de 24 febrero (BOE 25 de marzo de 2014), no entrara en el fondo del asunto y se sentara una doctrina mínimamente sistemática y estructurada sobre el derecho a la objeción de conciencia cuando tal derecho no está expresamente reconocido ni en la Constitución, ni en la ley; al menos en cuanto respecta a las relaciones entre ciudadanos y la autoridad. En tal supuesto, el recurso de amparo contra la STS (Sala III) de 17 septiembre 2009 (RJ 2009, 5374) fue desestimado por falta de legitimación. Es interesante destacar que no se produjo ninguna desobediencia a obligación jurídica alguna, pues los padres del hijo escolarizado solicitaban en su nombre tener derecho a la objeción de conciencia (no asistir a las clases obligatorias de Educación para la Ciudadanía), no objetaban en sí. Así, el Tribunal considera que no se puede formalizar un recurso de amparo *ad cautelam*: "*En el caso que ahora nos ocupa, la recurrente carece de interés legítimo, por cuanto pretende la utilización del recurso de amparo como una acción contra una lesión de derechos meramente eventual o potencial, no como una reacción frente a una vulneración de los derechos real. En efecto, cuando la ahora demandante elevó la solicitud a la Administración educativa de la Junta de Andalucía (7 de septiembre de 2007) resultaba que su hijo no se encontraba en situación, en razón de su edad, de tener que cursar la asignatura controvertida, ya que el alumno se encontraba escolarizado en el segundo curso de la educación secundaria obligatoria (curso 2007-2008) y la asignatura en cuestión no debía cursarla hasta el tercero de los cursos de la citada etapa educativa (curso 2008-2009), de conformidad con lo dispuesto en el art. 24.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, el Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la educación secundaria obligatoria, y el art. 10.1 del Decreto 231/2007, de 31 de julio, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas correspondientes a la educación secundaria obligatoria en Andalucía, como marco normativo en el momento en el que tuvieron lugar los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso de amparo*" (Fundamento Jurídico Tercero)¹⁴⁰².

¹⁴⁰² Dicha doctrina ha sido reiterada posteriormente en casos similares. Por ejemplo, en la STC 57/2014 de 5 mayo (BOE 3 de junio de 2014), que cita otras: "*siguiendo la solución ofrecida en supuestos asimilables al actual por las recientes SSTC 28/2014, de 24 de febrero, y 41/2014, de 24 de marzo, procede declarar que, al no ser el menor destinatario de la asignatura en el momento de la solicitud de objeción, en tanto que aún no le correspondía cursar la misma, no concurre el referido interés legítimo, denunciándose lesiones eventuales o futuras de los derechos fundamentales. En efecto, según se desprende de la reproducción transcrita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 1 de octubre de 2009, y de la propia Orden de 4 de agosto de 2008, de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León (que inadmite precisamente la solicitud de objeción «por tratarse de una asignatura que el alumno no va a cursar en el año académico 2008-2009»), no siendo destinatario en aquel momento su hijo de la obligación que objetan, los recurrentes pretenden la utilización de este proceso constitucional como una acción contra una lesión de derechos meramente eventual o potencial, no como una reacción frente a una vulneración de los derechos real y efectiva*" (Fundamento Jurídico Tercero). En la sentencia se aprecia nuevamente la necesidad de que el Tribunal Constitucional asiente una doctrina sólida y sistemática en materia de objeción de conciencia. Signo de dicha necesidad es el reproche de los recurrentes de amparo al Tribunal Supremo: "*Reprochan a la Sentencia recurrida un defecto en la identificación del objeto procesal. Sostienen que lo que defendían efectivamente no era tanto la existencia o no de un derecho a la objeción de conciencia, sino si se ha vulnerado el derecho fundamental que les asiste como padres (art. 27.3 CE) a elegir la educación moral de sus hijos conforme a sus convicciones; previsión constitucional que estiman conculcada con base en el juego combinado de ese derecho fundamental y del de libertad ideológica, religiosa y de conciencia. La invocación de la objeción, así, afirman, resultaba sólo un expediente técnico o medio instrumental, de manera que, centrándose en ésta y no en aquellos derechos fundamentales, el Tribunal Supremo no dirimió tampoco desde ese prisma la controversia*

Dicha doctrina ha sido reiterada posteriormente en casos similares. Por ejemplo, en la STC 57/2014 de 5 mayo (BOE 3 de junio de 2014), que cita otras sentencias del mismo tenor: *"siguiendo la solución ofrecida en supuestos asimilables al actual por las recientes SSTC 28/2014, de 24 de febrero, y 41/2014, de 24 de marzo, procede declarar que, al no ser el menor destinatario de la asignatura en el momento de la solicitud de objeción, en tanto que aún no le correspondía cursar la misma, no concurre el referido interés legítimo, denunciándose lesiones eventuales o futuras de los derechos fundamentales. En efecto, según se desprende de la reproducción transcrita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 1 de octubre de 2009, y de la propia Orden de 4 de agosto de 2008, de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León (que inadmite precisamente la solicitud de objeción «por tratarse de una asignatura que el alumno no va a cursar en el año académico 2008-2009»), no siendo destinatario en aquel momento su hijo de la obligación que objetan, los recurrentes pretenden la utilización de este proceso constitucional como una acción contra una lesión de derechos meramente eventual o potencial, no como una reacción frente a una vulneración de los derechos real y efectiva"* (Fundamento Jurídico Tercero). En la sentencia se aprecia nuevamente la necesidad de que el Tribunal Constitucional asiente una doctrina sólida y sistemática en materia de objeción de conciencia. Signo de dicha necesidad es el reproche de los recurrentes de amparo al Tribunal Supremo: *"Reprochan a la Sentencia recurrida un defecto en la identificación del objeto procesal. Sostienen que lo que defendían efectivamente no era tanto la existencia o no de un derecho a la objeción de conciencia, sino si se ha vulnerado el derecho fundamental que les asiste como padres (art. 27.3 CE) a elegir la educación moral de sus hijos conforme a sus convicciones; previsión constitucional que estiman conculcada con base en el juego combinado de ese derecho fundamental y del de libertad ideológica, religiosa y de conciencia. La invocación de la objeción, así, afirman, resultaba sólo un expediente técnico o medio instrumental, de manera que, centrándose en ésta y no en aquellos derechos fundamentales, el Tribunal Supremo no dirimió tampoco desde ese prisma la controversia formulada, alterando el objeto de debate"* (Fundamento Jurídico Cuarto). Por un lado, la doctrina constitucional en la práctica lleva a una confusión entre el derecho a la libertad religiosa en sí, y el derecho "autónomo" a la objeción de conciencia, que debería configurarse como un instrumento de evitación en *ultima ratio* de la vulneración de derechos fundamentales (instrumentalidad en cuanto a su finalidad). Por otro lado, la configuración de la noción de "recurso de amparo *ad cautelam*", una categoría de recurso rechazado por el Tribunal, conlleva que los ciudadanos muchas veces se puedan ver en la tesitura de desobedecer una ley para poder estar procesalmente legitimados, lo que en ocasiones será una clara disfunción del objetivo que ha de guiar al Derecho: evitar los conflictos jurídicos y, en mayor medida, que se vulneren derechos fundamentales¹⁴⁰³.

formulada, alterando el objeto de debate" (Fundamento Jurídico Cuarto). Por un lado, la doctrina constitucional en la práctica conlleva la confusión entre el derecho a la libertad religiosa en sí, y el derecho "autónomo" a la objeción de conciencia. Por otro lado, la configuración de la noción de "recurso de amparo *ad cautelam*", una categoría de recurso rechazado por el Tribunal, conlleva que los ciudadanos muchas veces se puedan ver en la tesitura de desobedecer una ley para poder estar procesalmente legitimados, lo que en ocasiones será una clara disfunción de la función que ha de guiar al Derecho: evitar los conflictos jurídicos y en mayor medida que se vulneren derechos fundamentales.

¹⁴⁰³ No es de extrañar pues que rápidamente parte de la doctrina haya criticado dicha postura del Tribunal renuente a entrar en el fondo del asunto asentando una doctrina que es a todas luces necesaria. Incluso se ha comparado la tesitura en que se ha encontrado el Tribunal Constitucional

4.2. Escenarios teóricos

Así pues, aunque el Estado democrático se esfuerce por garantizar que las obligaciones jurídicas sean válidas y legítimas, debe introducir en lo posible los mecanismos para evitar todo conflicto con las conciencias de los ciudadanos (art. 9.2 CE)¹⁴⁰⁴; y por otro, es claro que un ciudadano con unas convicciones absolutas, altamente incompatibles con el sistema moral comúnmente aceptado con carácter de mínimo y positivado en las normas jurídicas generará evidentes problemas de convivencia si dicho ciudadano es impermeable a tales principios comunes, especialmente en lo referido a los derechos fundamentales. Así, a *grosso modo* y desde un punto de vista conceptual existen cuatro escenarios o modelos ideales según la tipología de Estado y la del ciudadano cuando se produce el conflicto de normas jurídicas y morales:

MODELO I: Estado totalitario » ciudadano con una moral inflexible y absoluta:

El Estado estará regido por una cosmovisión única y oficial¹⁴⁰⁵, fiscalizada incluso por organismos especiales encargados de reprimir toda desviación ideológica o religiosa¹⁴⁰⁶.

con los célebres "casos difíciles" aludidos por DWORKIN en su obra *Taking rights seriously*, cuando caracteriza dichos casos como aquellos en los que aparentemente el Juez no tiene a su disposición una norma de aplicación que resuelva el caso; una apariencia que ha de ser resuelta por la obligación judicial de resolver todos los casos de qué conoce (la conocida prohibición de *non liquet* y recogida en el art. 1.7 CC), sin excepción y sin convertirse en creador del Derecho, una función que en aplicación del principio de separación de poderes no le corresponde. RODRÍGUEZ BAJÓN, Santiago: "La respuesta «insatisfactoria» del Tribunal Constitucional en un caso difícil: la objeción de conciencia ante la asignatura de Educación para la Ciudadanía". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8305.

¹⁴⁰⁴ "Es obligación del ordenamiento jurídico, si quiere ser realmente fiel a su fin, eliminar o suavizar en la medida de lo posible esas contradicciones, no sólo no poniendo obstáculos, sino favoreciendo positivamente el libre desarrollo de la propia identidad personal individual y, en su función y a su servicio, la del grupo". LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la libertad...*, op. cit., p. 354. La OCDE no ha sido indiferente a la problemática de la objeción de conciencia por razón de las creencias religiosas en las sociedades democráticas. En su "Guidelines for review of legislation pertaining to religion or belief", aprobado por la OCDE en junio de 2004, en la que explica los problemas más candentes en los países miembros de la OCDE: "There are many circumstances where individuals and groups, as a matter of conscience, find it difficult or morally objectionable to comply with laws of general applicability. Some people have religious objections to eating certain types of food and others insist on wearing particular clothing. For some, military service violates deeply held religious beliefs. Certain days of the week, and certain calendar days, have a vital religious significance that requires that rituals be performed or that work must not be undertaken. Most modern democracies accommodate such practices for popular majorities, and many are respectful towards minority beliefs".

¹⁴⁰⁵ En este modelo, "el Estado asume la última función de la religión - y de las religiones - y se convierte en la verdadera y superior religión, dictaminando cuáles son los fines últimos de la vida humana. Las religiones se convierten algo así como partidos (políticos o religiosos), esto es, partes de un todo representado por el Estado. El punto débil de esta solución es también doble. Por un lado, despoja a las religiones de su pretensión de ser religiones para convertirse en simples técnicas o actividades cúlteras más o menos toleradas. Por otro lado, se autoestablece la religión de Estado como religión única y suprema". PANIKKAR ALEMANY: "La religión...", en AAVV: *Filosofía de la religión...*, op. cit., pp. 739-740.

¹⁴⁰⁶ "A continuing shared understanding on one comprehensive religious, philosophical, or moral doctrine can be maintained only by the oppressive use of state power. If we think of political society as a community united in affirming one and the same comprehensive doctrine, then the oppressive use of state power is necessary for political community. In the society of the Middle Ages, more or less united in affirming the Catholic faith, the Inquisition was not an accident; its suppression of

Dicho Estado habrá imbuido totalmente (sin resquicios entre lo que podrían ser valores compartidos mínimos y los valores que *a priori* difícilmente serán compartidos por toda la población) sus normas jurídicas de los valores correspondientes a las clases dirigentes que ostenten el poder (incluso puede existir una religión de Estado) y no habrá articulado exenciones en relación a la obediencia de la norma (por ejemplo, normas que prevean la objeción de conciencia *secundum legem*). Dicha tipología de Estado (que puede tender a la teocracia, rechazar cualquier tipo de creencia religiosa o simplemente ser partidaria de una sola religión con carácter oficial, o incluso ser un Estado ateo agresivo con cualquier atisbo de hecho religioso), utilizará con seguridad todos los instrumentos a su alcance (con inclusión de métodos claramente coercitivos) para conseguir la uniformidad de la población de acuerdo con las creencias de la clase dirigente¹⁴⁰⁷.

Asimismo, es muy probable que la desobediencia a la norma sea penalizada con sanciones gravosas para los bienes y libertades de los ciudadanos, como sería el internamiento en campos de concentración o la realización de trabajos forzados; todo ello medidas establecidas legalmente en los Estados más avanzados¹⁴⁰⁸, o producto de la más crasa arbitrariedad en aquellos Estados menos desarrollados. Al mismo tiempo, al tratarse de un ciudadano que rige su existencia según un código de conducta religioso inflexible y con normas morales poco adaptables a las circunstancias sociales¹⁴⁰⁹ es muy probable que se materialice el conflicto más pronto que tarde¹⁴¹⁰ y que dicho ciudadano

heresy was needed to preserved that shared religious belief". RAWLS: Political liberalism..., op. cit., p. 37.

¹⁴⁰⁷ Durante la II Guerra Mundial (y por lo tanto en plena era de los totalitarismos) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó una sentencia en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943) en el que realizó la siguiente afirmación: "*Struggles to coerce uniformity of sentiment in support of some end thought essential to their time and country have been waged by many good, as well as by evil, men. Nationalism is a relatively recent phenomenon, but, at other times and places, the ends have been racial or territorial security, support of a dynasty or regime, and particular plans for saving souls. As first and moderate methods to attain unity have failed, those bent on its accomplishment must resort to an ever-increasing severity. As governmental pressure toward unity becomes greater, so strife becomes more bitter as to whose unity it shall be. Probably no deeper division of our people could proceed from any provocation than from finding it necessary to choose what doctrine and whose program public educational officials shall compel youth to unite in embracing. Ultimate futility of such attempts to compel coherence is the lesson of every such effort from the Roman drive to stamp out Christianity as a disturber of its pagan unity, the Inquisition, as a means to religious and dynastic unity, the Siberian exiles as a means to Russian unity, down to the fast failing efforts of our present totalitarian enemies. Those who begin coercive elimination of dissent soon find themselves exterminating dissenters. Compulsory unification of opinion achieves only the unanimity of the graveyard*".

¹⁴⁰⁸ "*Segons el dret d'alguns Estats totalitaris, el govern està autoritzat a internar en camps de concentració aquelles persones de mentalitat, religió o raça indesitjades, com també està autoritzat a condemnar-les a treballs forçats i fins i tot a matar-les. Sens dubte, aquestes mesures poden ser condemnades moralment de la manera més radical; però hom no pot considerar-les com a mesures que estiguin fora del dret jurídic d'aquests Estats*". KELSEN: *Teoria pura...*, op. cit., Vol. I, p. 88.

¹⁴⁰⁹ "*Cuanto más alto esté Dios respecto del hombre, tanto más alto estarán los deberes para con Dios respecto de los deberes para con el hombre. Y los deberes para con Dios entran necesariamente en colisión con los deberes humanos comunes*". FEUERBACH: *La esencia...*, op. cit., p. 302.

¹⁴¹⁰ Se trata de una consecuencia lógica, que ha apuntado algún autor: "*Tanto la libertad de conciencia en general como la objeción en particular han estado siempre presentes en la lucha por la libertad religiosa. Quiero decir con ello que esta última no sólo se tradujo en una exigencia de libertad de culto y de proselitismo dirigida a expresar públicamente un determinado modo de entender la relación del hombre con la divinidad y a buscar la adhesión de otras personas, sino*

sea sancionado de forma repetida sin que obviamente haya esperanzas de que, o bien el Estado reforme la ley o introduzca exenciones, o bien el ciudadano se dé por vencido y transija en sus convicciones o las flexibilice. Se materializará una objeción de conciencia *contra legem* en toda regla. Además, es posible incluso que, o bien no se apliquen las normas jurídicas previstas para imponer la sanción (por ejemplo, se interna al objetor en un centro psiquiátrico por entender que padece una patología psiquiátrica, en lugar de aplicar la pena de cárcel correspondiente)¹⁴¹¹; o se apliquen de forma irregular, ya que la arbitrariedad es una característica típica de los Estados totalitarios, y más cuando se ponen en duda sus normas jurídicas. En dicho Estado las normas jurídicas no adaptarán sus valores a las nuevas necesidades sociales de sus ciudadanos, sino que simplemente reflejarán los cambios en los valores sociales de las clases dirigentes; y la desobediencia a la ley por convicciones religiosas (objeción de conciencia *contra legem*) con toda seguridad acarreará las mismas consecuencias jurídicas que una desobediencia ordinaria de la ley.

MODELO II: Estado totalitario » ciudadano con una moral flexible y convicciones adaptables:

Las características del Estado ya han sido explicadas en el paradigma anterior. En este caso existirán asimismo posibilidades de que se materialice un conflicto entre las normas jurídicas y las morales del ciudadano, pero con menor probabilidad dada la flexibilidad del código moral del ciudadano. Aunque el ciudadano tenga unas convicciones morales adaptables y flexibles (piénsese que hay grupos religiosos que se adaptan perfectamente a ciertos condicionantes sociales y económicos)¹⁴¹²; al tratarse de un Estado totalitario en un momento u otro las convicciones del ciudadano entrarán en conflicto con unas normas que contienen valores morales que no se comparten por la mayoría de la población y, por tal razón, probablemente se trate de una legislación paternalista y que pretenda regular

que consistió también y a veces muy principalmente, en un empeño por comportarse en la vida social de acuerdo con las prescripciones de la propia religión, esto es, en una exigencia de libertad de conciencia. Lógicamente, cuanto más totalizador ha sido el Estado y su cultura política y cuanto más omnicomprendiva ha sido la doctrina moral de una confesión o secta, mayores han sido las posibilidades de conflicto entre la libertad de conciencia y las obligaciones de conciencia jurídicas impuestas por el poder político". GASCÓN ABELLÁN: Obediencia al Derecho..., op. cit., pp. 259-260.

¹⁴¹¹ Imputar una supuesta demencia o locura a los opositores políticos o disidentes religiosos es una conducta reiterada por los poderes durante siglos. Véase por ejemplo el contenido del Edicto *Cunctos populos (Código de Teodosio)* de los Emperadores Graciano, Valentiniano II y Teodosio el Grande dado en Tesalónica el año 380: "Queremos que todas las gentes que están sometidas a Nuestra clemencia sigan la religión que el divino apóstol Pedro predicó a los romanos y que, perpetuada hasta nuestros días, es el más fiel testigo de las predicaciones del apóstol. Religión que siguen también el pontífice Dámaso y Pedro, obispo de Alejandría, varón de santidad insigne (...). Ordenamos que, de acuerdo con esta ley, todas las gentes abracen el Catolicismo [Christianorum Catholicorum nomen], declarando que los dementes e insensatos [de-mentes vesanosque] que sostienen la herejía y cuyas agrupaciones [conci-liabula] no tienen el nombre de iglesias, han de ser castigados, primero, por la Justicia Divina y, luego, por la pena que lleva inherente el cumplimiento de Nuestro mando, que ostentamos por voluntad de Dios [ex coeleste arbitrio]".

¹⁴¹² "Puede darse dentro de una sociedad religiosa un grupo religioso que, precisamente, se distinga de los demás por su mayor conformidad con este mundo; podemos pensar, por ejemplo, en los inicios de la reforma protestante o en la función secularizadora (servir a Dios a través del trabajo y la profesión) llevada a cabo por el Opus Dei en España en los años cincuenta del siglo pasado". PÉREZ-AGOTE POVEDA: "Los límites de la secularización...", en AAVV: *Sagrado/Profano...*, op. cit., p. 305.

espacios privados del ciudadano sobre los cuales dicho ciudadano no estará dispuesto a transigir¹⁴¹³.

En este caso, aunque el conflicto será menos probable que se materialice que en el ejemplo anterior dadas las convicciones más flexibles del ciudadano, el resultado será parecido: no será posible una objeción de conciencia *secundum legem* y el ciudadano si no va a transigir en sus convicciones deberá objetar *contra legem*¹⁴¹⁴. Al tratarse de un ciudadano más adaptable y flexible en sus principios quizás encuentre la manera de que la sanción sea menos gravosa que en el caso del ciudadano con fuertes convicciones religiosas cuya conducta incluso podrá ser encontrada desafiante por las autoridades competentes para imponer la sanción. Imagínese por ejemplo un creyente que por razones religiosas, aparte de no cumplir la norma jurídica, además por las mismas razones religiosas se niega a dirigir la palabra al funcionario o autoridad que impone la sanción o a saludarlo. En este último supuesto en el contexto de un Estado totalitario donde no se cumplen unas garantías procesales mínimas la pena para dicho ciudadano es probable que sea superior a la de un ciudadano que se limita a no cumplir una norma jurídica sin agravante alguno. Cuando una autoridad para sustentarse en el poder se basa en elementos que ninguna relación guardan con la legitimidad de compartir unos valores comunes y los sujetos no participan en la creación del Derecho, dicha autoridad ha de fundamentarse en la coerción y el miedo, razón por la cual tenderá a sancionar de forma ejemplar a aquellos que no cumplan sus leyes de aplicación general, especialmente cuando el incumplimiento no es inmotivado, sino fundamentado en un sistema de creencias estructurado y que, por lo tanto, pueda ser apto para desafiar la ideología sustentadora de dicho poder. No obstante, la pluralidad existente en la sociedad tarde o temprano acabará fragmentando cualquier intento de monolitismo impuesto desde el poder¹⁴¹⁵.

MODELO III: Estado democrático » ciudadano con convicciones religiosas adaptables y valores compartidos con la mayoría:

Es el caso de la mayoría de los ciudadanos de un Estado democrático. Desde un punto de vista ideal, el Estado confeccionará leyes que recojan los puntos de vista de la

¹⁴¹³ "To protest against the laws governing censorship or personal morals as intolerable infringements of personal liberty presupposes a belief that the activities which such laws forbid are fundamental needs of men as men, in a good (or, indeed, any) society. To defend such laws is to hold that these needs are not essential, or that they cannot be satisfied without sacrificing other values which come higher - satisfy deeper needs - than individual freedom, determined by some standard that is not merely subjective, a standard for which some objective status - empirical or a priori - is claimed". BERLIN: *Four essays...*, op. cit., pp. 169-170.

¹⁴¹⁴ Desde una óptica utilitarista se ha afirmado que "an individual recognizing religious and moral obligations regards them as binding absolutely in the sense that he cannot qualify his fulfillment of them for the sake of greater means for promoting his other interests. Greater economic and social benefits are not a sufficient reason for accepting less than an equal liberty. It seems possible to consent to an unequal liberty only if there is a threat of coercion which it is unwise to resist from the standpoint of liberty itself". RAWLS: *A theory of justice...*, op. cit., p. 207.

¹⁴¹⁵ "Clearly the corrosive influence of cultural pluralism will have very different consequences in an authoritarian society where an élite insists in maintaining the superiority of its religion and is able to withstand the challenge. (...) Fragmentation can be retarded by the exercise of political power and, in the case of the English and Scottish reformations, it was. One also has the interesting inverse case of state-imposed secularity in those where Communist governments worked strenuously to eradicate religious belief and practice. However, in both examples the effect was a delay, not a fundamental change of direction". BRUCE: *Religion in the modern...*, op. cit., pp. 232-233.

mayoría, existirá un amplio consenso¹⁴¹⁶, pues es evidente que un Estado no puede prosperar sólo por el hecho de que sus ciudadanos cumplan sus leyes, sino que debe existir un nexo moral común¹⁴¹⁷, una suerte de "patriotismo constitucional" en palabras de HABERMAS. Aunque al tratarse de un Estado democrático tales leyes tendrán un contenido neutral desde el prisma religioso y se huirá de cualquier atisbo de paternalismo; dicho Estado tendrá en cuenta las necesidades religiosas de la mayoría, y en lo posible de las minorías, en este último supuesto siempre y cuando sean compatibles con los valores mínimos de convivencia¹⁴¹⁸.

Téngase en cuenta que las normas religiosas de dos confesiones religiosas distintas pueden ser equivalentes en cuanto a que pueden respetar de igual forma valores compartidos con el Estado, como puede ser el valor de la vida. Las diferentes doctrinas religiosas y, por lo tanto, la moral de sus creyentes, comparten en buena parte el mismo espacio moral; no sólo con el Estado¹⁴¹⁹, sino con otras confesiones religiosas con las cuales se interactuará y se establecerán puentes y nexos respecto aquellos valores comunes que harán evolucionar las propias convicciones sin la pérdida de la identidad de

¹⁴¹⁶ "There is the greatest urgency for citizens to reach practical agreement in judgment about the constitutional essentials. These are of two kinds: a) fundamental principles that specify the general structure of government and the political process: the powers of the legislature, executive and the judiciary; the scope of majority rule; and b) equal basic rights and liberties of citizenship that legislative majorities are to respect: such as the right to vote and to participate in politics, liberty of conscience, freedom of thought and of association, as well as the protections of the rule of law". RAWLS: *Political liberalism...*, op. cit., p. 227.

¹⁴¹⁷ Una idea que ya fue sostenida por el liberalismo político. Así, ALEXIS DE TOCQUEVILLE sostuvo dicha idea del siguiente modo: "I will never admit that men constitute a social body simply because they obey the same head and the same laws. Society can exist only when a great number of men consider a great number of things under the same aspect, when they hold the same opinions upon many subjects, and when the same occurrences suggest the same thoughts and impressions to their minds". DE TOCQUEVILLE: *Democracy...*, op. cit., pp. 156-157. Nótese como el gran pensador del liberalismo clásico no habla de "todas las personas", "todas las cosas" o "todos los sujetos". No obstante, utiliza las expresiones "gran número" o "muchos sujetos" para indicar que siempre habrá mayorías y minorías en las sociedades democráticas, que gozan por definición de altas dosis de pluralidad. Que existan minorías no significa que la sociedad no sea suficientemente homogénea y que deba imponerse una moral común a toda costa sobre todos los sujetos sin excepciones y sobre todas las materias. De hecho, el autor pone de manifiesto un hecho que subsiste en la actualidad y que en Europa se olvida fácilmente, cual es que a pesar de que la sociedad norteamericana se encuentra repartida en un gran número de Estados (veinticuatro en aquellos tiempos), permanece sin embargo más unida que muchos países europeos que se rigen bajo una sola ley (léase norma fundamental u ordenamiento jurídico) y un sólo príncipe o gobernante (p. 157).

¹⁴¹⁸ "El reconocimiento de la neutralidad del Estado no es suficiente por sí solo para garantizar al ciudadano el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa" pues "el Estado debe ser neutral, pero Derecho necesariamente no lo es, y por tanto, en sociedades plurales, resulta necesario reconocer la objeción de conciencia a los disidentes". ROCA FERNÁNDEZ: "Dignidad de la persona...", en AAVV: *Opciones de conciencia...*, op. cit., p. 57. De hecho, se podría concluir que si los poderes del Estado están sometidos al Derecho y el Derecho no es moralmente neutro, la neutralidad del Estado enfatizada por muchos autores sobreexpuestos a las tesis positivistas más kelsenianas será más que relativa.

¹⁴¹⁹ Muchos creyentes perciben la coincidencia entre los valores morales positivados y los suyos propios: "Private individuals may also be strongly motivated by a personal sense of morality; and (...) in a law-oriented democracy, such persons tend to expect law to uphold if not enforce, their sense of right and wrong. When it fails to do so, they perceive conflicts between law and morality, and they protest in the name of morality". WOODARD: "Morality as a perennial...", en AAVV: *Problems and conflicts...*, op. cit., p. 50.

cada confesión¹⁴²⁰, especialmente compartirán el derecho a la libertad religiosa¹⁴²¹. El Estado ha de legislar, pero los ciudadanos creyentes y no los creyentes han de poder participar en el establecimiento de las metas de la sociedad en que viven. Ello conlleva una consecuencia práctica de gran relevancia social: que cada persona religiosa pueda justificar los valores compartidos, incluso los compartidos con el Estado, según su propio esquema moral religioso, compartiéndose así un lenguaje común de entendimiento¹⁴²² y garantizándose una mayor cohesión social entre los que comparten convicciones religiosas, sean las que sean, y los que no comparten ninguna¹⁴²³; se facilita la creación de una identidad común¹⁴²⁴. Por ello, la situación ideal desde un punto de vista democrático en un Estado de Derecho es que dicho Estado se esfuerce por facilitar que ciudadanos y poder (democrático) compartan valores comunes; pero, al mismo tiempo,

¹⁴²⁰ "Si una religión afirma ser el camino mejor y más válido para encontrarse con Dios, aunque haya múltiples vías de acceso, tiene que mostrarlo por su capacidad para inculturarse en contextos culturales y momentos históricos diferentes. Tiene que ver su propia identidad abierta y dinámica, en constante evolución e interacción, lo cual le permite modificar su propio credo a partir de otras contribuciones externas. Si una religión pretende verdad y universalidad, tiene que mostrarlo en la teoría y en la práctica. Cuanta más capacidad tenga para absorber e integrar elementos extraños, sin por ello perder su propia identidad, como unidad multicultural, más testimonia su potencial universal. La identidad también se muestra en la capacidad para evolucionar y permanecer ella misma, a pesar de los cambios. La grandeza de la cultura de Occidente se basa en buena medida en su capacidad para aprender e integrar los logros culturales de otras sociedades. Hubo capacidad para aprender del islam, comenzando por los números arábigos que todos utilizamos, y también de otras grandes civilizaciones, como la china, que durante siglos enriquecieron a Europa". ESTRADA DÍAZ: "Globalización, postmodernidad...", en AAVV: *Historia del cristianismo...*, op. cit., p. 466,

¹⁴²¹ El postulado de que en el Estado democrático liberal tanto los ciudadanos creyentes como los no creyentes comparten el valor de la libertad religiosa se puede formular del siguiente modo: "This, then, is the fundamental warrant for liberal democracy's affirming the right to religious freedom: Political majorities are not to be trusted (i.e., beyond a certain point) as arbiters of religious truth; moreover, the coercive imposition of religious uniformity is (beyond a certain point) more likely to corrode than to nurture the strength of a democracy. The warrant, which is rooted in historical experience, is fundamental in the sense that it is ecumenical: Both citizens who are religious believers and those who are not can affirm the warrant. And that the warrant is ecumenical is ideal: Liberal democracies are religiously pluralistic: the citizenry of a liberal democracy typically includes not only religious believers -indeed, religious believers of various stripes - but also nonbelievers. It is ideal that all citizens of liberal democracy - believers no less than non-believers - have the same basic reason to embrace the right to religious freedom". PERRY, Michael J.: "Religious freedom and beyond: the right to moral freedom". *Public Law & Legal Theory Research Papers Series*. Research Paper nº 09-60, Emory University School of Law, pp. 9-10.

¹⁴²² Se trata de una idea que se encuentra en un momento tan temprano como es la obra de Roger Williams. NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, op. cit., p. 68. Así, el concepto de "overlap" se puede considerar más provechoso que el de "wall of separation" interpretado en un sentido estricto y literal.

¹⁴²³ "La dimensión religiosa puede estar presente e integrada en la conducta de los ciudadanos como forma de vida, pero también puede estar ausente. La grandeza de la cultura democrática consiste en la fuerza moral y política de la tolerancia y en el reconocimiento de los derechos humanos para todas las personas. La tolerancia tiene la virtualidad de contribuir a la resolución de conflictos entre las personas y entre los pueblos, deslegitimando cualquier imposición que se apoye en el dogmatismo, tanto si es de naturaleza política como si lo es de imperativo religioso". CABEDO MANUEL: *Filosofía y cultura...*, op. cit., p. 207.

¹⁴²⁴ "Los pensadores de la tradición del humanismo cívico, desde Aristóteles a Arendt, han señalado que las sociedades libres necesitan un mayor grado de compromiso y de participación que las despóticas y autoritarias. Los ciudadanos tienen que hacer por sí mismos, por así decir, lo que en otro los legisladores hacen por ellos. Pero esto sólo es posible si los ciudadanos sienten una fuerte identificación con su comunidad política y, por tanto, con quienes la comparten con ellos". TAYLOR: "Por qué necesitamos...", en AAVV: *El poder de la religión...*, op. cit., p. 49.

los creyentes y las confesiones religiosas, especialmente a aquellas que profesen postulados religiosos mayoritarios desde un punto de vista sociológico, han de esforzarse en un sentido parecido para aunar posturas y materializar una verdadera convivencia inclusiva. Al respecto se han señalado tres tipologías de actividades que deberían ejecutarse desde el ámbito religioso: 1) relacionarse de forma razonable con las otras religiones; 2) dejar las decisiones dependientes del saber mundano a las ciencias institucionalizadas; 3) hacer compatibles con sus propios preceptos las premisas igualitarias de la moralidad de los derechos humanos. Tales esfuerzos han de ser respondidos desde un punto de vista secular, por valorar no sólo lo que los sistemas religiosos han aportado a la configuración de los derechos humanos o al desarrollo del pensamiento occidental, por citar sólo dos relevantes ejemplos; sino también por tener presente lo que sin duda aún pueden aportar en una postmodernidad huérfana de brújulas que marquen correctamente el camino a seguir¹⁴²⁵.

De vez en cuando se podrá materializar alguna objeción de conciencia, pues donde existen diferencias se darán discrepancias; pero serán poco numerosas y probablemente podrán ser solventadas mediante exenciones¹⁴²⁶ o mediante imposición de obligaciones alternativas previstas legalmente¹⁴²⁷. Aunque las leyes no puedan prever todos los conflictos y sea materialmente imposible guardar en todos los supuestos una consonancia con la totalidad de los valores de la ciudadanía, no sólo es conveniente que el Estado democrático prevea e intente evitar los conflictos mediante una adecuada política legislativa¹⁴²⁸. Una vez materializados ha de encontrar soluciones que no pongan en peligro los intereses del Estado o se perjudique a terceros, o se lesione la dignidad del

¹⁴²⁵ "La confrontación en el discurso con los ciudadanos creyentes, dotados de iguales derechos, reclama de la parte secular una reflexión similar sobre los límites de la racionalidad secular o postmetafísica. Pues la idea de que las grandes religiones del mundo pueden ser portadores de «contenidos de verdad», de intuiciones morales olvidadas o sin explotar, no es de modo alguno evidente para el sector secular de la población. En este contexto es útil tener en cuenta los orígenes religiosos de la moral del igual respeto a las personas. El desarrollo occidental ha sido configurado por la continua apropiación que ha hecho la filosofía de los contenidos semánticos de la tradición judeocristiana, y es una cuestión abierta si este proceso de aprendizaje que ha durado siglos puede continuar o incluso si todavía no ha terminado". HABERMAS: "Lo político: el sentido...", en AAVV: *El poder de la religión...*, op. cit., p. 36.

¹⁴²⁶ "Many legal rules carve out exceptions for acts that would be illegal if they did not contain some special feature that makes treating them as offenses inappropriate. Often people who exhibit this special feature would think they had a powerful moral reason for disobeying the law if it did not excuse their conduct. (...) In delimiting areas of privilege, justification, and excuse, a large part of what the law does is to accommodate competing moral claims, generally conferring legal permissibility on behavior that is assumed to be morally justifiable. GREENWALT: *Conflicts of law...*, op. cit., p. 281.

¹⁴²⁷ Parte de la doctrina se muestra partidario de adecuar el ordenamiento jurídico para "reducir al mínimo posible los supuestos de colisión, teniendo previstas obligaciones alternativas o sustitutorias a las conductas impuestas como obligaciones de carácter general (prestación social alternativa al servicio militar), o la satisfacción de todos los derechos particulares en juego (paciente, personal sanitario, centro o, en general de trabajador y empresario)". LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la libertad...*, op. cit., Vol. II, p. 356.

¹⁴²⁸ Es precisamente lo que apunta un voto particular de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *United States v. Macintosh*, 283 US 605 (1931): "The battle for religious liberty has been fought and won with respect to religious beliefs and practices, which are not in conflict with good order, upon the very ground of the supremacy of conscience within its proper field. What that field is, under our system of government, presents in part a question of constitutional law, and also, in part, one of legislative policy in avoiding unnecessary clashes with the dictates of conscience".

destinatario de la norma jurídica¹⁴²⁹, sino que ha de llevar a cabo tal tarea huyendo de una positivismo intransigente y estéril¹⁴³⁰. Tal es la obligación de un Estado que se califique de democrático. Sin caer en posturas iusnaturalistas que desvirtúen la naturaleza y alcance de los derechos humanos, plasmados de un modo u otro en la Constitución (en preceptos positivos o de aplicación refleja mediante técnicas hermenéuticas con reenvío a las normas internacionales), la ciudadanía ha de ser capaz de plasmar unos valores comunes en las normas jurídicas que apuntalen la convivencia. Una ideología positivista moderada en sus correctas dosis es perfectamente deseable para el Estado democrático de Derecho, especialmente en materia de libertad religiosa; una ideología positivista extrema e intransigente puede constituir una bomba de relojería si se desea una sociedad inclusiva donde las leyes sean el reflejo de la voluntad participativa de los todos los ciudadanos, mayorías y minorías, que evite que las mayorías (religiosas, culturales, étnicas, etc.) utilicen el formalismo legal como arma arrojada contra sus conciudadanos por erigirse las normas generadas según los cauces formales previstos por la autoridad competente como sinónimo de dogma¹⁴³¹.

La sociedad plural es plural porque su ciudadanía tiene convicciones religiosas o seculares de muy diversa índole, y todas son igual de valiosas y respetables siempre y cuando sean acordes con los mínimos de convivencia del Estado democrático, que son básicamente los derechos fundamentales. Por tal razón, las leyes intentarán ir adaptándose a las necesidades de los ciudadanos y se basarán en aquellos elementos comunes que cimentan la sociedad y que coadyuvan a su cohesión y a la construcción de

¹⁴²⁹ Tanto el Estado democrático, como el empresario que desarrolle su actividad económica en un Estado democrático, han de evitar lesionar la dignidad del trabajador; o lo que es lo mismo, han de guiarse por el siguiente imperativo práctico kantiano: "*Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio*". KANT: *Fundamentación para una metafísica...*, op. cit., p. 116.

¹⁴³⁰ "*Tan fuera de lugar como una relativización de la vinculación jurídica, supeditada de modo general a la conciencia de cada cual, resulta el imperativo de la ley es la ley, característico de un positivismo ideológico respecto al que han marcado distancias los positivistas más consecuentes*". OLLERO TASSARA: *Un Estado laico...*, op. cit., p. 35. El positivismo más extremo y, por ende, estéril, ha sido rechazado por la Sala IV del Tribunal Supremo. Por ejemplo, en la STS de 3 marzo 2015 (RJ 2015, 1428) se afirma lo siguiente: "*La respuesta dada por el Juzgado de instancia y confirmada posteriormente por la Sala de suplicación - demanda contra la resolución desestimatoria sin plantear la segunda reclamación previa- se revela vasalla del positivismo jurídico y del formalismo burocrático, materialmente estéril, y desde luego contraria al ya citado -y hoy constitucionalizado (artículo 24.2 de nuestra Constitución)- principio de economía procesal, y por ende, de aplicación preferente, máxime, en casos como el presente, de reconocimiento de una prestación paliativa de una situación de necesidad*" (Fundamento de Derecho Cuarto *in fine*).

¹⁴³¹ Dicha compatibilidad entre positivismo (en su vertiente ideológica) y democracia ha sido argumentada del siguiente modo: "*Si por ideología del positivismo jurídico se entiende la exaltación estatal, según la cual el Estado es el supremo portador de los valores del bien y del mal, sus adversarios tienen razón en condenar sus funestas consecuencias. Pero si la ideología del positivismo jurídico se identifica más bien con la defensa de ciertos valores, para cuya realización parece particularmente idóneo el ordenamiento jurídico, tales como el de legalidad, del orden, de la seguridad, lo que importa es darse cuenta de que estos valores no son los únicos y de que, como tales, pueden entrar en conflicto con otros valores y, por consiguiente, hay que considerarlos como relativos y no ver en ellos valores absolutos. Como ética de la legalidad, de la paz, de la seguridad, el positivismo jurídico tiene sus credenciales perfectamente en regla para ser admitido entre las ideologías que no repugnan, por ejemplo, a una concepción democrática del Estado. No llevo a decir que sea la más compatible, porque la relación entre positivismo jurídico y Estado democrático cambia con el tiempo. Pero no veo que se pueda anatémizar el positivismo jurídico en nombre de los valores de la democracia*". BOBBIO: *Iusnaturalismo y positivismo...*, op. cit., p. 120.

una concepción aceptada de justicia por todos¹⁴³². De ahí la importancia de que las minorías participen de una socialización política para hacer suyos los valores mínimos de la sociedad donde viven, sin incurrir en aculturación o asimilación. Si una tipología de objeción de conciencia se multiplica en supuestos de hecho esencialmente iguales, a pesar de la coerción llevada a cabo por el Estado, y la postura de los ciudadanos no es contraria a los derechos fundamentales de otros ciudadanos, es plausible que se acabe reformando la norma jurídica que tales conflictos genera o se establezca algún tipo de exención legalmente pautada¹⁴³³. La acomodación de las situaciones jurídicas a las convicciones de los ciudadanos evita conflictos, garantiza la cohesión social y refuerza los valores comunes, pero al mismo tiempo puede facilitar un óptimo tráfico jurídico y económico. Es decir, en lugar de removerse por la fuerza los escrúpulos religiosos tal y como se haría en un Estado totalitario; el Estado democrático que opta por la inclusión puede solventar de forma ágil los conflictos anudados a las convicciones religiosas (no todas las obligaciones jurídicas son igual de relevantes)¹⁴³⁴, que no sólo suponen la vulneración de derechos fundamentales, sino que pueden impedir el normal tráfico económico¹⁴³⁵, de ahí el especial interés por parte del liberalismo político en optar asimismo por la inclusión de la diferencia¹⁴³⁶.

¹⁴³² "Sin la prioridad de lo justo frente a lo bueno tampoco puede darse ningún concepto de justicia éticamente neutral. Eso habría tenido consecuencias desagradables para la regulación de una convivencia en igualdad de derechos de las sociedades pluralistas por lo que hace a las concepciones del mundo. A los individuos y grupos con identidades propias se les podría garantizar la igualdad de derechos solo según baremos que sean a su vez parte integrante de una concepción del bien común, reconocido por todos en la misma medida". HABERMAS: *La inclusión...*, op. cit., p. 58.

¹⁴³³ "En la medida en que determinados comportamientos personales contrarios a la ley se generalizan en número o persistan a pesar de la coerción, el legislador tiende a aceptarlos como legítimos y establece alternativas – opciones – a las conductas lesivas para la conciencia o le dispensa de actuar, lo que constituye también una opción". GONZÁLEZ MORENO: "La regulación legal...", en AAVV: *La libertad religiosa...*, op. cit., p. 218.

¹⁴³⁴ Si se examinan de forma crítica las obligaciones que nacen en el seno de un ordenamiento jurídico es fácil constatar que no todas ocupan la misma posición, ni todas buscan finalidades que sólo puedan conseguirse mediante su fiel ejecución, no todas afectan o protegen los mismos bienes o intereses. Todos esos elementos han de ser considerados por el legislador democrático, y todos ellos a su vez condicionan una eventual objeción de conciencia. Al respecto se ha afirmado con acierto: "De un lado, parece, que las innumerables obligaciones que nacen del ordenamiento jurídico no todas afectan del mismo modo a los demás individuos e incluso algunas no les afectan de ninguna manera; y, de otro, que el comportamiento impuesto por el Derecho puede ser absolutamente fundamental para la satisfacción del valor protegido, pero puede también ser circunstancial o fácilmente sustituible". GASCÓN ABELLÁN: *Obediencia al Derecho...*, op. cit., pp. 226-227.

¹⁴³⁵ "El racionalismo económico depende para su aparición, tanto de la técnica y el derecho racionales, como de la capacidad y la disposición de los hombres a determinadas formas de vida práctico-racionales. Donde ese regla de conducta se ve obstruida por obstáculos de tipo espiritual, el desarrollo de un modo de vida económico racional tropieza también con fuertes resistencias internas. Entre los más importantes elementos conformadores del modo de vida se han contado siempre en el pasado los poderes mágicos y religiosos y las concepciones éticas del deber ancladas en la creencia en esos poderes". WEBER: *Sociología...*, op. cit., p. 325. Pues bien, en lugar de enfocar la creencia religiosa como un mero obstáculo al normal desarrollo de una relación laboral o de otra actividad económica; o, en el mejor de los casos, como un elemento neutro que no aporta nada; el Estado democrático debería valorar tal situación de forma que se compatibilice en la medida de lo posible con aquellas actividades con las que entre en conflicto. En ese caso, lo que *a priori* podría configurarse como un obstáculo o un lastre si se analiza una situación desde un prisma netamente racional-económico, probablemente generará unas repercusiones positivas: sentimiento de pertenencia, ciudadanos con altas cotas de satisfacción, aumento de la motivación,

MODELO IV: Estado democrático » ciudadano con una moral inflexible y absoluta:

El conflicto jurídico entre normas jurídicas y normas religiosas del ciudadano surgirá en un momento u otro, aunque con menos probabilidad que en un Estado totalitario, pues el Estado democrático suele dejar un gran ámbito de libertad a las comunidades y a los creyentes religiosos para que vivan según las formas más acordes a sus convicciones, con un intervencionismo mínimo indispensable para salvaguardar los derechos fundamentales, y el sostenimiento de unas normas mínimas de convivencia. Ahora bien, cuando el conflicto se materialice, el ordenamiento jurídico deberá estar preparado para exonerar al destinatario de la norma jurídica o establecer una obligación equivalente (objeción de conciencia *secundum legem*) siempre y cuando se respeten los límites en materia de objeción de conciencia: seguridad jurídica, orden público, etc. Asimismo, si la objeción es admisible desde un punto de vista constitucional y legal, habrá que realizar la oportuna ponderación de bienes jurídicos en juego para intentar conjugar todos los derechos que puedan entrar en conflicto, intentando resolver dicha ponderación de forma que la limitación sea mínima en todos los supuestos.

Sin embargo, si la objeción de conciencia planteada afecta a obligaciones jurídicas mínimas y totalmente irrenunciables por el Estado democrático (por ejemplo, el creyente se niega a escolarizar a su hija de cinco años, cuando sí ha escolarizado los hijos menores, porque entiende que las niñas no han de tener ninguna educación académica), no quedará otra salida que aplicar la ley que esté prevista para el incumplimiento de la norma jurídica, ya que por naturaleza el ciudadano inflexible en sus convicciones estará dispuesto a ser sancionado, pero nunca a renunciar a sus convicciones; unas convicciones que en la mayoría de casos se corresponderán con lo que es entendido por un modo "fundamentalista" de entender la vida¹⁴³⁷. Aunque ni mucho menos todo objetor religioso es un fundamentalista, en el caso del fundamentalista religioso existirán más posibilidades de que se produzca el conflicto, ya que realizará una lectura literal del precepto religioso sin tener en cuenta el contexto en que se redactó y será contrario a toda adaptación de dicho precepto a la situación actual¹⁴³⁸, como es el caso del neofundamentalismo islámico¹⁴³⁹.

etc. Incluso en muchas ocasiones puede ser asimismo beneficioso desde una óptica económica, como se sostiene en la presente investigación en varias ocasiones.

¹⁴³⁶ "A crucial assumption of liberalism is that equal citizens have different and indeed incommensurable and irreconcilable conceptions of the good. In a modern democratic society the existence of such diverse ways of life is seen as a normal condition which can only be removed by the autocratic use of state power. Thus liberalism accepts the plurality of conceptions of the good as a fact of modern life, provided, of course these conceptions respects the limits specified by the appropriate principles of justice. It tries to show both that a plurality of conceptions of the good is desirable and how a regime of liberty can accommodate this plurality so as to achieve the many benefits of human diversity". RAWLS: *Political liberalism...*, op. cit., pp. 303-304.

¹⁴³⁷ "En las sociedades multiculturales, la coexistencia de las formas de vida en igualdad de derechos significa para cada ciudadano una oportunidad asegurada de crecer de una manera sana en el mundo de una cultura heredada y de dejar crecer a sus hijos en ella, esto es, la oportunidad de confrontarse con esa cultura - como con todas las demás -, de proseguirla de manera convencional o de transformarla, así como la oportunidad de separarse con indiferencia de sus imperativos o de renegar de modo autocrítico, para seguir viviendo en adelante con el aguijón de una ruptura con la tradición completada conscientemente o con una identidad dividida". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., p. 212.

¹⁴³⁸ "La actitud carente de crítica frente al texto sagrado, el sacrificio de la razón frente al dogma son actitudes mentales que intentan cerrar los ojos ante la inadaptación de estos mensajes religiosos milenarios respecto de los valores de la sociedad actual: la ley mosaica o la sharia, por

Ha de resaltarse que evidentemente las actitudes fundamentalistas no son monopolio de ninguna confesión religiosa concreta (los medios de comunicación occidentales no obstante suelen centrarse casi exclusivamente en el fundamentalismo islámico, obviándose otros fundamentalismos)¹⁴⁴⁰; ni tampoco, de hecho, de las creencias de naturaleza religiosa, ya que otras tipologías de creencias (por ejemplo, las ideológicas) pueden mostrarse igual de inflexibles e irracionales. Naturalmente, según el caso, el Estado podrá obligar al infractor a cumplir la obligación de forma coercitiva, pero siempre en aplicación estricta de la norma jurídica correspondiente, que habrá de ser legítima y estar predeterminada. En ningún caso se podrá forzar jurídicamente al fundamentalista a retractarse de sus convicciones, aunque tendrá que asumir las consecuencias jurídicas de su desobediencia a las leyes. Por lo tanto, en estos supuestos el Estado democrático deberá encontrar soluciones extrajurídicas que permitan una socialización correcta y faciliten la acomodación de las convicciones más radicales, en apoyo de las soluciones puramente jurídicas, para que acaben adquiriendo cierta flexibilidad y de este modo los ciudadanos que las sustenten cumplan en conciencia unas normas básicas democráticas y, sobre todo, se evite todo tipo de violencia motivada por la religión¹⁴⁴¹.

ejemplo, entendidas en un literalismo extremista, vulneran de modo radical la igualdad (refrendada en muchos países en sus propias constituciones) entre hombres y mujeres, sencillamente porque fueron establecidas para sociedades en las que el estatus de la mujer era diferente al actual. Pero esta lectura histórica, que hace de la religión un producto de cada época, no la aceptan los fundamentalismos, que estiman que lo que dicen que es palabra de ha de ser entendido como un absoluto, con valores de eternidad, con un peso legal superior a cualquier norma social". DIEZ DE VELASCO: Introducción a la historia..., op. cit., p. 590.

¹⁴³⁹ Lejos de cualquier abstracción académica, dichas ideas se evidencian día a día en los debates que se dan en las redes sociales: "En ellos casi todo gira en torno a la alineación de los versículos del Corán y los hadiths, interpretándolos según dos líneas: una, liberal, justifica vivir en paz y colaborar con los no musulmanes, obliterando los elementos más problemáticos de las prescripciones coránicas en beneficio de interpretaciones racionalistas, espiritualistas o muy pragmáticas; otra, fundamentalista, pone el acento en una interpretación literal. El neofundamentalismo islámico, al considerar el texto intocable, se instala en un discurso moralista ajeno a cualquier realidad social concreta, que le permite adaptar aquél a cualquier contexto social. Al olvidarse de todo lo que tenga que ver con la separación entre lo sagrado y lo religioso y pudiera permitir la relativización del dogma, se sacraliza la religión entera, de manera que el cuerpo declarado ortodoxo se hace intocable. Pero esta rigidificación dogmática no debe ocultar la decisiva mutación experimentada por lo religioso, ya que la diversidad y la apertura se encuentran mucho más en las concretas elecciones individuales que en las teorías. El sectarismo resultante, por tanto, está más en la actitud que en los conceptos". GARCÍA BLANCO: "Caballeros bajo...", en AAVV: Sagrado/Profano..., op. cit., p. 222.

¹⁴⁴⁰ Los neofundamentalismos radicales, frecuentemente violentos no son monopolio de ninguna confesión religiosa, pero sí poseen unas características similares: "The radical religious movements that emerged from these cultures of violence throughout the world are remarkably similar, be they Christian, Jewish, Muslim, Buddhist, or Sikh. What they have in common are three things. First, they have rejected the compromises with liberal values and secular institutions that were made by most mainstream religious leaders and organizations. Second, they refuse to observe the boundaries that secular society has imposed around religion - keeping in private rather than allowing it to intrude into public spaces. And third, they have replaced what they regard as weak modern substitutes with the more vibrant and demanding forms of religion that they imagine to be a part of their tradition's beginnings". JUERGENSMEYER: Terror in the mind..., op. cit., p. 221.

¹⁴⁴¹ "This is one of history's ironies, that although religion has been used to justify violence, violence can also empower religion. Perhaps understandably, therefore, in the wake of secularism, and after years of waiting in history's wings, religion has made its reappearance as an ideology of social order in a dramatic fashion: violently. In time the violence will end, but the point will remain. Religion give spirit to public life and provides a beacon for moral order. At the same time it needs the temper of rationality and fair play that Enlightenment values give to civil society. Thus religion

4. REGULACIÓN NORMATIVA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y LÍMITES A SU EJERCICIO

4.1. Regulación normativa de la objeción de conciencia

Al tratar de la legislación de la Unión Europea se pudo observar que, a diferencia de otros textos legales internacionales, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea define en primer lugar el derecho a la libertad religiosa, y a continuación la libertad de conciencia. Así, el art. 10.1 es del siguiente tenor: “*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos*”. A continuación, en el apartado segundo, se cita de forma explícita el derecho a la objeción de conciencia en los siguientes términos: “*Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio*”. Tal y como ha apuntado la doctrina¹⁴⁴², dicho precepto no debe ser interpretado como el deseo de condicionar el derecho a la objeción de conciencia a la técnica de la *interpositio legislatoris*. Ello por dos razones: 1) No parece razonable condicionar el ejercicio de un derecho fundamental europeo a la voluntad de cada uno de los Estados miembros de la Unión; 2) Si se hubiera querido condicionar dicho ejercicio a la voluntad de cada legislador nacional no tendría sentido su inclusión en la Carta.

Así pues, no sin discusiones doctrinales al respecto, parece que el Derecho comunitario reconoce el derecho a la objeción de conciencia como un derecho diferenciado del

violence cannot end until some accommodation can be forged between the two - some assertion of moderation in religion's passion, and some acknowledgment of religion in elevating the spiritual and moral values of public life. In a curious way, then, the cure for religious violence may ultimately lie in a renewed appreciation for religion itself”. JUERGENSMEYER: *Terror in the mind...*, op. cit., pp. 242-243.

¹⁴⁴² NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia...*, op. cit., p. 50. En contra, STS de 11 febrero 2009, Sala Tercera (RJ 2009, 1877), dictada con el Pleno pero con varios Votos Particulares, Fundamento de Derecho Séptimo. Respecto el art. 10.2 de la Carta y en relación a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios se ha indicado que “*el legislador ordinario de cada Estado miembro de la UE puede dispensar a un colectivo profesional, si bien se trataría del reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo, esto es, no constitucional, derivado de la libertad de configuración del ordenamiento jurídico de que dispone el legislador democrático, que puede crear, modificar o suprimir dicho derecho según estime oportuno*”. BELTRÁN AGUIRRE: “La objeción de conciencia...”, op. cit., p. 65. Hay que discrepar del aserto realizado por el citado autor. Cuando la norma comunitaria utiliza la expresión “*de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio*” no ha de entenderse que el legislador interno sólo pueda utilizar materialmente la ley como instrumento exclusivo para regular tal ejercicio; sino que, teniendo en cuenta que se trata de una norma internacional y como tal ha de interpretarse, ha de entenderse que cualquier norma interna será válida si respeta las fuentes de creación del Derecho del ordenamiento que se trate: la Constitución, la ley orgánica, la ley ordinaria, el reglamento... Dependerá pues del ordenamiento de cada Estado de la Unión. Así pues, no se puede inferir de tal idea que el derecho resultante tenga que ser necesariamente de configuración legal. Por ejemplo, en el caso de España, si se entiende que el Derecho a la objeción de conciencia es un derecho constitucional, sea o no fundamental, de conformidad con el art. 10.2 de la Carta el legislador español podrá regular los detalles del ejercicio de tal derecho en una ley sin que por ello el derecho a la objeción de conciencia tenga un valor meramente legal. También a favor de la interpretación de la necesidad de la *interpositio legislatoris* de acuerdo con el art. 10.1 de la Carta: PÉREZ-UGENA COROMINA: *La objeción de conciencia...*, op. cit., p. 87.

derecho a la libertad religiosa. Y, consciente el legislador europeo de que se trata de un derecho históricamente discutido y para no violentar las tradiciones jurídicas de cada Estado miembro, permite que cada Estado regule la forma en que se podrá ejercer el derecho reconocido.

Por el contrario, la Constitución española no regula de forma expresa el derecho a la objeción de conciencia de forma general, más allá de unos pocos supuestos de hecho muy concretos, lo que naturalmente no obvia que en España deba aplicarse el citado art. 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales; ni, como se verá, que la Constitución no lo reconozca de forma implícita. O que eventualmente no se pueda reconocer un derecho a la objeción de conciencia de naturaleza legal, no constitucional). Las referencias a la objeción de conciencia expresamente recogidas en la Carta Magna son las siguientes:

1) Respecto a los periodistas: el art. 20.1 d) CE indica que se reconocen y protegen los derechos "a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión". Para añadir a continuación: "La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades".

2) Respecto al servicio militar obligatorio: el art. 30.2 CE dispone que "la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria"¹⁴⁴³. Lógicamente, al haber sido derogado el servicio militar obligatorio, después de décadas de conflictos jurídicos, este precepto ha perdido toda virtualidad más allá de su innegable valor doctrinal en el estudio de la objeción de conciencia¹⁴⁴⁴. En esta materia hay que tenerse en cuenta la Resolución 337 sobre el derecho a la objeción de conciencia del Consejo de Europa adoptada por su Asamblea el 26 de enero de 1967 y la Recomendación 478 del mismo año. Al mismo tiempo, el art. 4 de los tres Acuerdos de Cooperación de 1992 con las confesiones minoritarias establece reglas especiales respecto al servicio militar. Para el caso de los ministros de culto se establece que, sin perjuicio de estar sometidos a la

¹⁴⁴³ El derecho a la objeción de conciencia al servicio militar fue reconocido por las Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU 1989/59 de 8 de marzo, 1995/83 de 8 de marzo y 1998/77 de 22 de abril.

¹⁴⁴⁴ Para una historia de los avatares de la objeción de conciencia al servicio militar en España *vid.* RIUS SANT, Xavier: *La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual*. 1ª edición. Barcelona: Integral Edicions, 1988, pp. 133-213. Al respecto, hay que destacar la preeminencia de los miembros de los Testigos de Jehová y los adventistas del Séptimo Día en dicha historia. Se suele considerar como el primer objetor de conciencia al servicio militar a Albert Contijoch, que objetó en 1959 y que fue sometido a varios consejos de guerra ante su negativa a incorporarse a filas por motivos religiosos. Ahora bien, hay que tener en cuenta al barcelonés Ramón Serrano y al oscense Nemesio Orús que se negaron a empuñar las armas durante la Guerra Civil, en 1937 (p. 133). O al Testigo de Jehová Antonio Gargallo Mejía, que se negó a incorporarse al ejército franquista debido a sus convicciones religiosas y fue fusilado el 18 de agosto de 1937. Sobre los Testigos de Jehová y la objeción de conciencia al servicio militar se puede examinar asimismo SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones no católicas...*, *op. cit.*, pp. 287-292. Y también VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, *op. cit.*, pp. 153 y siguientes, y pp. 175 y siguientes. Sobre Antonio Gargallo *vid.* pp. 82-84. Los soldados protestantes también sufrieron la represión en el ejército como consecuencia de la presencia de curas castrenses, la obligatoriedad de asistir a los oficios religiosos o su negativa a arrodillarse. Como consecuencia de la insistencia de la Comisión de Defensa Evangélica, en 1962 se dieron instrucciones a las Capitanías Generales en el sentido de eximir de todos los actos religiosos a los reclutas que acreditasen su condición de no católicos. Al respecto *vid.* VELASCO CONTRERAS: *Los otros mártires...*, *op. cit.*, p. 156.

legislación general del servicio militar, pueden solicitar que les sean asignadas misiones de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas u otras que sean compatibles con su Ministerio, es decir, se prevé una objeción de conciencia *secundum legem* por motivos religiosos. Y, en segundo lugar, se prevé la posibilidad de solicitar una prórroga de incorporación a filas para aquellas personas que estén cursando estudios religiosos.

3) Respecto al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional: el art. 53.2 CE se erige como una norma procesal: "*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*". Por un lado, dicho precepto nos indica de forma tácita que el derecho a la objeción de conciencia no es un derecho fundamental, ya que si lo fuera no sería necesario indicar que cualquier conflicto derivado de su ejercicio pueda ser garantizado a través del recurso de amparo. En segundo lugar, se puede interpretar que obviamente existe una clara relación entre la objeción de conciencia al servicio militar y los derechos reconocidos en el art. 16.1 CE, que legitimaría el acceso a dicho recurso. En todo caso, la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, prevé en su art. 41.1 que "*los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia*". Ahora bien, a continuación añade que "*igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución*", sin mención de otra situación en que se pueda ejercer eventualmente el derecho a la objeción de conciencia, lo que resulta lógico dado el contenido del citado art. 53.2 CE.

Así pues, que la Carta Magna no haya previsto expresamente más supuestos que los citados respecto los cuales pueda ejercerse el derecho a la objeción de conciencia no significa que tal derecho no tenga virtualidad alguna en ulteriores supuestos de hecho en que entren en conflicto normas morales y normas jurídicas, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional en su doctrina¹⁴⁴⁵. Y más, tal y como se ha dicho, dado el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Si no fuera así, entre otras consecuencias indeseables, resultaría que el ordenamiento jurídico español sería un ordenamiento, a pesar de la relativa novedad de la Constitución española fruto de la Transición política, mucho menos avanzado que otros más antiguos y que sí han reconocido históricamente la objeción de conciencia, tal y como se ha podido comprobar. Asimismo, se debería poner en duda la calidad democrática de la sociedad española, que siendo *de facto* una sociedad plural, resultaría que *de iure* descansaría en un acérrimo positivismo trasnochado, que no tendría en cuenta la existencia de multitud de valores sociales, y que no aceptaría más excepciones a la aplicación de la ley que las

¹⁴⁴⁵ "*El reconocimiento constitucional expreso y posterior desarrollo legal de la objeción de conciencia al servicio militar resulta perturbador, en cuanto que oscurece el fundamento común a todos los supuestos de objeción de conciencia: la negativa a adoptar una conducta personal obligatoria por motivos morales. E incluso, puede conducir al extremo de negar la posibilidad de plantear una objeción de conciencia que no sea la del servicio militar, por ser éste el único supuesto que cuenta con régimen legal (...). Con ello se alcanza un resultado, del todo contradictorio, de un Ordenamiento que ampara una determinada concepción de la libertad de pensamiento o religiosa, y en cambio le niega ese amparo a la correlativa conducta*". ROCA FERNÁNDEZ: "Dignidad de la persona...", en AAVV: *Opciones de conciencia...*, op. cit., pp. 355-356.

expresamente contenidas de manera formal y literal en la misma ley (ética estrictamente legalista, *dura lex sed lex*); sin importar las consecuencias jurídicas de intentar reglar una realidad social harto compleja y difícilmente previsible por el legislador en cada una de las normas debido a las diferentes cosmovisiones religiosas y seculares existentes. De ahí que los preceptos constitucionales deban ser interpretados de acuerdo con los tiempos cuya realidad social se pretende regular, y sin olvidar la evidente eficacia jurídica de la normativa internacional.

Si se rechaza toda postura iusnaturalista, que sería lo más acorde en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho, en los casos más flagrantes de indeseadas consecuencias jurídicas sólo quedaría la aún más trasnochada, y de dudosa legitimidad democrática, institución de la amnistía; una amnistía llevada a cabo mediante la promulgación de una norma *ad hoc*, como ha ocurrido en alguna ocasión en materia fiscal u otras¹⁴⁴⁶. En pocas palabras, si al fundamentalismo religioso se le imputa no ser capaz de ir más allá de la literalidad de unos textos rígidos e inamovibles; de rechazarse de plano y sin matices la existencia en España de un derecho general a la objeción de conciencia (que no debe entenderse como un derecho de aplicación a cualquier situación y sin limitaciones) el ordenamiento jurídico caería en un fundamentalismo positivista difícilmente aceptable en una sociedad plural. No ha de partirse de examinar si las consecuencias jurídicas de la aplicación de una norma son justas o injustas, como se haría si se partiera de una postura iusnaturalista; sino de reconocer que los preceptos constitucionales son lo suficientemente abiertos y dúctiles a la hora de reconocer los derechos fundamentales que no necesitan por su propia naturaleza prever literalmente cada supuesto de hecho. Lo relevante es que reconocen derechos, como el de libertad religiosa, que se inserta en el núcleo duro del ordenamiento jurídico por recoger valores que son comúnmente aceptados y extremadamente relevantes para garantizar la convivencia democrática. Y el día que no sea así, al no tratarse de valores inmutables, la ciudadanía a través de los cauces participativos establecidos deberá normar y darse las normas jurídicas que tenga por conveniente. Así, lo deseable es partir de un positivismo moderado, no de constatar si una situación es justa o injusta, sino de si una situación permite desplegar las consecuencias jurídicas de un valor fundamental, cual es de la libertad religiosa, y tal despliegue merece que otros derechos y bienes (o el mismo derecho a la libertad religiosa) deban ser modulados.

Al tratar del derecho a la objeción de conciencia no sólo se parte a menudo en el debate de las posturas más radicales del iusnaturalismo y del positivismo con un ánimo polémico

¹⁴⁴⁶ El cambio de régimen político justificó la promulgación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía, que afectó por ejemplo a los objetores al servicio militar por razones religiosas o éticas (art. 2.b) o al ámbito laboral: "*Están comprendidas en esta Ley las infracciones de naturaleza laboral y sindical consistentes en actos que supongan el ejercicio de derechos reconocidos a los trabajadores en normas y convenios internacionales vigentes en la actualidad*" (art. 5); "*la amnistía deja sin efecto las resoluciones judiciales y actos administrativos o gubernativos que hayan producido despidos, sanciones, limitaciones o suspensiones de los derechos activos o pasivos de los trabajadores por cuenta ajena, derivados de los hechos contemplados en los artículos primero y quinto de la presente Ley, restituyendo a los afectados todos los derechos que tendrían en el momento de aplicación de la misma de no haberse producido aquellas medidas, incluidas las cotizaciones de la Seguridad Social y Mutualismo Laboral que, como situación de asimiladas al alta, serán de cargo del Estado*" (art. 8). Un ejemplo de interpretación de dicha "Ley de Gracia" en materia laboral es la STS de 17 julio 1981 (RJ 1981, 3195).

estéril¹⁴⁴⁷, olvidándose de posturas más moderadas y eclécticas; sino que al mismo tiempo se olvida fácilmente que los derechos fundamentales, y también los derechos humanos, son derechos positivados, parte del ordenamiento jurídico; parte precisamente de su estructura más relevante. El derecho a la objeción de conciencia por convicciones religiosas es un derecho instrumental del derecho fundamental de libertad religiosa, por lo que operará no cuando un ciudadano considere su situación injusta según sus parámetros morales, mas se activará tal derecho cuando el ordenamiento jurídico, tomado en su conjunto y sin necesidad de que todas las situaciones estén especialmente previstas, así lo prevea precisamente para garantizar que no se dañe el derecho a la libertad religiosa, de ahí su carácter instrumental y, por ende, particularmente limitado.

4.2. El derecho a la objeción de conciencia según el Tribunal Constitucional

En un principio el Tribunal Constitucional, probablemente por razón del contexto político del momento y la falta de rodaje del ordenamiento jurídico democrático, fijó una postura doctrinal muy favorable al ejercicio de la objeción de conciencia. Sin embargo, posteriormente ha ido restringiendo paulatinamente el ejercicio del derecho y limitando su postura inicial. Probablemente tal postura restrictiva ha sido una reacción a un legítimo temor a que el Estado de Derecho se viera debilitado mediante la generalización de la exención de las obligaciones jurídicas con el consecuente perjuicio de la seguridad jurídica; un temor que es común a todos los Estados democráticos de Derecho, incluidos los Estados Unidos de América, cuyas sentencias del Tribunal Supremo y los correspondientes votos disidentes han reflejado interesantísimas discusiones en relación con dicho temor.

¹⁴⁴⁷ De hecho las polémicas relacionadas con la pugna entre iusnaturalismo y positivismo se prestan a argumentos fáciles referentes a posturas ideales, y que como tales no existen en estado puro en la realidad, pertenecientes a los dos extremos en liza: "Se acepta sin resistencias que un defensor de la legalidad afirme que las leyes positivas deben ser obedecidas y aplicadas porque son leyes, no porque sean justas y, por consiguiente, que deben ser obedecidas aun si son injustas. El «desconsolado homenaje a las leyes solo porque son tales» del que habló Calamandrei en los años oscuros - y que le fuera luego reprochado varias veces por los neoiusnaturalistas - no sería «desconsolado» si la legalidad coincidiese en un todo con la justicia. La concepción legalista de la justicia, formulable en su pureza de la siguiente manera: «la ley positiva es justa por el solo hecho de ser ley» (reducción de la justicia a la validez), es, en realidad, bastante rara: es muy a menudo un paradigma para los clasificadores de teorías un blanco para los amantes de la polémica". BOBBIO: *Iusnaturalismo y positivismo...*, op. cit., p. 86. A dichos argumentos de "lanzamiento" fácil al oponente, se le pueden sumar otros basados en supuestas realidades empíricas incontrovertidas, lógicamente no acompañadas de dato alguno, como es el hipotético estado de anarquía y decaimiento del ordenamiento jurídico anudado de manera inexorable a la supuesta aceptación de la objeción de conciencia. Cuando lo cierto es que ni aquí se defiende un derecho ilimitado a la objeción de conciencia desligado a las reglas más elementales contenidas en el ordenamiento jurídico (límites, ponderación de derechos según los cánones constitucionales, interpretación restrictiva, etc.); ni consta que en aquellos ordenamientos jurídicos donde dicha figura juegue un rol relevante, de forma paradigmática los Estados Unidos, el ordenamiento jurídico o su desarrollo como sociedad democrática hayan salido malparados. Más bien, como demuestra de forma reiterada la presente investigación, ha ocurrido todo lo contrario: los Estados Unidos no sólo poseen un robusto sistema jurídico amparado por un prestigioso Tribunal Supremo, sino que además la sensibilidad mostrada hacia la diferencia, especialmente la religiosa, le ha permitido un desarrollo democrático, económico, científico, en definitiva civilizatorio, sin precedentes, como ya mostró de forma brillante en su momento Alexis de Tocqueville cuando la evolución de dicho país no ostentaba las cotas de desarrollo actuales por todos conocidas.

La conocida STC 15/1982, de 23 abril (BOE 18 de mayo de 1982), explicita que la Constitución reconoce el derecho a la objeción de conciencia más allá de si el legislador desarrolla legalmente tal derecho o no, es decir, sin la necesidad de la *interpositio legislatoris*. Asimismo el Tribunal se adhiere a la postura de la doctrina mayoritaria y del Derecho comparado que afirma que la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma. El Tribunal reitera que la Constitución reconoce el derecho a la objeción, independientemente de su eventual desarrollo normativo por el legislador: “*puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el artículo 30.2 emplee la expresión «la ley regulará», la cual no significa otra cosa que la necesidad de la «interpositio legislatoris» no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para «regular» el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia*” (Fundamento Jurídico Sexto *in fine*).

El Tribunal considera que la objeción de conciencia no se erige como un derecho o garantía a quedar exento de un deber, ya sea genérico o individual; sino que en determinado supuestos puede mediar una declaración por la cual el destinatario de la obligación pueda quedar exento y no sufrir la coacción del Estado para el caso de que no existiera tal declaración. Es decir, se diferencia entre los derechos contenidos en el art. 16.1 CE, que sí garantizan de forma directa un espacio de libertad que implica la abstención de otros sujetos en su intromisión; y la objeción de conciencia. Tal autorización caso por caso es coherente con el hecho de que se trata de una exención en el contexto de una relación entre Estado y ciudadano, y en relación a una materia tan delicada como es la defensa nacional. Además, es relevante reseñar que para el Tribunal no es necesaria la regulación legal del Derecho (*interpositio legislatoris*) para su reconocimiento. Al tratarse de la exención de un deber público y general (en aquel caso al servicio militar), no una obligación inserta en una relación *inter privatos*, es necesario que concurra una declaración de exención caso por caso, que es la que eventualmente eximiría del cumplimiento de la obligación jurídica (Fundamento Jurídico Séptimo).

Es interesante destacar que en este caso, al tratarse de un deber público y general, el Tribunal cita el principio de igualdad como límite al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. Así, parece claro que en el caso de la objeción de conciencia en el seno de la relación laboral tal principio de igualdad deberá ser modulado, pues la mayoría de obligaciones que implican el trabajo por cuenta ajena son de carácter privado, no público, aunque obviamente existen excepciones (tal es el caso, por ejemplo, de las normas de prevención de riesgos laborales o el trabajo en el seno de la Administración pública).

Asimismo, y aunque no lo diga expresamente, el Tribunal considera la objeción de conciencia al servicio militar como una objeción *secundum legem*. Aunque en el momento de dictarse la sentencia referida el legislador no había regulado la prestación social sustitutoria, el Tribunal entendió que:

- 1) Es posible eximir al objetor de cumplir con la norma jurídica (deber de cumplir el servicio militar).

2) Tal exención se fundamentaría en las motivaciones morales del objetor y de forma independiente a la existencia de una norma jurídica de desarrollo del derecho reconocido en la Constitución.

3) La solución a la controversia se encuentra en el mismo ordenamiento jurídico. El objetor no queda eximido del cumplimiento del deber sin más, sino que ha de cumplir entonces con otro deber jurídico previsto normativamente: el servicio social sustitutorio, que puede ser más gravoso (por ejemplo, en cuanto a su duración), pero que con su cumplimiento hace desaparecer el conflicto creado entre normas morales y jurídicas.

4) Se trata, pues, de una acomodación de la situación jurídica en la que se encuentra el objetor para compatibilizar dicha situación con el código de conducta personal.

5) Con dicha acomodación no se resiente ni el Estado de Derecho, ni la seguridad jurídica, pues la situación alternativa también está prevista en el ordenamiento jurídico.

El Tribunal reconoce implícitamente una cuestión de técnica jurídica: es imposible que el texto constitucional prevea todos los eventuales conflictos que puedan surgir en la sociedad actual, por lo que habría de procederse a su desarrollo legislativo cuando sea necesario para que un derecho recogido en la Constitución despliegue su eficacia con plenitud. Así, al referirse al contenido del art. 30.2 CE indica: *“A ello hay que añadir que el criterio de la conformidad a los dictados de la conciencia es extremadamente genérico y no sirve para delimitar de modo satisfactorio el contenido del derecho en cuestión y resolver los potenciales conflictos originados por la existencia de otros bienes igualmente constitucionales”*. En el caso de la prestación sustitutoria, el legislador no había cumplido aún con el mandato constitucional de desarrollo legislativo. Por aquel entonces, sólo se había aprobado el Real Decreto 3011/1976, de 23 de diciembre, sobre la objeción de conciencia de carácter religioso al servicio militar, que además de referirse exclusivamente a las creencias religiosas, y no a otras eventuales convicciones morales ajenas al hecho religioso, tenía naturaleza reglamentaria, no legal.

En la STC 19/1985, de 13 febrero (BOE 5 de marzo de 1985), el Tribunal Constitucional empieza a matizar de forma restrictiva la doctrina judicial anterior. En el presente supuesto se analiza la posibilidad de incumplir las obligaciones emanadas del contrato de trabajo por entrar en contradicción con las convicciones jurídicas del trabajador. En concreto se trata de una trabajadora que fue despedida por abandono del puesto de trabajo y ausencias injustificadas a dicho puesto de trabajo. Así pues, hay que analizar dicha doctrina jurisprudencial de forma especialmente cautelosa, pues la trabajadora no solicita a la empresa adaptar su horario y/o jornada de acuerdo con sus convicciones religiosas y en ejercicio del derecho a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), sino que simplemente no cumple por razón de tales creencias las obligaciones jurídicas emanadas del contrato de trabajo y pretende que se le exima de tal cumplimiento amparándose en un derecho distinto, el de objeción de conciencia.

Consta en el relato fáctico de la sentencia que la trabajadora prestaba servicios para la empresa desde el 20 de septiembre de 1971 y que en fecha 4 de septiembre de 1982 fue bautizada según el rito de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, convirtiéndose desde esta fecha en miembro practicante de la misma; que por imponerles sus creencias religiosas la inactividad laboral desde la puesta del sol del viernes a la del sábado, la actora se veía imposibilitada durante tales días de cumplir adecuadamente con su precepto adventista, por lo que pidió el cambio de turno o una ausencia con pérdida de

salario con compensación en otras horas, que la empresa no admitió, por lo que abandonó su puesto y fue despedida. Así pues, salta a la vista que la trabajadora antes de optar por incumplir las órdenes de la empresa (objeción *contra legem* de carácter sobrevenido), podía haber optado por impugnar la decisión empresarial por entender que infringía su derecho a la libertad religiosa, si había margen para ello. En pocas palabras, la trabajadora buscó en la jurisdicción ordinaria y después mediante recurso de amparo que se justificara jurídicamente su conducta consistente en el incumplimiento de obligaciones jurídicas contractuales; en lugar de haber impugnado la decisión empresarial de denegación del cambio de turno o la ausencia del trabajo con pérdida de salario y así enjuiciar si la conducta empresarial se ajustó o no al derecho de la trabajadora a la libertad religiosa.

La trabajadora sostuvo que sus convicciones debían encuadrarse en el contenido esencial de la libertad religiosa y, por lo tanto, debían prevalecer frente los deberes laborales. La consecuencia de ello sería que debía conciliarse la organización del trabajo en la empresa, que consideraba factible sin trastorno grave, a la práctica religiosa. Ahora bien, como se ha dejado dicho, lo que se discutió realmente no es si el empresario debía adecuar las condiciones de trabajo a las necesidades religiosas de la trabajadora, como muchos autores han interpretado, sino si la trabajadora tenía derecho a dejar de cumplir las obligaciones laborales por entender que contradecían sus convicciones religiosas.

Tal planteamiento condicionó la respuesta del Tribunal Constitucional: *“aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas”* (Fundamento Jurídico Primero). En puridad cabría decir, a diferencia de lo que plantea el Tribunal, que la trabajadora lo que pretendió al impugnar su despido fue que se entendiera justificada su conducta antijurídica, no la imposición de condiciones contractuales o la novación sobrevenida del contrato de trabajo.

El Tribunal completa su argumentación de la siguiente forma restrictiva en cuanto al ejercicio de la objeción de conciencia: *“En el contrato de trabajo que liga a la recurrente con la Empresa en la que presta sus servicios, no se ha denunciado la existencia de cláusula o estipulación alguna, que, en sí misma o en la interpretación o aplicación que de ella se hace, pueda resultar lesiva para los derechos fundamentales de la recurrente, y así lo que ésta pretende no es la anulación total o parcial del contrato, sino que se le dispense del cumplimiento de las obligaciones que libremente aceptó y que considera ajustadas a derecho, de manera que no se extraiga de su incumplimiento la necesaria consecuencia del despido. Se evidencia con ello que la idea que subyace a toda la argumentación de la recurrente es la de que un cambio puramente fáctico (el de sus ideas o creencias religiosas) [de ahí que se pueda calificar el supuesto de objeción de conciencia sobrevenida], en cuanto que es manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, provoca la modificación de los contratos por ella suscritos, cuyo cumplimiento sólo será exigible, en la medida en que no sea incompatible con las obligaciones que su nueva confesión religiosa le impone, llevando así (sin duda, con la mayor buena fe y movida seguramente de profunda religiosidad) el principio de la sujeción de todos a la Constitución (art. 9.1) a extremos inaceptables por contrarios a*

principios que, como el de la seguridad jurídica, son también objeto de garantía constitucional (art. 9.3)".

Se insiste en que la respuesta del Tribunal está condicionada por el hecho de que en la jurisdicción ordinaria se impugnó un despido, solicitando que se calificara como nulo por ser contrario a los derechos fundamentales. Es decir, el objeto de la *litis* se circunscribió a determinar si la conducta de la actora era constitutiva de despido disciplinario procedente, o por el contrario debía prevalecer su derecho a oponerse a la ejecución de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo; nunca si el contenido del contrato de trabajo se ajustaba al art. 16.1 CE una vez la trabajadora cambió de convicciones religiosas. Obviamente, el cambio sobrevenido de las convicciones religiosas de un trabajador nunca podrá significar de forma automática que una cláusula del contrato de trabajo haya incurrido en inconstitucionalidad. Cuestión distinta es que se articulen los mecanismos adecuados para adaptar o acomodar la ejecución de las obligaciones del contrato de trabajo a las nuevas circunstancias que puedan surgir en el desarrollo del contrato de trabajo, si se cumplen determinados requisitos. *Mutatis mutandis* si, por ejemplo, una trabajadora se queda embarazada y la prestación de servicios puede hacer peligrar la normal gestación, ello no significa que dicha prestación de servicios haya incurrido de forma sobrevenida en una ilegalidad o en inconstitucionalidad; sino que habrá de adaptarse la ejecución del contrato de trabajo a la nueva situación, según dispone, sin ánimo de exhaustividad el art. 26.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales¹⁴⁴⁸. Tal precepto no hace sino salvaguardar, entre otros derechos, el derecho fundamental a la integridad física contenido en el art. 15 CE.

En el Fundamento Jurídico Segundo el Tribunal afirma que en ningún momento se ha vulnerado el derecho de la trabajadora a su libertad religiosa; extremo distinto sería, como ocurre en el presente caso, que existiera una incompatibilidad entre la prestación de servicios del modo en que se había pactado y las actuales convicciones religiosas de la trabajadora. Y fija la controversia del siguiente modo: *"De lo que se trata es que la Empresa no la ha dispensado del régimen laboral que, respecto a la jornada de trabajo, tiene establecido, de modo que, bien entendido, no la ha posibilitado el cumplimiento de sus deberes religiosos, que es algo sustancialmente bien distinto de una actuación coercitiva impeditiva de la práctica religiosa. Podrá existir -no hay inconveniente en reconocerlo- una incompatibilidad entre los deberes religiosos, en cuanto impongan la inactividad laboral y la ejecución del trabajo o el cumplimiento de obligaciones laborales, pero no una coercibilidad contraria al principio de neutralidad que debe presidir, en la materia, la conducta del Empresario"*. Pues bien, no se trataba de eso, ya que no parece que la trabajadora impugnara nunca dicha decisión empresarial ante la jurisdicción. Se reitera que el nudo gordiano del conflicto era determinar si la conducta de la trabajadora debía ser sancionada o no por quedar su conducta incumplidora justificada; o dicho de

¹⁴⁴⁸ Dicho precepto es del siguiente tenor: *"La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos"*.

otro modo: si según las circunstancias del caso cabía o no la objeción de conciencia. Es sintomático que el Tribunal no hiciera alusión a la STC 15/1982 ya comentada, en la que se hacía referencia a una tipología de objeción de conciencia prevista expresamente en la ley, no se trataba de una objeción de conciencia sobrevenida y hacía referencia a las relaciones jurídicas entre Estado y ciudadano, no entre sujetos privados. En cuanto a la argumentación vertida en relación al descanso semanal, en el apartado apropiado se tratará de la regulación de dicho descanso semanal y el modo en que se interrelaciona con las convicciones religiosas de los trabajadores y las obligaciones contractuales.

En la STC 53/1985 de 11 abril (BOE 18 de mayo de 1985), de forma *obiter dicta* y al hablar del derecho al aborto, se afirma que el derecho a la objeción de conciencia “*existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales*”. De tal aserto se desprende implícitamente que al tratarse de un derecho fundamentado en el art. 16.1 CE la objeción de conciencia puede ser de aplicación a otros casos no previstos expresamente en la Carta Magna, aunque no se ofrecen más detalles, y obviamente aún no era de aplicación la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de plena aplicación en España y que sí reconoce expresamente el derecho a la objeción de conciencia.

Conforme la jurisprudencia constitucional va construyendo poco a poco la dogmática del derecho a la objeción de conciencia se restringe la doctrina de la STC 15/1982 y la alusión realizada en la STC 53/1985 a la existencia de un derecho a la objeción de conciencia más allá de los supuestos expresamente reconocidos en la Constitución. En la citada sentencia se expresa que el derecho a la objeción de conciencia es un derecho constitucional autónomo, pero no fundamental. Al respecto, aunque se reconoce su relación con los derechos del art. 16 CE, y que puede ser motivo de amparo si se trata de la objeción regulada en el art. 30.2 CE en relación al art. 53.2 CE, el Tribunal entiende que ello no significa que se trate de un derecho fundamental. En palabras del Tribunal Constitucional “*es justamente su naturaleza excepcional -derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España- lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria «con las debidas garantías», que, si por un lado son debidas al objetor, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional*” (Fundamento Jurídico Tercero).

En la STC 160/1987, de 27 octubre (BOE 12 de noviembre de 1987), dictada por el Pleno, califica al derecho a la objeción de conciencia por razón del servicio militar de derecho constitucional autónomo, pero no fundamental: “*Se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, si, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. A ello obsta la consideración de que su núcleo o contenido esencial -aquí su finalidad concreta- consiste en constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente a no prestarlo), sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria. Constituye, en ese sentido, una excepción al cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el art. 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de*

conciencia (art. 16 C. E.) que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o «subconstitucionales» por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Es justamente su naturaleza excepcional -derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España- lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria «con las debidas garantías», que, si por un lado son debidas al objetor, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional" (Fundamento Jurídico Tercero).

En la STC 161/1987, de 27 octubre (BOE 12 de noviembre de 1987), el Tribunal aclara que el derecho a la objeción de conciencia se trata *"de un derecho que supone la concreción de la libertad ideológica reconocida en el art. 16 de la Norma suprema. Pero de ello no puede deducirse que nos encontremos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad. La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto"* (Fundamento Jurídico Tercero). Es decir, el derecho a la objeción de conciencia es un derecho excepcional que deriva de los derechos contenidos en el art. 16.1 CE, pero que no cabe confundirlo con dichos derechos (a la libertad ideológica, religiosa, etc.). Así pues, ha de quedar claro, por sus relevantes consecuencias jurídicas y la confusión que habitual comporta la distinción, que una cosa es ejercer el derecho fundamental a la libertad ideológica o a la libertad religiosa, por poner los dos ejemplos más habituales; y otro supuesto distinto es que el ciudadano ejercite el derecho constitucional y autónomo, pero no fundamental, a la objeción de conciencia porque pretende quedar impune de la desobediencia de una obligación jurídica de que es destinatario. Aunque en este último caso la objeción de conciencia encontrará fundamento en las convicciones religiosas o ideológicas del objetor, tal elemento simplemente demuestra la naturaleza instrumental de dicho derecho a objetar con los derechos fundamentales a la libertad religiosa o la ideológica. Que guarden una relación de instrumentalidad no significa ni que tengan la misma naturaleza jurídica, ni que por tal razón posean exactamente la misma dinámica (extensión, protección, etc.), aunque puede ser parcialmente coincidente.

Tal doctrina del Tribunal Constitucional, en relación a la doctrina de la comentada STC 19/1985, lleva a que se reitere que una cosa es ejercer el derecho a la libertad religiosa en el seno de la relación laboral, y cosa bien distinta es pretender que se justifique el no cumplimiento de una obligación jurídica emanada de la relación laboral. El ejercicio de la objeción de conciencia en el seno de la relación laboral ha de llevarse a cabo de forma restrictiva; no así el ejercicio de la libertad religiosa, que puede ser modulado, pero interpretado de forma extensiva, interpretación inherente a su carácter de derecho fundamental.

En todo caso el Tribunal en su STC 161/1987 niega en dicha ocasión la objeción de conciencia sobrevenida en el supuesto de la objeción de conciencia al servicio militar.

En el ATC 71/1993, de 1 marzo, se afirma que la objeción de conciencia constituye un derecho constitucional autónomo y protegido por el recurso de amparo, pero no se trata

de un derecho fundamental. La citada resolución judicial realiza una interpretación restrictiva del derecho a la objeción de conciencia para negar que pueda extenderse a la legislación tributaria: *“la objeción de conciencia, en cuanto derecho constituido por una excepción a un concreto deber constitucional (el del art. 30 CE, de prestar el servicio militar, sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria), no puede ser extendida subjetivamente, por razón de las propias creencias, más allá del ámbito objetivo del deber general que la Constitución establece. Por lo que no cabe invocar la objeción de conciencia como excepción al deber general previsto en el art. 31 CE, por carecer tal pretensión de fundamento constitucional y no estar, además, prevista en el ordenamiento tributario”*. En opinión del Tribunal *“no cabe ampararse en la libertad ideológica del art. 16 CE para pretender de este Tribunal, con base en este derecho, ni que se reconozca una excepción, al cumplimiento del deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE), ni la adopción de formas alternativas de este deber, como parece haber sostenido el recurrente ante la Administración Tributaria. Estas últimas, es obvio, entrañarían el riesgo de una relativización de los mandatos jurídicos, como se ha dicho en la citada STC 160/1987 (fundamento jurídico 3.º), atribuyendo a cada contribuyente la facultad de autodisponer de una porción de su deuda tributaria por razón de su ideología”* (Fundamento Jurídico Tercero). Por lo tanto, el Tribunal desecha la viabilidad de la objeción de conciencia fiscal por no estar prevista de forma expresa en precepto alguno y por prevalecer intereses y derechos de mayor importancia que justifican que no se exima a algunos ciudadanos de un deber de naturaleza netamente pública. Es decir, ha de resaltarse que no puede interpretarse de igual forma la exención de un deber general inserto en la relación jurídica establecida entre Estado y ciudadano (entre Administración y administrado), que la exención a un deber particular localizado en un contexto de una relación jurídica *inter privatos*, regida normalmente por normas jurídicas privadas, no públicas. O lo que es lo mismo, el canon hermenéutico a utilizar en cuanto a la aplicación de la objeción de conciencia en sede laboral no puede nutrirse de forma automática de doctrinas emanadas del Tribunal Constitucional para deberes que no son generales. Cosa distinta, como se dirá, es el cambio de criterio, totalmente restrictivo, que ha de seguirse cuando una norma de Derecho público regula algún aspecto relacionado con la relación laboral, como es el caso de las normas en materia de prevención de riesgos laborales, que garantizan el derecho, por ejemplo a la integridad física ex art. 15 CE; o las que regulan la tutela contra conductas discriminatorias que, por ejemplo, salvaguardan la dignidad de terceros, como pueden ser otros trabajadores o el mismo empresario.

En la STC 321/1994, de 28 noviembre (BOE 28 de diciembre de 1994), el Tribunal recuerda que *“el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 CE no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales. Por ello, el derecho a ser declarado exento del servicio militar no deviene directamente del ejercicio de la libertad ideológica, por más que se encuentre conectado con el mismo, sino tan sólo de que la Constitución en su art. 30.2 expresamente ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia, referido únicamente al servicio militar y cuyo ejercicio supone el nacimiento del deber de cumplir la prestación social sustitutoria, sistema que permite al objetor cumplir los objetivos de la norma de servir a la comunidad salvaguardando sus íntimas convicciones (STC 160/1987). No puede, por lo tanto, el recurrente justificar su negativa al cumplimiento de la prestación social*

sustitutoria ni apelando a la libertad ideológica, ni mediante el ejercicio de la objeción de conciencia, derecho que la Constitución refiere única y exclusivamente al servicio militar” (Fundamento Jurídico Cuarto *in fine*). El mensaje del Tribunal es muy claro: que en casos puntuales se exima al ciudadano de cumplir con una norma jurídica no significa que se le exima también de cumplir con la obligación jurídica alternativa que la objeción de conciencia *secundum legem* prevé. El Tribunal entiende que la objeción de conciencia al servicio militar no puede extenderse a la objeción de conciencia al servicio social sustitutorio, que no ha sido prevista en precepto alguno y no se infiere del art. 16 CE (interpretación restrictiva del derecho a la objeción).

La STC 177/1996, de 11 noviembre (BOE 17 de diciembre de 1996), es interesante porque en el caso analizado el destinatario de la obligación jurídica hace cuanto puede para que le sea reconocido su derecho a la libertad religiosa; y ante la inminencia del necesario cumplimiento de la citada obligación, que entiende contraria a sus convicciones personales, decide desobedecer. Según consta en el relato fáctico de la sentencia, el demandante de amparo, militar profesional, fue designado para realizar una formación de honores a la Virgen de los Desamparados en un acuartelamiento, en los que, por Orden general extraordinaria de la superioridad, se tenían que celebrar ciertos actos de las Fuerzas Armadas de homenaje a la Virgen con motivo del V Centenario de su Advocación. El recurrente, al conocer con mayor detalle la naturaleza de los distintos actos a celebrar, y por considerar que tenían un inequívoco contenido espiritual y religioso, solicitó, primero oralmente y después por escrito ser relevado de la Compañía de honores, alegando su derecho a la libertad religiosa, la aconfesionalidad del Estado y lo dispuesto en los arts. 117 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y 423 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, precepto este último en el que se dispone expresamente un supuesto de objeción de conciencia *secundum legem* en los siguientes términos: "*las ceremonias militares de especial contenido espiritual podrán ir precedidas de los actos religiosos que por tradición correspondan. Con la debida antelación se hará advertencia de que aquellos que no profesen la correspondiente religión quedan dispensados de asistir al acto religioso*".

Dicha solicitud le fue denegada oralmente, sin que consten las razones que fundamentaron tal decisión. Iniciados esa misma tarde los actos de homenaje (por lo tanto, sin que el destinatario de la obligación jurídica pudiera reaccionar desde el plano jurídico más allá de la objeción de conciencia como último recurso), el militar afectado permaneció en la formación durante los honores militares a al general jefe de la Región Militar de Levante y a la bandera de España; pero la abandonó (previa solicitud de permiso que le fue denegada) en el momento de rendir honores a la Virgen. Posteriormente, se reincorporó a la formación y continuó en la parada militar hasta llegar a la Capitanía General, donde se iba a recibir de nuevo a la Virgen para introducirla en la iglesia. En ese momento, solicitó permiso para abandonar la unidad, que nuevamente le fue denegado, saliendo de la formación. Requerido por la superioridad para que se reincorporase a la misma y ante la negativa del actor, se le explicó que los distintos actos integrantes de la parada militar, a diferencia de otros actos de culto programados, eran estrictamente militares, por lo que tenía la obligación de tomar parte en los mismos. Al día siguiente, el afectado acudió con su unidad a la Capitanía General donde preguntó por la secuencia de actos a realizar informándosele de que primero se rendirían honores al general jefe de la Región Militar y luego a la Virgen de los Desamparados. El demandante de amparo decidió no tomar parte en los actos, según manifestó, porque no se

encontraba con fuerzas para volver a solicitar permiso para abandonar la formación delante de toda la población civil que presenciara el acto. A resultas de los citados hechos, que constituyen una objeción de conciencia en toda regla, se le impusieron una serie de sanciones disciplinarias e, incluso, se abrieron diligencias penales que fueron ulteriormente archivadas. Paralelamente, el afectado presentó denuncia, pero la Sala Quinta del Tribunal Supremo confirmó que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito.

Hay que aclarar que el objetor impugna ante el Tribunal Constitucional, no las medidas disciplinarias que le fueron impuestas en relación con su conducta y el incumplimiento de la orden de no abandonar la formación; sino única y exclusivamente la decisión de los órganos jurisdiccionales de archivar las diligencias previas instruidas a resultas de la demanda presentada por el soldado afectado contra sus superiores, por entender aquél que habían incurrido con tal proceder en conductas tipificadas como delito. Así pues, el Tribunal Constitucional sólo examina la constitucionalidad del auto de archivo de las actuaciones penales y a la ulterior sentencia del Tribunal Supremo que lo confirma, a las que el objetor imputa una doble vulneración de su derecho a la libertad religiosa, consistente en un entendimiento erróneo del contenido de este derecho que lleva a los órganos judiciales a denegar la imposición de las sanciones penales solicitadas.

En opinión del Tribunal Constitucional el recurrente en amparo perseguía hacer valer la vertiente negativa de la libertad religiosa frente a lo que consideraba un acto ilegítimo de intromisión en su esfera íntima de creencias, y por el que un poder público, incumpliendo el mandato constitucional de no confesionalidad del Estado (art. 16.3 CE), le habría obligado a participar en un acto, que estimaba de culto, en contra de su voluntad y convicciones personales. Al mismo tiempo, los actos del supuesto de hecho eran actos de naturaleza religiosa con participación militar, no actos militares destinados a la celebración, por personal militar, de una festividad religiosa. Así pues, surgió un conflicto entre el deber de disciplina y el derecho a la libertad ideológica y de conciencia, que el recurrente resolvió desacatando las órdenes. Al respecto, el Tribunal afirma: *"el art. 16.3 CE no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza. Pero el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza. Decisión personal, a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16.3 CE. En consecuencia, aun cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa"* (Fundamento Jurídico Décimo).

Es de destacar que el recurso de amparo fue desestimado precisamente porque se limitó a analizar la impugnación del archivo de las actuaciones penales, no porque no procediera el derecho a la objeción de conciencia ejercido por el militar. Del razonamiento del Tribunal se desprende que la solicitud del recurrente de no participar en un acto considerado religioso por motivo de sus convicciones personales debió ser atendida. Ahora bien, ante la desestimación de dicha solicitud el tribunal no aclara si podía el militar objetar teniendo en cuenta los intereses en juego. Lo cierto es que, por un lado, la

conducta del militar preavisada con tiempo a sus superiores no afectaba a intereses vitales como podrían ser la defensa del país. Asimismo, su participación parece que podría ser sustituida por otro soldado sin problemas, o al menos no consta que las autoridades militares alegaran ningún problema organizativo para denegar la solicitud. Por último, es relevante destacar la inminencia del acto religioso que no otorga margen de maniobra al objetor para impugnar la desestimación de su solicitud y esperar respuesta a dicha impugnación. De este modo, al militar destinatario de la obligación jurídica de asistencia al acto religioso sólo le quedaba actuar en contra de sus más íntimas convicciones; u objetar y arriesgarse a ser sancionado, como así ocurrió y con su actuación demostró que se trataba de una genuina *objeción de conciencia contra legem* (disposición clara a ser sancionado por no quebrantar las más íntimas convicciones).

Dadas las circunstancias antedichas parece claro que procedía la objeción de conciencia y las sanciones impuestas debieran ser consideradas vulneradoras del art. 16.1 CE (vulneración del derecho a la libertad religiosa en su vertiente negativa). Ello demuestra una vez más que, por muy legítimas que sean las normas jurídicas, a veces su cumplimiento acarrea unas consecuencias jurídicas totalmente intolerables en un Estado democrático de Derecho. Por tal razón, ha de dejarse la puerta abierta, habilitarse, instrumentos jurídicos que, sin violentar el ordenamiento jurídico, permitan al Estado democrático subsanar en el último momento (preferiblemente antes) y aunque sea de forma restrictiva las disfunciones que siempre se pueden materializar; por muy diligente que sea el legislador. Y se reitera una vez más, que una eventual amnistía no es la más apropiada para proteger los derechos fundamentales cuya titularidad se ostenta en una sociedad plural. Muchas veces la paradoja consiste en que el positivista más acérrimo desconfía y teme de la objeción de conciencia, y en cambio acaba aceptando como un mal menor una figura jurídicamente tan arbitraria como la amnistía.

La STC 101/2004, de 2 junio (BOE 23 de junio de 2004), guarda una estrecha relación con la anterior, pero al mismo tiempo aporta matices de interés. Un subinspector del Cuerpo Nacional de Policía, destinado en la Unidad Especial de Caballería en Sevilla, concedor de que anualmente se disponía la comisión de servicio de un cierto número de miembros de la misma a la ciudad de Málaga, para acompañar durante la estación de penitencia a la Hermandad Sacramental de Nuestro Padre Jesús El Rico, dirigió escrito al Inspector Jefe de aquélla, solicitando que se le dispensara de tener que asistir a dichos actos religiosos, por considerar que, de obligarle a estar presente, se lesionaría su derecho a la libertad religiosa. Dicha solicitud fue contestada por el Comisario Jefe de la Brigada de Seguridad Ciudadana de Sevilla en una Resolución en la que se recordaba que el Cuerpo Nacional de Policía es Hermano mayor de la Hermandad Sacramental de Nuestro Padre Jesús El Rico, y todos los años una unidad de la Brigada Provincial de Seguridad Ciudadana participa en el desfile procesional, a fin de garantizar el normal desarrollo del acto. Asimismo se consideraba que la presencia de dicha unidad en el desfile profesional había de considerarse como un servicio, y no como una asistencia a un culto religioso, y que los sentimientos religiosos no podían pues aducirse a la hora de prestar un servicio, cuya actividad no es ejecutar actos propios de una determinada confesión, sino velar por el orden y seguridad del desarrollo del acto. En consecuencia no se entendía eximido al solicitante de la obligación de efectuar dicho servicio.

El afectado, tras ser designado para ello, acudió a prestar el servicio, pero interpuso contra el indicado acuerdo recurso de alzada, y contra la resolución denegatoria de esta última, dictada por la Dirección General de Policía (resolución en la que se puso el acento

en que se trataba de una función de protección de la seguridad ciudadana) recurso Contencioso-Administrativo en el que alegó la vulneración de su derecho a la libertad religiosa, en su vertiente negativa. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictó sentencia por la que desestimó el recurso, razonando que la actuación de la unidad a la que pertenece el afectado, en la procesión referida de la ciudad de Málaga, fue un servicio policial prestado en un acto religioso que, como tal servicio, realizado por el agente en su condición de funcionario del Cuerpo Superior de Policía, no atentaba al derecho fundamental de libertad religiosa, ni a la doctrina constitucional sobre el mismo.

Como se puede apreciar, el funcionario destinatario de la obligación jurídica en el presente caso optó por no objetar y cumplir con la citada obligación. Así pues, la sentencia no aclara si el funcionario podía haber objetado legítimamente dadas las circunstancias. Para el Tribunal Constitucional, y teniendo en cuenta dichos antecedentes fácticos, resulta evidente que el recurrente de amparo fue obligado a participar en un servicio especial cuya principal finalidad no era garantizar el orden público, sino contribuir a realzar la solemnidad de un acto religioso de la confesión católica, como es la procesión de la hermandad. Así pues, el Tribunal concluye que *"son claras las implicaciones de tipo religioso de la participación en dicho servicio, implicaciones que fundamentan sobradamente la negativa de quien no profese la religión católica a tomar parte en manifestaciones de culto de dicha religión, como es desfilar procesionalmente. Al no dispensar al recurrente de hacerlo, las Resoluciones de la Dirección General de la Policía y la posterior Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que las confirma, han lesionado su derecho a la libertad religiosa, por lo que procede otorgar el amparo, reconociendo su derecho a no participar, si éste es su deseo, en actos de contenido religioso"* (Fundamento Jurídico Quinto). Es decir, las reiteradas peticiones del destinatario de la obligación jurídica en el sentido de no participar en el citado acto hubieran tenido que ser estimadas.

Ahora bien, si desde un punto de vista formal parece que se dan las circunstancias que habrían justificado el ejercicio de la objeción de conciencia, tal y como sucede en la STC 177/1996, lo cierto es que en el presente supuesto concurre una diferencia relevante: el recurrente en amparo acató finalmente la norma y optó por impugnar la decisión desestimatoria al mismo tiempo; es decir, no incumplió al final la obligación jurídica y sí la obligación moral. De tal hecho se podría concluir que, sin perjuicio de que la obligación de acudir al acto público era sin duda contrario a su derecho a la libertad religiosa en su vertiente negativa, al mismo tiempo se puede afirmar que sus convicciones personales quizás no eran de tal entidad como para hacer frente en su caso a una eventual sanción por no acatar la obligación jurídica con el fin de que sus dichas convicciones personales no fueran neutralizadas; que es precisamente un elemento característico de la verdadera objeción de conciencia. Si la objeción de conciencia es real y sincera el destinatario de la obligación jurídica por lo general hará valer sus convicciones religiosas por encima de la norma jurídica y aceptará sus consecuencias desfavorables. No obstante, habrá de analizarse caso por caso, especialmente cuando el objetor se enfrente a consecuencias jurídicas especialmente gravosas, que justifiquen de forma especial las razones por las cuales habrá transigido respecto a unas convicciones que en todos caso hayan de ser reputadas como sinceras.

4.3. La objeción de conciencia según el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Las distintas Salas del Tribunal Supremo se han pronunciado en múltiples ocasiones sobre la objeción de conciencia, especialmente la Sala Tercera, como es de esperar ante un derecho que se suele ejercer ante deberes públicos y que afecta normalmente a la relación entre Administración y ciudadano.

En general las sentencias del Tribunal Supremo se han ido ajustando a la evolución de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional que, como se ha indicado, ha seguido una evolución restrictiva en cuanto a la interpretación del derecho¹⁴⁴⁹. Por ejemplo, la ya citada y conflictiva STS de 11 febrero 2009, Sala Tercera (RJ 2009, 1877), en materia de objeción a la asignatura de Educación para la Ciudadanía, y que ha sido reproducida en sentencias posteriores relacionadas con la misma materia, muestra la reticencia mayoritaria a aceptar la objeción de conciencia como un derecho a ejercer en supuestos que no estén previstos en la Constitución o legalmente. No obstante, sus votos discrepantes demuestran que tal interpretación dista de ser unánime en el Tribunal Supremo y que la objeción de conciencia se ejerce en el contexto de un deber público a cumplir por el ciudadano frente al Estado. Además, se analiza el supuesto de una objeción de conciencia no materializada en una relación *inter privatos*, como es la laboral.

Dejándose al margen la doctrina jurisprudencial relacionada con la objeción de conciencia respecto al servicio militar, que es poco ilustrativa a los presentes efectos al encontrarse dicha modalidad de objeción específicamente recogida en el texto constitucional, el Tribunal Supremo que ha manifestado en ámbitos tan diversos y habituales en sociedades avanzadas como es el caso de la objeción de conciencia tributaria. En la STS de 11 mayo de 1988, Sala Tercera (RJ 1988, 4150), el Alto tribunal considera que no cabe la objeción tributaria por motivos ideológicos o religiosos por estar prevista dicha objeción en la Constitución. En dicho supuesto el ciudadano se negaba a financiar gastos militares por razones de conciencia a través del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (la denominada "objeción fiscal").

Otro ámbito en el que se han dado varios supuestos en materia de objeción de conciencia es el ámbito electoral. La STS 1209/1994, de 8 junio, Sala Penal (RJ 1994, 4548), es interesante porque establece que el creyente que por razón de sus convicciones religiosas quiera que se le exima del cumplimiento de una obligación jurídica ha de acreditar que sus convicciones realmente entran en contradicción con dicha obligación. Así pues, no es suficiente que simplemente se acredite la pertenencia a una confesión religiosa concreta. Tal doctrina es del todo razonable, pues la objeción la realiza una persona física determinada, en unas circunstancias concretas y ante una obligación jurídica dada. Exonerar a una persona del cumplimiento de un deber público por pertenecer a determinada confesión constituiría una forma abierta de

¹⁴⁴⁹ "Lo más característico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho a la objeción de conciencia es, sin duda, la permanente adecuación argumental a las líneas por las que se ha ido moviendo el Tribunal Constitucional. Lejos de innovar o plantear otras vías argumentales, las sentencias han ido aplicando la jurisprudencia constitucional más reciente a los casos resueltos, variando al tiempo que lo hacía esta". CAPODIFIERRO CUBERO: *La objeción de conciencia...*, op. cit., p. 64.

discriminación¹⁴⁵⁰. Obviamente la pertenencia a una confesión religiosa ayuda a determinar la sinceridad del eventual objetor, pero no es suficiente para que se pueda examinar si tal persona concreta es partidaria de unas convicciones religiosas que entran en contradicción con la obligación jurídica. No todos los fieles de determinada confesión comparten todos los planteamientos y de la misma manera. Además, el órgano jurisdiccional no tiene por qué conocer cuál es el estado actual de la confesión en cuanto postulados teológicos o de otra índole, o de si existen corrientes internas, etc. El Tribunal Supremo sostiene dicha tesis del siguiente modo, separando la necesidad de acreditar el posicionamiento del grupo religioso y el posicionamiento individual del objetor: *"Es indudable que si las creencias religiosas de la acusada, le vedan el formar parte de una mesa electoral, tendría que haber acreditado que a los miembros del grupo religioso al que pertenece, les está prohibido participar en procesos electorales, y en el caso de que así ocurriera, que sus creencias y doctrina les prohíben e impiden, concretamente, la participación como vocal de la Mesa electoral, habida cuenta de que en nuestra normativa vigente no es preceptivo el voto, e integrando la misma, no puede afirmarse que se esté interviniendo en un acto político, pues precisamente a los componentes de aquélla, se les exige plenamente neutralidad e imparcialidad"* (Fundamento de Derecho Segundo). Dicha argumentación pone de manifiesto que la objeción de conciencia es un derecho de titularidad netamente individual, no reconocido a una comunidad de fieles o confesión religiosa concretas. Por tal razón, aquí se defiende que la objeción de conciencia es un derecho íntimamente ligado, aunque diferenciado, al derecho de libertad religiosa en su vertiente individual, no colectiva o institucional; postura que es la que parece defender la doctrina del Tribunal Constitucional.

Tal posicionamiento doctrinal encuentra su precedente en la STS 2814/1992 de 23 diciembre, Sala Penal (RJ 1992, 10325): *"hay que destacar que ha quedado sin demostrar: 1) Que el recurrente sea miembro del grupo religioso denominado «Testigos de Jehová». 2) Que los miembros de tal creencia tengan prohibido el participar en los procesos electorales y, en el caso de que así ocurriera, que sus creencias y doctrina las prohíben e impiden la participación como Presidente o Vocal de Mesa, habida cuenta que en nuestra normativa vigente no es preceptivo el voto. 3) Que el citado recurrente sea «objedor de conciencia» precisamente en la actividad electoral"* (Fundamento de Derecho Segundo). Es más, se afirma que *"no puede ser suficiente la mera excusa de pertenencia a un credo religioso determinado y a la personal decisión de objeción de conciencia a la actividad electoral, cuando tal excusa está carente de la más leve justificación o acreditamiento. De seguir la postura del recurrente convertiría en letra muerta tal obligación y permitiría descargarse de tal obligación cívica por la sola voluntad y albedrío del obligado"*. Tal posicionamiento se ratifica en la STS 753/1993 de 30 marzo, Sala Penal (RJ 1993, 2939).

En un caso parecido, la STS 1868/1994 de 18 octubre, Sala Penal (RJ 1994, 8027) vuelve a indicar que no es suficiente la pertenencia de la acusada a los Testigos de Jehová: *"este solo dato no puede servir, sin más, de justificación al incumplimiento de los citados deberes cívicos, procediendo, en consecuencia, la desestimación del motivo. Frente a una obligación que tiene su raíz en un servicio esencial para la Comunidad, como lo es la convivencia democrática, en la que ninguna presión se realiza con el*

¹⁴⁵⁰ En dicho sentido *vid.* SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^ª Paz: *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*. 1^ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 48.

obligado, como no sea la de controlar la pureza del procedimiento, es difícil que la adscripción a una determinada Congregación pueda enervar el esencial deber al que nos venimos refiriendo" (Fundamento de Derecho Segundo).

La misma doctrina se sostiene en la STS 2265/1994 de 27 diciembre, Sala Penal (RJ 1994, 10315): *"no existe prueba de la fuente y exacto contenido del supuesto deber moral y de creencia alegado como justificación de la conducta ilícita observada, pues la recurrente se limitó a acreditar su condición de «Testigo de Jehová» y a afirmar, sin más, que su conducta respondió a sus convicciones pero sin hacer prueba sobre el exacto contenido y alcance de la regla religiosa que impedía cumplir el deber cívico y neutral que legalmente le venía impuesto. Punto en el que conviene recordar que, tratándose de una invocación de una causa excluyente del delito hecha por el recurrente, es a éste, en cuanto alegante, a quien corresponde probar eficazmente la base de su alegación y la racionalidad y admisibilidad de sus razones para incumplir una norma general que, en principio, a todos obliga".* Tal posición es reiterada en la STS 466/1995 de 27 marzo, Sala Penal (RJ 1995, 2238).

La STS 536/1995 de 17 abril, Sala Penal (RJ 1995, 2891), que también trata de las obligaciones referentes a la participación en una Mesa Electoral, se posicionó de forma muy discutible. En dicha sentencia se afirma lo siguiente: *"la participación en una mesa electoral no constituye en sí misma una actividad política que pueda entrar en colisión con dichas creencias ya que es sabido que los miembros que la componen, no sólo por conciencia sino por imperativo legal, como ya se ha dicho, deben actuar con total imparcialidad y neutralidad sin implicarse ni directa ni indirectamente en la contienda política".* Si la participación en una Mesa Electoral posee naturaleza política o no es una cuestión discutible; pero lo que parece claro es que el Tribunal no exterioriza argumentos suficientes como para poder afirmar si la participación del acusado en dicha Mesa Electoral entra o no en contradicción con sus convicciones religiosas. Por un lado, se deberían haber analizado en profundidad las funciones a realizar por el acusado en la mesa electoral; y, por otro lado, las convicciones religiosas y los argumentados alegados, extremo que no se refleja de forma suficientemente explícita en la sentencia comentada.

En todo caso, no debe aplicarse por analogía la doctrina citada en materia de obligaciones respecto las Mesas electorales cuando se trata de elecciones políticas (Congreso de los Diputados, Senado, Parlamentos de las Comunidades Autónomas, etc.) en el supuesto de elecciones y Mesas electorales cuando se trata de elegir los representantes unitarios de los trabajadores en una empresa. Aunque los supuestos son aparentemente parecidos se trata de en el fondo de casos muy diferentes, pues en el primer supuesto (elecciones políticas) están en juego derechos y valores como son la soberanía o la pluralidad política, y en el segundo caso (elecciones para elegir a la representación de los trabajadores) se trata de relaciones jurídico-privadas que pueden encontrar con mayor facilidad una exención o ajuste razonable para proteger las convicciones del trabajador objetor. Un buen indicio de que se trata de situaciones cualitativamente diferentes deriva de que en un caso interviene con facilidad el Derecho Penal, dados los bienes y derechos protegidos, y en el otro difícilmente tendría cabida. Para solventar precisamente los conflictos creados por las obligaciones derivadas de las elecciones para elegir los representantes de los trabajadores, que afectan habitualmente a creyentes de confesiones como los Testigos de Jehová, sería interesante profundizar en los códigos de conducta empresariales o similares, en los cuales muchas veces se reconocen genéricamente los derechos derivados de la diversidad de los trabajadores,

pero en pocas ocasiones se contienen soluciones a dichas controversias, como podría ser la sustitución de las tareas en la Mesa electoral por otras acordes a las convicciones del trabajador (obligaciones alternativas).

Es muy gráfico que ante la falta de una norma jurídica que describa qué se entiende por objeción de conciencia o una doctrina jurisprudencial tanto emanada del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional lo suficientemente madura o desarrollada, y a pesar de que la realidad demuestra de forma reiterada que dicho fenómeno dista de tratarse de un conflicto jurídico raro o poco habitual, el Tribunal Supremo opte incluso por acudir en sus razonamientos a definiciones de la doctrina de los autores que a veces ni siquiera son de la necesaria profundidad doctrinal que los casos enjuiciados merecerían. Por ejemplo, la STS 831/1998 de 11 junio, Sala Penal (RJ 1998, 6280), al tratar del delito cometido por un objetor de conciencia al servicio militar (testigo de Jehová) hace la siguiente reflexión: "*Por «decisión en conciencia» -según un destacado autor contemporáneo- debe entenderse «toda decisión moral seria, es decir orientada por las categorías de "bueno" y "malo", que el individuo experimenta interiormente en una determinada situación como vinculante e incondicionalmente obligatoria para él, de modo que no podría actuar en contra de ella sin cargo o conflicto serio de conciencia»*". Como se puede observar, el órgano jurisdiccional opta por recurrir a la doctrina de los autores posiblemente ante la falta de sistematicidad de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, que es el órgano que por sus relevantes funciones debería haber construido una doctrina jurisprudencial sobre unos fundamentos sólidos y sistemáticos.

Asimismo, en dicha sentencia, con la finalidad rechazar que la objeción de conciencia quede impune, se utilizan argumentos tan discutibles como el siguiente: "*Ya, en el campo doctrinal, importa distinguir el hecho realizado por motivos de conciencia del ejecutado por mera convicción; debiendo afirmarse categóricamente que el derecho a la objeción de conciencia no alcanza a este último caso, pues es llano que el individuo ha de anteponer la decisión del legislador a sus propias convicciones discrepantes*" (Fundamento de Derecho Tercero). Es de suponer que un Testigo de Jehová que rechaza su incorporación a filas (como es lo habitual según se ha visto al tratar de los antecedentes de la objeción de conciencia durante el régimen de Franco) y prefiere ser encarcelado, lo hará de acuerdo con sus convicciones religiosas; por lo tanto, dichas convicciones no pueden ser calificadas como "meras convicciones"¹⁴⁵¹. Al Tribunal Supremo le parecerán suficientes o no para considerar que han de quedar impunes al ampararse en el derecho a la objeción de conciencia; pero para el citado testigo de Jehová resulta patente que no

¹⁴⁵¹ Respecto a las convicciones de los Testigos de Jehová puede examinarse el caso *Minersville School District v. Gobitis*, 310 US 586 (1940), en el que se conoce de un supuesto en el que dos escolares Testigos de Jehová se negaron a saludar la bandera de los Estados Unidos y a recitar el juramento denominado *Pledge of Allegiance*, porque, a pesar de su obligatoriedad, sus convicciones les prohibían la idolatría y llevar a cabo juramentos frente autoridades políticas. La sentencia se vio muy influenciada por el ambiente bélico en que se dictó y las olas de patriotismo que provocaron, por lo que prevaleció el miedo al no cumplimiento de las leyes de aplicación general. Una fuerte crítica de dicha sentencia, que contiene un interesante voto particular, puede examinarse en NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, *op. cit.*, pp. 199-213. Otro caso parecido en el que se analizan las convicciones de los Testigos de Jehová es *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943). El Tribunal realizó uno de los asertos más célebres en materia de libertad religiosa: "*If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion, or force citizens to confess by word or act their faith therein. If there are any circumstances which permit an exception, they do not now occur to us*".

son meras ideas u opiniones triviales, sino que conforman sus convicciones más íntimas y firmes.

La insuficiencia de una doctrina jurisprudencial para hacer frente a los conflictos surgidos al albur del derecho a la objeción de conciencia salta a la vista al analizar el argumento final utilizado por el Tribunal: "*La sociedad democrática, en su devenir histórico razonablemente previsible, difícilmente podrá eludir un claro juicio de reproche social frente a las conductas de aquellos ciudadanos cuyas personales convicciones les impidan aceptar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el poder civil legítimamente constituido*" (Fundamento de Derecho Tercero *in fine*). Dejando al margen qué se entiende por "*devenir histórico razonablemente previsible*", que apunta a cierto determinismo histórico que no se explicita¹⁴⁵², es preocupante que el Tribunal Supremo afirme que el hecho de que en un país democrático un ciudadano por razón de sus convicciones no pueda cumplir con una obligación jurídica es tributario de un "*reproche social*".

El único razonamiento al cual se alude sería el hecho de que la obligación jurídica emanaría de una norma que a su vez tendría su origen en un "*poder civil legítimamente constituido*". Lo cierto es que a tal razonamiento se le puede oponer un argumento tan evidente como es el hecho de que la experiencia histórica europea demuestra que un poder legítimamente constituido ha promulgado normas que precisamente cualquier ciudadano con un mínimo ideario democrático debería rechazar cumplir (un ejemplo por todos conocidos es el acceso del todo legítimo desde un punto de vista constitucional a la cancillería alemana de Adolf Hitler en 1933), y la historia ha demostrado reiteradamente que la "obediencia debida" también tiene límites, jurídicos y morales¹⁴⁵³. Pero obviamente, y sin la necesidad de acudir a casos extremos pero factibles según ha demostrado el devenir histórico¹⁴⁵⁴, como se ha explicado al tratar de la dogmática de la objeción de

¹⁴⁵² Un profundo y contundente alegato contra las teorías deterministas y sus nefastas consecuencias, especialmente en el ámbito de la disciplina histórica, puede encontrarse en BERLIN: *Four essays...*, *op. cit.*

¹⁴⁵³ La posibilidad de que una democracia no sea perfecta es obvia, y que sus leyes puedan reputarse injustas en ocasiones puede ser debido a diferentes motivos, no necesariamente ligados a la mala fe del legislador, sino a motivos más prosaicos: "*Sometimes immoral or unjust laws may be authoritatively binding, at least on some people. The existence of the occasional bad law enacted by a just government may be, it is liable to pass undesirable and morally objectionable laws from time to time. This need not be due to any moral shortcoming in the government. Even assuming complete good will and unimpeachable moral convictions, inefficiency, ignorance and other ordinary facts of life will lead to objectionable laws being passed*". RAZ: *The morality...*, *op. cit.*, pp. 78-79. Pero además se ha señalado de forma profusa por muchos autores que una democracia, aunque pueda parecer paradójico, puede vulnerar fácilmente los derechos fundamentales y tomar actitudes autoritarias respecto las minorías: "*Laws passed by a democratic process, and presumably with substantial public backing, demand acceptance by every citizen. On the other hand, the claims of religion have been traditionally seen as of crucial importance for individuals, and they also provide a test of how minorities are treated. Minorities are very often defined by their religion, which can be a cherished sign of identity. The treatment of religion typically becomes a test case for how free a society really is. Democracies can become elective dictatorships, coercing everyone into conformity with whatever are the prevailing norms*". TRIGG: *Equality, freedom...*, *op. cit.*, p. 92.

¹⁴⁵⁴ Se pueden citar dos casos recientes desde el punto de vista histórico, conocidos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, sobre hasta qué punto puede llegar el legislador. La primera sentencia a citar es la dictada en el caso *Epperson v. Arkansas*, 393 US 97 (1968). En Arkansas una ley prohibía que los profesores enseñaran en las escuelas públicas y en las universidades la teoría de la evolución. Aunque dicha normativa no era aplicada por nadie en la práctica en el momento de su impugnación, lo cierto es que estaba vigente y provocaba que los

profesores pudieran ser despedidos si la Administración deseaba reactivar la aplicación de medida tan anacrónica: *"This appeal challenges the constitutionality of the «anti-evolution» statute which the State of Arkansas adopted in 1928 to prohibit the teaching in its public schools and universities of the theory that man evolved from other species of life. The statute was a product of the upsurge of "fundamentalist" religious fervor of the twenties. The Arkansas statute was an adaptation of the famous Tennessee «monkey law» which that State adopted in 1925. The constitutionality of the Tennessee law was upheld by the Tennessee Supreme Court in the celebrated Scopes case in 1927. The Arkansas law makes it unlawful for a teacher in any state supported school or university «to teach the theory or doctrine that mankind ascended or descended from a lower order of animals,» or «to adopt or use in any such institution a textbook that teaches» this theory. Violation is a misdemeanor and subjects the violator to dismissal from his position".* Aunque con algún voto discrepante por la vigencia no real de dicha normativa, el Tribunal la declaró obviamente inconstitucional: *"there can be no doubt that Arkansas has sought to prevent its teachers from discussing the theory of evolution because it is contrary to the belief of some that the Book of Genesis must be the exclusive source of doctrine as to the origin of man. No suggestion has been made that Arkansas' law may be justified by considerations of state policy other than the religious views of some of its citizens. It is clear that fundamentalist sectarian conviction was and is the law's reason for existence. Its antecedent, Tennessee's «monkey law,» candidly stated its purpose: to make it unlawful «to teach any theory that denies the story of the Divine Creation of man as taught in the Bible, and to teach instead that man has descended from a lower order of animals». Perhaps the sensational publicity attendant upon the Scopes trial induced Arkansas to adopt less explicit language. It eliminated Tennessee's reference to «the story of the Divine Creation of man" as taught in the Bible, but there is no doubt that the motivation for the law was the same: to suppress the teaching of a theory which, it was thought, «denied» the divine creation of man".* Otra vez sobre la discusión entre creacionismo y darwinismo se dictó la sentencia en el caso *Edwards v. Aguillard*, 482 US 578 (1987). El segundo caso que evidencia que el legislador puede realizar su tarea de forma anacrónica y con violación evidente de los derechos fundamentales de los ciudadanos es analizado por la sentencia dictada en el caso *Stone v. Graham*, 449 US 39 (1980). Se discute ni más ni menos que la constitucionalidad de una ley del Estado de Kentucky que obligaba a colgar una reproducción de los Diez Mandamientos veterotestamentarios en todas las aulas de los colegios públicos. El Tribunal declara la ley inconstitucional y aunque reconoce que los valores contenidos en los Diez Mandamientos pueden coincidir con valores seculares (como la prohibición de matar o de robar) afirma de forma razonable que la disposición legal tenía una finalidad claramente religiosa incompatible con la neutralidad estatal: *"The preeminent purpose for posting the Ten Commandments on schoolroom walls is plainly religious in nature. The Ten Commandments are undeniably a sacred text in the Jewish and Christian faiths, and no legislative recitation of a supposed secular purpose can blind us to that fact. The Commandments do not confine themselves to arguably secular matters, such as honoring one's parents, killing or murder, adultery, stealing, false witness, and covetousness (...). Rather, the first part of the Commandments concerns the religious duties of believers: worshipping the Lord God alone, avoiding idolatry, not using the Lord's name in vain, and observing the Sabbath Day".* Una cosa sería haber integrado los Diez Mandamientos en el *currículum* escolar desde un punto de vista secular, y otro muy distinto servir a finalidades religiosas: *"This is not a case in which the Ten Commandments are integrated into the school curriculum, where the Bible may constitutionally be used in an appropriate study of history, civilization, ethics, comparative religion, or the like (...). Posting of religious texts on the wall serves no such educational function. If the posted copies of the Ten Commandments are to have any effect at all, it will be to induce the schoolchildren to read, meditate upon, perhaps to venerate and obey, the Commandments. However desirable this might be as a matter of private devotion, it is not a permissible state objective under the Establishment Clause".* En un sentido parecido puede examinarse la sentencia dictada en el caso *McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky*, 545 US 844 (2005), en el que se analiza un supuesto de hecho muy similar al anterior: dos condados colgaron en un lugar muy visible de sus juzgados una gran copia de los Diez Mandamientos: *"In the summer of 1999, petitioners McCreary County and Pulaski County, Kentucky (...), put up in their respective courthouses large, gold-framed copies of an abridged text of the King James version of the Ten Commandments, including a citation to the Book of Exodus".* Ha de tenerse en cuenta que los citados condados realizan unas funciones más amplias que sus homólogos españoles: *"In each county, the hallway display was «readily visible to ... county citizens who use the courthouse to conduct their civic business, to obtain or renew driver's licenses and permits, to register cars, to pay local taxes, and to register to*

conciencia; el citado derecho a la objeción de conciencia hay que insertarlo en una sociedad que comparte valores comunes, pero que no puede compartir todos los valores, ya que en tal caso no se estaría ante una sociedad plural, sino homogénea. Así pues, ha de tratarse con normalidad en una sociedad democrática que surjan conflictos entre diversos valores. Es precisamente tarea de los órganos jurisdiccionales, con la ayuda de la doctrina del Tribunal Constitucional y el auxilio del legislador, determinar cuándo una obligación jurídica (surgida en la relación poder público - ciudadano o ciudadano - ciudadano) ha de prevalecer, aunque sólo sea en parte, sobre las convicciones del ciudadano destinatario de la norma.

En el caso de la incorporación al ejército, la experiencia de los últimos años ha demostrado que la decisión de contar con un ejército estrictamente profesional es la única forma de compatibilizar la necesidad de que el Estado posea mecanismos de defensa militares eficientes y la integridad de las convicciones, religiosas o de otra índole, de los ciudadanos. Por un lado, el ejército ha mejorado en calidad en el desempeño de sus funciones, al contar solamente con profesionales que forman parte de tal institución de forma voluntaria; y, por otro lado, se exige a ciudadanos de las más variadas convicciones que no deban someterse a un régimen jurídico y cumplir con unas funciones que entran en conflicto con sus más íntimas convicciones.

Como se tendrá ocasión de comprobar en otro lugar, muchas otras sentencias se han dictado en el contexto del ámbito sanitario.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aunque ha dictado sentencias en la materia, lo cierto es que no ha optado por una posición decidida en la defensa de la objeción de conciencia. Al respecto, se puede citar la STEDH de 18 de diciembre de 1996, caso *Efstratiou contra Grecia*. El caso hace referencia a una estudiante de enseñanza secundaria (testigo de Jehová) que fue sancionada por la escuela por no atender a unos desfiles para conmemorar el día nacional de Grecia, consistente en el recordatorio del inicio de las hostilidades entre Grecia y la Italia fascista el día 28 de octubre de 1940. En primer lugar el Tribunal recuerda que el término "convicciones" no es sinónimo de meras "ideas" u "opiniones"¹⁴⁵⁵. En segundo lugar, y aunque el tribunal critica la posibilidad de que los estudiantes sean sancionados por no atender a los desfiles, considera que no se han vulnerado las convicciones pacifistas de la demandante, porque precisamente los desfiles se encaminan a un propósito pacifista y sirven al interés

vote". De hecho, ante las acciones legales emprendidas para que se retiraran las citadas copias, los condados sustituyeron consecutivamente los carteles por otros que en su opinión se ajustaban más al ordenamiento jurídico, intentos de subsanación que fueron desechados frontalmente por el Tribunal, que una vez más fue muy gráfico en sus postulados: "*We are centuries away from the St. Bartholomew's Day massacre and the treatment of heretics in early Massachusetts, but the divisiveness of religion in current public life is inescapable. This is no time to deny the prudence of understanding the Establishment Clause to require the Government to stay neutral on religious belief, which is reserved for the conscience of the individual*". En certera opinión del Tribunal, las Administraciones enjuiciadas estaban lejos de la neutralidad religiosa requerida por la sociedad estadounidense contemporánea.

¹⁴⁵⁵ "*The term «belief» («conviction») appears in Article 9 (art. 9) in the context of the right to freedom of thought, conscience and religion. The concept of "religious and philosophical convictions" appears in Article 2 of Protocol No. 1 (P1-2). When applying that provision (P1-2), the Court has held that in its ordinary meaning «convictions», taken on its own, is not synonymous with the words «opinions» and «ideas». It denotes «views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance» (see the *Campbell and Cosans v. the United Kingdom* judgment of 25 February 1982, Series A no. 48, p. 16, para. 36)*".

público, naturaleza que no es alterada por el hecho de que asistan representantes militares¹⁴⁵⁶. Dicho fallo contiene un voto particular en el sentido contrario. En un caso parecido, la STEDH de 18 de diciembre de 1996, caso Valsamis contra Grecia (TEDH 1996, 70), desestima también la demanda de la estudiante.

Se ha criticado que en dichas sentencias, tal y como ocurre en algunas sentencias españolas, el Tribunal acaba por sustituir el juicio individual de conciencia del objetor, ya que se define lo que es o no razonable a la hora de ejercer la objeción, cuando son los objetores los que según sus convicciones podrán razonar si los actos públicos enjuiciados eran neutrales o no¹⁴⁵⁷.

4.4. Límites en el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia

Como se ha dejado dicho anteriormente, el derecho a la objeción de conciencia es un derecho diferenciado y en cierto punto autónomo del derecho fundamental a la libertad religiosa, por lo que en ningún caso tiene su misma fuerza expansiva, al contrario: si el derecho a la libertad religiosa ha de interpretarse de la forma más favorable a su aplicación, ello no ocurre ante un derecho cuyo ejercicio es tan excepcional como la objeción de conciencia, que ante falta de una regulación expresa de cada supuesto, ha de aplicarse de forma restrictiva y de forma cautelosa.

Para el caso de que se determine que el destinatario de la norma jurídica tiene el derecho a ejercer la objeción de conciencia habrá que examinar si tal ejercicio fricciona con otros derechos y bienes jurídicos. Deberá analizarse caso a caso para encontrar la situación correcta según las circunstancias concurrentes, cambiantes y complejas en un mundo plural¹⁴⁵⁸, visión que por definición huirá de posturas esencialistas, absolutas e inamovibles¹⁴⁵⁹. Si es así, se deberá proceder a ponderarlos según ocurre para el ejercicio de los derechos fundamentales.

¹⁴⁵⁶ El Tribunal añade que además "*the obligation on the pupil does not deprive her parents of their right "to enlighten and advise their children, to exercise with regard to their children natural parental functions as educators, or to guide their children on a path in line with the parents' own religious or philosophical convictions" (see, mutatis mutandis, the Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen judgment cited above, p. 28, para. 54)*".

¹⁴⁵⁷ SEGLERS GOMÉZ-QUINTERO, Àlex: *La laicidad y sus matices*. 1ª edición. Granada: Comares, 2005, pp. 120-121.

¹⁴⁵⁸ Cuando concurre una colisión de valores de hecho no existe una única solución lógica y correcta: "*We cannot sacrifice either freedom or the organization needed for its defence, or a minimum standard of welfare. The way out must therefore lie in some logically untidy, flexible, and ambiguous compromise. Every situation calls for its own specific policy, since out of the crooked timber of humanity, as Kant once remarked, no straight thing was ever made. What the age calls for is not (as we are so often told) more faith, or stronger leadership, or more scientific organization. Rather is the opposite - less Messianic ardour, more enlightened scepticism, more toleration of idiosyncrasies, more frequent ad hoc measures to achieves aims in a foreseeable future, more room for the attainment of their personal ends by individuals and by minorities whose tastes and beliefs find (whether rightly or wrongly must not matter) little response among the majority. What is required is a less mechanical, less fanatical application of general principles, however rational or righteous, a more cautious and less arrogantly self-confident application of accepted, scientifically tested, general solutions to unexamined individual cases*". BERLIN: *Four essays...*, *op. cit.*, pp. 39-40. El autor escribió estas líneas cuando el mundo aún estaba dividido en bloques y la guerra fría incidía y condicionaba las sociedades occidentales y, por lo tanto, el contraste de algunos valores era aún más evidente que en la actualidad.

¹⁴⁵⁹ "*One reason why culture, whether national, ethnic, or religious, can still appear as an absolute is that each of these claims is repeated in very predictable contexts. We fight wars and watch*

En el supuesto de la objeción de conciencia siempre habrá algún derecho a ser limitado, pues por definición se trata de la exoneración del cumplimiento de la obligación jurídica por lo que existirá otro sujeto que no verá satisfecha la expectativa de tal cumplimiento, o no verá satisfecha la obligación de forma completa¹⁴⁶⁰. Sin limitación no puede existir la objeción de conciencia¹⁴⁶¹. En todo caso, la afectación de la dignidad de otras personas se erige como un límite infranqueable al ejercicio del derecho, límite que será especialmente relevante por ejemplo en el ámbito sanitario, dados los intereses en juego¹⁴⁶². Asimismo, es probable la afectación de la dignidad de terceros, así como una restricción inaceptable de sus derechos fundamentales, cuando el potencial objetor es una persona con una visión fundamentalista de su creencias y la sociedad en la que reside es multicultural, como es el caso de la actual sociedad española¹⁴⁶³. Cuando se

*Olympic games as nationals, we fight discrimination as ethnics, and contest moral issues as members of religious, or antireligious, communities. It is precisely when these neat separations clash that the absolute nature of one or another reified culture is questioned: when religious groups raise objections to the laws or policies of their nation-state, when spokespeople for an ethnic group call for secession from the state on religious grounds, or when nationalists declare ethnic or religious dissent to be treason. It is then that the differentiated cultural claims are pitched against each other. The most common arguments are then about the dividing lines between the public sphere and the private, between freedom of expression and the state monopoly on coercive force, and between democratic legitimacy and the rights of minoritized groups". BAUMANN: *The multicultural...*, op. cit., pp. 86-87.*

¹⁴⁶⁰ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos goza de una larga experiencia en la resolución de tales controversias y en la ponderación de derechos por razón del cumplimiento de creencias religiosas. Así, por ejemplo, se puede citar la controvertida sentencia de caso *Minersville School District v. Gobitis*, 310 US 586 (1940): "*But the manifold character of man's relations may bring his conception of religious duty into conflict with the secular interests of his fellow men. When does the constitutional guarantee compel exemption from doing what society thinks necessary for the promotion of some great common end, or from a penalty for conduct which appears dangerous to the general good? To state the problem is to recall the truth that no single principle can answer all of life's complexities. The right to freedom of religious belief, however dissident and however obnoxious to the cherished beliefs of others - even of a majority - is itself the denial of an absolute. But to affirm that the freedom to follow conscience has itself no limits in the life of a society would deny that very plurality of principles which, as a matter of history, underlies protection of religious toleration*".

¹⁴⁶¹ Si se reconoce el derecho a la libertad de conciencia en un supuesto concreto el ordenamiento jurídico ha de estar dispuesto a limitar otro derecho o bien jurídico por entender que en el citado caso debe dejarse espacio de alguna manera a la conciencia religiosa del ciudadano. Como expuso con razón el liberalismo clásico: "*All that makes existence valuable to any one, depends on the enforcement of restraints upon the actions of other people. Some rules of conduct, therefore, must be imposed, by law in the first place, and by opinion on many things which are not fit subjects for the operation of law*". STUART MILL: "On liberty", en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., p. 91. Y el autor añade una razón de orden teleológica para ponderar la posible colisión entre libertades: "*The only freedom which deserves the name, is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it. Each is the proper guardian of his own health, whether bodily, or mental and spiritual. Mankind are greater gainers by suffering each other to live as seems good to themselves, than by compelling each to live as seems good to the rest*" (p. 97).

¹⁴⁶² "Por un lado, la objeción de conciencia viene a ser la moral personal que se alza frente a la moral que subyace en la ley. Por otro lado, el pluralismo, entendido como respeto a la diversidad de sistemas de valores o cosmovisiones presentes en una sociedad que no es homogénea, como lo era hace siglos, parece tener un límite en la dignidad de la persona. Toda diversidad se puede respetar, acogiendo un verdadero pluralismo, mientras no resulte afectado el debido respeto a la dignidad de la persona". ROCA FERNÁNDEZ: "Dignidad de la persona...", en AAVV: *Opciones de conciencia...*, op. cit., p. 41.

¹⁴⁶³ "Como el caso *Rushdie* nos ha recordado, un fundamentalismo que conduzca a una praxis intolerante resulta incompatible con el Estado de derecho. Esta praxis se apoya en

pretende traspasar los límites marcados por los valores mínimos del Estado democrático de Derecho o se pongan en riesgo bienes especialmente protegidos (por ejemplo, la seguridad del Estado o el bienestar general), la postura de dicho Estado ha de ser la de mantener incólumes las obligaciones jurídicas que se pretenden desobedecer y aplicar las consecuencias jurídicas anudadas a su desobediencia, garantizando la dignidad y los derechos de terceros que pudieran verse afectados¹⁴⁶⁴. La cohesión social en una sociedad multicultural sólo podrá mantenerse si todas las culturas se ven respetadas y sus derechos garantizados. Por lo tanto, ninguna cultura o religión que se considere como la única recta y verdadera, sea mayoritaria o minoritaria, deberá poder traspasar los límites que garantizan la convivencia con el resto de ciudadanos. En caso contrario, si el Estado es tolerante cuando se traspasan los límites marcados por los valores de común aceptación, difícilmente se podrá mantener y fomentar una ciudadanía inclusiva de la diferencia en una sociedad plural.

Resulta evidente que en un Estado de Derecho la objeción de conciencia deberá ser la excepción a la regla, el cumplimiento de la norma jurídica¹⁴⁶⁵, ya que tal y como dispone el art. 9.1 CE "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". En caso contrario la seguridad jurídica se vería seriamente comprometida (art. 9.3 CE)¹⁴⁶⁶. Si se trata de una norma que defiende un

interpretaciones del mundo - de carácter religioso o propias de una filosofía de la historia - que pretenden exclusividad para una forma de vida privilegiada". HABERMAS: La inclusión del otro..., op. cit., p. 212. Y más adelante aclara: "En las sociedades multiculturales, la constitución de un Estado de derecho sólo puede tolerar aquellas formas de vida que se articulan en el contexto de dichas tradiciones no fundamentalistas, porque la coexistencia en igualdad de derechos de estas formas de vida requiere el reconocimiento recíproco de los diferentes tipos de pertenencia cultural: toda persona debe ser también reconocida como miembro de comunidades integradas cada una en torno a distintas concepciones del bien. La integración ética de grupos y subculturas con sus propias identidades colectivas debe encontrarse, pues, desvinculada del nivel de integración política, de carácter abstracto, que abarca a todos los ciudadanos en igual medida" (p. 213).

¹⁴⁶⁴ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos es especialmente sensible con las creencias religiosas, pero tal sensibilidad no conlleva que interprete de forma automática que el ejercicio del derecho a la libertad religiosa sea ni muchos menos ilimitado. De muchos ejemplos posibles, se puede citar la sentencia dictada en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943): "No well ordered society can leave to the individuals an absolute right to make final decisions, unassailable by the State, as to everything they will or will not do. The First Amendment does not go so far. Religious faiths, honestly held, do not free individuals from responsibility to conduct themselves obediently to laws which are either imperatively necessary to protect society as a whole from grave and pressingly imminent dangers or which, without any general prohibition, merely regulate time, place or manner of religious activity". En el caso de la Iglesia Católica se puede aludir aquí al mensaje de Juan Pablo II lanzado en el contexto de la celebración de la XXIV Jornada Mundial de la Paz el 1 de enero de 1991 en el que enfatizó expresamente los límites del derecho a la objeción de conciencia: "es útil recordar que la libertad de conciencia no da derecho a una práctica indiscriminada de la objeción de conciencia. Cuando una pretendida libertad se transforma en facultad o pretexto para limitar los derechos de los demás, el Estado tiene la obligación de proteger, aun legalmente, los derechos inalienables de sus ciudadanos contra tales abusos".

¹⁴⁶⁵ "La regulación de las objeciones de conciencia genera para el Estado una tensión casi irresoluble entre intereses jurídicos dignos de protección. La desventaja para la objeción es que uno de ellos resulta un interés esencial del Estado como es la pretensión de obligatoriedad para su ordenación normativa, mientras que el otro protege las libertades singulares, de cada individuo, lo que debilita su importancia para el aparato del Estado, al margen de su proclamación formal como derecho fundamental". GONZÁLEZ MORENO: "La regulación legal...", en AAVV: *La libertad religiosa...*, pp. 219-220.

¹⁴⁶⁶ SPINOZA aclaró que el respeto de la conciencia individual posee límites: "Si nadie estuviera obligado por derecho a obedecer a la potestad suprema en lo que cada uno cree pertenecer a la

interés general o el bien común¹⁴⁶⁷, habrá que tener en cuenta especialmente el principio de igualdad y la prohibición de padecer cualquier discriminación (art. 14 CE), ya que precisamente la objeción de conciencia tiende a la exoneración de obligaciones jurídicas¹⁴⁶⁸ y, por lo tanto, en ese supuesto el Estado tiene un interés especial en el cumplimiento de la norma jurídica; extremo que no ocurre en el caso de obligaciones derivadas de negocios jurídicos privados (en tal caso el Estado tendrá interés, por ejemplo como garante de la seguridad que debe primar el tráfico jurídico, pero obviamente será un interés menor). Se insiste en que en la presente investigación no se entrará a analizar la legitimación de las normas jurídicas sobre las que se pueda objetar o las diferentes teorías en la materia (por ejemplo, la teoría liberal del contrato social)¹⁴⁶⁹, cuestión que se inserta dentro del objeto de análisis de la ciencia política. Así, se parte de la base que las normas jurídicas se presumen legítimas por el sólo hecho de que encuentren su origen en los sujetos investidos de legitimidad para confeccionarlas: Congreso de los Diputados, empresario en el ejercicio de sus potestades de dirección y organización del trabajo, Parlamento autonómico dentro de sus competencias, Administración pública respecto su ámbito competencial, etc.

A dichos límites específicamente relevantes en el caso de la objeción de conciencia habría que añadir los límites generales del ejercicio de cualquier derecho fundamental, aunque la objeción de conciencia no pueda ser catalogado como un derecho fundamental, y los propios del derecho a la libertad religiosa, dado el carácter instrumental del derecho a la objeción de conciencia respecto el derecho fundamental a la libertad religiosa. No en vano la objeción de conciencia es un derecho subjetivo

religión, el derecho de la ciudad dependería de la diversidad de juicios y sentimientos de cada uno. Nadie, en efecto, que estimara que ese derecho iba contra su fe y superstición, estaría obligado a acatarlo, y, con este pretexto, todo el mundo podría permitírsele todo. Pero, como de esta forma se viola de raíz el derecho de la ciudad, se sigue que la suprema potestad, por ser la única que, tanto por derecho divino como natural, debe conservar y velar por los derechos del Estado, posee también el derecho supremo para establecer lo que estime oportuno acerca de la religión". SPINOZA: Tratado teológico..., op. cit., p. 351.

¹⁴⁶⁷ "If a particular rule of law represents an official decision that individuals have a moral right to be free from some harm, then that is a powerful argument against tolerating violations that inflict those injuries. Laws protecting people from personal injury or the destruction of their property, for example, do represent that sort of decision, and this is a very strong argument against tolerating civil disobedience that involves violence". DWORKIN: *Taking rights...*, op. cit., pp. 217-218. Dicha opinión ha de ser matizada. Las leyes no sancionan "derechos morales" de los ciudadanos, sino que protegen bienes jurídicos de diverso modo, extremo que puede coincidir o no con las normas morales que rigen los destinos de un determinado grupo de ciudadanos. Las normas jurídicas reconocen derechos jurídicos y establecen obligaciones jurídicas, no derechos morales u obligaciones morales. La moral puede fundamentar la creación de una norma jurídica, como así ocurre con el quehacer de cualquier ser humano, y una vez positivada puede estar impregnada de dicha moral; pero a partir de entonces nacen obligaciones jurídicas, no morales, que a su vez pueden coincidir o no con las convicciones morales de su destinatario.

¹⁴⁶⁸ "Ninguna opinión tiene derecho a ser tolerada basándose en que algunos hombres están persuadidos de que algo sea pecado o un deber; porque la conciencia o la persuasión que una persona pueda tener acerca del asunto no puede ser la medida por la que el magistrado pueda o deba formar sus leyes, las cuales deben ajustarse al bien general de todos sus súbditos y no a las persuasiones de una parte de ellos, las cuales, al ser a menudo opuestas entre sí, producirán leyes contrarias". La autoridad debe velar por el bien común y preservar la paz y seguridad. Si no se afectan dichos valores, puede concurrir la tolerancia. LOCKE: *Ensayo y Carta...*, op. cit., p. 26.

¹⁴⁶⁹ "For most of the history of liberal democracies, the dominant theory about why citizens are obligated to obey the law has been social contract. According to a traditional version of that theory, a persona is obligated to obey the law because he has consented to the government in a manner that includes a promise to abide by its decisions". GREENWALT: *Conflicts of law...*, op. cit., p. 62.

autónomo, pero que deriva del derecho fundamental a la libertad religiosa cuya integridad pretende; se sitúa así en una posición instrumental en relación dicho derecho fundamental, por lo que le son de aplicación también los límites del derecho fundamental: art. 16.1 CE; art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa; art. 9.2 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales; y el art. 18.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Al respecto, la STC 154/2002 de 18 julio (BOE 7 de agosto de 2002) expresa cuáles son los límites de la objeción de conciencia, a la que se alude por su definición, pero no cita el concepto en sí y parece equipararse en cuanto a los citados límites a la libertad religiosa: *“La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho –que no es ilimitado o absoluto– a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley que, conforme a lo dispuesto en el art. 16.1 CE, limita sus manifestaciones”* (Fundamento Jurídico Séptimo).

5. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y EL CONTRATO DE TRABAJO

5.1. La objeción de conciencia laboral *secundum legem* y en supuestos atípicos

Sobre el ejercicio a la libertad religiosa en el contexto de la relación laboral, y en concreto sobre el ejercicio de la objeción de conciencia en relación a los supuestos no expresamente regulados, la tarea dogmática en su vertiente legislativa, jurisprudencial (Tribunal Constitucional y Sala IV del Tribunal Supremo) y doctrinal está en buena parte por desarrollar¹⁴⁷⁰. Llegados a este punto de la argumentación seguida, tal tarea de configuración y desarrollo, como no podría ser de otro modo, ha de partir de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la figura de la objeción de conciencia. Y teniendo en cuenta dicha doctrina, que como se ha tenido ocasión de comprobar dista de ser sistemática y da pie a varias interpretaciones, ha de afirmarse que en relación al contrato de trabajo existen dos posibles tipologías de objeción de conciencia por razón de las creencias religiosas.

En primer lugar, el trabajador por cuenta ajena podrá ejercer el derecho a la objeción de conciencia en los supuestos previstos en la Constitución, y en las leyes que expresamente prevean el citado derecho. Es el caso, por ejemplo, de la objeción de conciencia al aborto por parte de los profesionales sanitarios, o la posibilidad de objetar cuya titularidad ostentan los periodistas en determinadas circunstancias. Por tal razón, pueden ser llamados supuestos típicos. Por su especial configuración, dichos supuestos han sido estudiados con mayor detenimiento por la doctrina, sus preceptos han sido

¹⁴⁷⁰ De ahí que no se puede calificar de gratuito el título del siguiente artículo: TOLEDO OMS, Albert: “Relación laboral y libertad religiosa en España: una asignatura pendiente”. *Derecho del Trabajo*. Fundación Universitas (Venezuela), nº 12/2011, pp. 45-55.

interpretados en un mayor número de ocasiones por los tribunales, y son menos polémicos. Serán examinados pues en los correspondientes apartados una vez se haya desarrollado una teoría general para el resto de supuestos.

En todo caso es evidente que se trata de objeciones de conciencia *secundum legem*; y, por lo tanto, se trata de supuestos en los que el constituyente, y quizás en el futuro el legislador laboral, entendió que debía dar una solución certera, sistemática y jurídicamente previsible a los conflictos que se materializarían con un alto grado de probabilidad y cuya solución no debía recaer exclusivamente en el modo en que los órganos jurisdiccionales lo resolverían en ejercicio de las funciones que le son inherentes. Así, los denominados padres de la Constitución acertaron en prever que la cláusula de conciencia de los periodistas, o la objeción de conciencia al servicio militar (en aquel momento probablemente nadie tenía en mente que el ejército se acabaría profesionalizando completamente), constituían casos evidentes en que las normas jurídicas colisionarían casi con total seguridad con las convicciones morales (religiosas e ideológicas) de unos ciudadanos que con la entrada en vigor de la Constitución empezaron a vivir en democracia después de décadas en las que el Estado imponía su visión única y omnicomprensiva de la sociedad, y que no admitía ninguna discrepancia.

De este modo, en los casos en los que trabajadores por cuenta ajena se encuentren en los supuestos previstos en la Constitución, o en su caso en las leyes que los desarrollen, o que prevean *ex novo* supuestos adicionales a los constitucionales, podrán ejercer el derecho a la objeción de conciencia por razón de sus creencias religiosas según los parámetros y requisitos recogidos en dichas normas. Y en todo aquello no previsto de forma expresa en las normas que originan el derecho en tales supuestos tasados, serán de aplicación aquellas reglas previstas para el ejercicio del derecho autónomo a la objeción de conciencia que se desprende de la Constitución, pero cuya regulación no recoge supuestos específicos.

Ello lleva a un segundo escenario, cual es la posibilidad de que el trabajador por cuenta ajena desee, o mejor dicho se vea obligado por las circunstancias, ejercitar el derecho a la objeción de conciencia cuando ni la Constitución, ni una ley prevean de forma expresa el supuesto de hecho de que se trate. Como ya se ha constatado de forma suficiente, el derecho a la libertad religiosa, como derecho fundamental inespecífico, despliega sus efectos también en el contexto de la relación laboral, por lo que el derecho a la objeción de conciencia derivado de las convicciones religiosas del trabajador tendrá como objetivo desplegar una primera barrera de protección para garantizar la intangibilidad de tal derecho a la libertad religiosa, sin más modulaciones y limitaciones que las previstas en el ordenamiento. En tal caso se puede hablar de objeción de conciencia en supuestos "atípicos", pues aunque el derecho es reconocido por el ordenamiento jurídico, los concretos supuestos en los que tal derecho es ejercitable no están previstos de forma expresa en dicho ordenamiento. Desde dicho prisma se podría hablar de un derecho general a la objeción de conciencia, siempre que se entienda el término "general" como un atributo que denota que el derecho posee la potencialidad de ejercitarse en más supuestos de los previstos de forma detallada o listada; sin que por ello pierda su carácter de excepcionalidad.

Ha de resaltarse que ni el Tribunal Constitucional, ni la Sala IV del Tribunal Supremo han construido a día de hoy una dogmática sobre la objeción de conciencia en relación al trabajo, más allá de haberse dictado alguna sentencia aislada y cuya doctrina poca luz ha

aportado para ayudar a resolver futuras controversias jurídicas, que sin duda se irán materializando con mayor asiduidad conforme aumente la pluralidad religiosa de los centros de trabajo. De hecho, el Tribunal Constitucional ni siquiera ha seguido una línea evolutiva sistemática en cuanto a la objeción de conciencia en general, sea cual sea el ámbito social de que se trate; y la Sala IV del Tribunal Supremo en las escasas veces que se ha pronunciado ha optado por supraponderar los principios contractualistas por encima del sistema de derechos fundamentales. Por lo tanto, sería deseable que en el futuro tanto un Tribunal como el otro asentaran en lo posible cierta seguridad jurídica, a falta de una actitud proactiva por parte del legislador¹⁴⁷¹. De ahí que mientras tal respuesta no se produce la doctrina debería contribuir a la creación de una dogmática sobre la materia, como aquí humildemente se pretende; ya que la falta de tratamiento jurisprudencial sistemático de un fenómeno no obvia que la controversia exista y se reitere en el tiempo, por lo que la búsqueda de soluciones jurídicas se muestra especialmente necesaria.

De todos modos, resulta evidente que si las convicciones religiosas del trabajador por cuenta ajena colisionan con las obligaciones jurídicas en el ámbito laboral, y el supuesto no está previsto ni en la Constitución, ni en norma jurídica alguna, en tal caso se estará ante el ejercicio del derecho constitucional autónomo a la objeción de conciencia, no fundamental, que reconoce la doctrina del Tribunal Constitucional y se defiende aquí. Y, por lo tanto, según la doctrina constitucional su ejercicio ha de ser concebido como excepcional. En un Estado de Derecho la regla general es el cumplimiento estricto de todas las obligaciones jurídicas, tal y como afirma la Constitución en su art. 9.1 CE: "*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*". Así, el incumplimiento de las normas jurídicas en todos los ámbitos sociales, y no existen razones jurídicas de peso para excluir el ámbito laboral (como mínimo ni el Tribunal Constitucional, ni la Sala IV del Tribunal Supremo lo hacen), ha de entenderse como una excepción a la regla. Naturalmente ello sin perjuicio que aquí se defiende que el ejercicio de la objeción de conciencia se realiza de acuerdo con el ordenamiento jurídico, ni mucho menos al margen de él de acuerdo a una suerte de teoría iusnaturalista.

Es decir, la excepcionalidad del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por parte del trabajador por cuenta ajena conllevará que en la mayoría de casos el trabajador deba asumir las consecuencias jurídicas desfavorables previstas legalmente, al tratarse de objeciones de conciencia *contra legem* en cuyos supuestos el ordenamiento jurídico no prevé ni permite una exención o acomodación a las creencias religiosas del trabajador. Analizada la doctrina emanada en la materia por el Tribunal Constitucional, se infiere que la objeción de conciencia cuando no está prevista constitucionalmente, es decir, la evitación de las consecuencias jurídicas negativas por el incumplimiento de una

¹⁴⁷¹ Se puede observar una referencia a la función legislativa en relación a la función jurisdiccional en materia de conciencia en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictada en el caso *Minersville School District v. Gobitis*, 310 US 586 (1940): "*Judicial review, itself a limitation on popular government, is a fundamental part of our constitutional scheme. But to the legislature no less than to courts is committed the guardianship of deeply cherished liberties (...). Where all the effective means of inducing political changes are left free from interference, education in the abandonment of foolish legislation is itself a training in liberty. To fight out the wise use of legislative authority in the forum of public opinion and before legislative assemblies, rather than to transfer such a contest to the judicial arena, serves to vindicate the self-confidence of a free people*".

obligación (en este caso laboral) motivado por convicciones religiosas tendrá un carácter excepcional.

No obstante, dicha excepcionalidad no ha de interpretarse como sinónimo de ejercicio residual o marginal de dicho derecho; y menos ha de negarse su virtualidad. Aunque algún autor pueda negar el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, tal aserto es contrario a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional. No obstante, resulta evidente que al configurarse España como un Estado democrático de Derecho, la desobediencia de las normas jurídicas aprobadas por el juego de las mayorías que impulsan las tareas legislativas es visto con recelo en un ámbito como es el laboral en el que los conflictos jurídicos conllevan normalmente una gran trascendencia social al versar sobre el contrato más extendido en la sociedad, cual es el contrato de trabajo y del cual depende en buena parte la economía del país.

Así pues, habrá de determinarse qué espacio queda para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en sede laboral, cuando el supuesto de hecho no está previsto expresamente. Y al respecto han de mencionarse dos aspectos. En primer lugar, en la presente investigación se defiende que el Derecho del Trabajo ha de conceptualizar la objeción de conciencia motivada por creencias religiosas como un instrumento jurídico a utilizar cuando al trabajador creyente no le queda más margen de maniobra jurídico, o de hecho, y no ha podido ejercitar normalmente el derecho fundamental a la libertad religiosa; un derecho cuya virtualidad en el contexto laboral es indiscutible, como ya se ha argumentado con anterioridad. O lo que es lo mismo, aquí se configura el derecho a la objeción de conciencia como la *ultima ratio*, cuando dadas unas circunstancias concretas el trabajador ha de optar por desobedecer la norma jurídica que entra en conflicto con sus convicciones; o en caso contrario vería vulneradas sus más íntimas creencias, se atentaría contra su derecho a la libertad religiosa y su dignidad se vería irremediablemente afectada. De poco sirve que el ordenamiento jurídico reconozca el derecho a la libertad religiosa de los trabajadores también en su puesto de trabajo si luego, en la práctica, resulta que la vulneración de tal derecho deviene inevitable porque el trabajador ha de acatar unas obligaciones jurídicas que precisamente conllevan el quebrantamiento de tal derecho. Y resulta asimismo indiscutible que el ordenamiento constitucional español parte de que los derechos fundamentales no sólo son formalmente reconocidos a sus titulares, sino que deben removerse todos los obstáculos existentes para que se ejerzan realmente.

En segundo lugar, y dentro del contexto de *ultima ratio* esgrimido, la objeción de conciencia por creencias religiosas encuentra un lugar natural en el Derecho del Trabajo y se puede materializar en el supuesto de impartición de órdenes empresariales en el que tradicionalmente la doctrina laboralista ha permitido el *ius resistentiae*. Es decir, el trabajador está legitimado para desobedecer ocasionalmente aquellas órdenes empresariales que de forma patente e indubitada vulneren su derecho a la libertad religiosa y lesionen su dignidad.

No es menester tratar en estas páginas *in extenso* el poder de dirección del empresario, ni del correspondiente deber de obedecer del trabajador por cuenta ajena, más allá de lo estrictamente necesario cuando se trate, por ejemplo, del *ius resistentiae*. Al desarrollar la efectiva vigencia y dinámica del derecho a la libertad religiosa en el contrato de trabajo se tendrá ocasión de abordar la incidencia del derecho constitucional a la libertad de empresa (art. 38 CE) en relación a tal derecho. Pero dicho estudio se insertará en el

contexto de las limitaciones específicas del ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el seno de la relación laboral, y en relación a la ponderación de derechos y bienes que tal ejercicio puede plantear si existe una eventual colisión. Como ya se ha dejado dicho, el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia está sometido a unos límites propios como derecho autónomo; y está sometido adicionalmente a los mismos límites que el derecho a la libertad religiosa que pretende proteger por su naturaleza asimismo instrumental. Así pues, el estudio realizado en tal contexto será extrapolable al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en sede laboral, evitando la duplicidad de análisis.

El presente trabajo sostiene como una de sus tesis fundamentales la viabilidad y vigencia del derecho de objeción de conciencia por convicciones religiosas en el ámbito laboral, bajo unas condiciones delimitadoras. Así pues, para que el trabajador pueda ejercer con éxito su derecho a la objeción de conciencia por razón de sus convicciones religiosas, es decir, para que se pueda oponer al cumplimiento de una obligación jurídica derivada de una orden empresarial (en toda su amplitud: instrucción interna, código de conducta, código de vestimenta, etc.), del contrato de trabajo o de otra fuente de obligaciones jurídicas (ley, reglamento, convenio colectivo, etc.) sin que de tal conducta se desplieguen consecuencias jurídicas negativas (una suerte de indemnidad por exención) tendrán que darse tres elementos básicos que serán desarrollados a continuación: 1) se tratará de un mecanismo jurídico a utilizar, a modo de autotutela, cuando no estén disponibles otros, o éstos hayan fallado o no lleguen a tiempo de evitar la vulneración del derecho a la libertad religiosa (*ultima ratio*); 2) debe existir una relación de causalidad entre la conducta de desobediencia del objetor y la eventual afectación del derecho a la libertad religiosa, de suerte que en caso de no desobedecer, atendidas las circunstancias concurrentes, se materializaría casi con total seguridad y de forma inexorable tal vulneración por quedar afectadas unas convicciones religiosas reales y sinceras; 3) finalmente, la objeción de conciencia por razón de convicciones religiosas es un derecho a la desobediencia que en el ámbito laboral guarda la forma específica de *ius resistentiae*, de resistencia al cumplimiento de obligaciones jurídicas que emanan de las facultades organizativas del empresario.

5.2. La Objeción de conciencia laboral en supuestos atípicos

5.2.1. Como *ultima ratio*

La configuración del derecho a la objeción de conciencia en la relación laboral como *ultima ratio* en aquellos supuestos para los cuales ni la Constitución, ni norma jurídica alguna ha previsto expresamente el supuesto de hecho concreto de que se trate (lo que aquí se ha denominado supuestos atípicos, por no estar tipificados de forma expresa en norma alguna) tiene su razón de ser en varios elementos:

1) La regla general en el Derecho del Trabajo es que el trabajador debe cumplir las obligaciones jurídicas, ya sean derivadas de órdenes del empresario, ya sean originadas en normas jurídicas, en ambos casos en ejecución del contrato de trabajo¹⁴⁷². Por lo

¹⁴⁷² La doctrina más autorizada ha diferenciado entre dos tipos de obediencia: "En principio cabe distinguir dos tipos de obediencia: de carácter normativo la primera, que se traduce en el cumplimiento de lo ordenado por las normas aplicables; de índole subjetiva o personal la segunda,

tanto, la concepción como regla excepcional de la desobediencia por parte del trabajador, que, como cualquier ciudadano está sometido *a priori* al ordenamiento jurídico, provoca que la objeción de conciencia pueda operar sólo como *ultima ratio*.

2) En segundo lugar, la necesidad de actuación como *ultima ratio* de la objeción de conciencia viene dada por la excepcionalidad con que la doctrina del Tribunal Constitucional se ha enfrentado la dogmática de dicha figura, por tratarse de una excepción a la regla general del cumplimiento de las normas. Al no tratarse de un derecho fundamental, no goza del carácter expansivo de los derechos fundamentales, tendentes a realizar toda operación hermenéutica en el sentido de procurar su máxima aplicación. Al contrario, no siendo un derecho fundamental, debe interpretarse su aplicación de forma restrictiva, de ahí que sólo pueda operar cuando el conflicto entre obligación jurídica y convicción religiosa del trabajador no puede ser salvado, subsanado o reconducido por otros medios jurídicos o de hecho, que razonablemente puedan operar en el caso concreto y atendiendo a las particulares circunstancias que concurren. Por ejemplo, respecto al carácter excepcional del derecho a la objeción de conciencia se manifiesta la STC 160/1987, de 27 de octubre (BOE 12 de noviembre de 1987): "*En una sociedad democrática, en un Estado social y democrático de Derecho, que se construye sobre el consenso mayoritario expresado libremente -aun dentro de las limitaciones de los sistemas electorales- la permisión de una conducta que se separa de la norma general e igual para todos ha de considerarse como excepcional (...) porque de lo que se trata -el derecho del objetor- es de obtener la exención del cumplimiento de una norma, convirtiendo esa conducta en lícita, legítima o legal*" (Fundamento Jurídico Cuarto)

3) Finalmente, por definición, la exención del trabajador de cumplir con la obligación jurídica comportará que otro sujeto, habitualmente el empresario, vea restringido el correspondiente derecho correspondiente a dicha obligación. Por tal razón será importante una ulterior operación de ponderación de derechos y bienes, pues quizás el derecho a la objeción de conciencia tampoco podrá operar en toda su amplitud aunque concurren todos los requisitos para ello.

El contrato de trabajo es fuente de obligaciones para el trabajador. Unos deberes cuyo incumplimiento injustificado conlleva la posibilidad de aplicación del poder disciplinario por parte del empresario. Recuérdese que las órdenes empresariales se presumen ajustadas a Derecho y que el *ius resistentiae* en el ordenamiento laboral español posee unos contornos muy concretos y excepcionales, como se explica en el apartado correspondiente. No obstante, y como la otra cara de la moneda de cualquier relación contractual, el contrato de trabajo también es fuente de derechos. Entre tales derechos el trabajador, como cualquier otro ciudadano, sigue disfrutando del derecho fundamental a la libertad religiosa; y, asimismo, es titular del más restrictivo, en cuanto a su ejercicio, derecho a la objeción de conciencia. De este modo, cuando en ejecución del contrato de trabajo el trabajador se encuentra con la disyuntiva que de forma perentoria e inminente ha de cumplir con una obligación jurídico-laboral (si fuera de otra índole, por ejemplo obligación fiscal, quedaría fuera del objeto de estudio de la presente investigación) que es frontalmente contraria a sus más íntimas convicciones religiosas, aquél se enfrenta a un dilema: 1) o bien desobedece e incumple la obligación jurídica, con el eventual

en virtud de la cual el trabajador ha de obedecer las órdenes o instrucciones del empresario o de persona en quien éste delegue". ALONSO GARCÍA, Manuel: *Curso de Derecho del Trabajo*. 10ª edición. Barcelona: Ariel, 1987, pp. 455-456.

sometimiento a las consecuencias jurídicas desfavorables que a dicha conducta cabría esperar; 2) o bien cumple con la obligación jurídica y su derecho a la libertad religiosa y su dignidad, si se trata de verdaderas convicciones religiosas sostenidas de forma sincera, quedarán afectadas de forma patente y decisiva.

Imagínese, por ejemplo, que un trabajador musulmán que trabaja habitualmente en la sección de verduras de un supermercado recibe la orden perentoria de ayudar de forma inmediata a descargar un camión lleno de productos cárnicos de origen porcino sin que no medie ningún tipo de maquinaria, sino que se debe realizar manualmente entre todos los trabajadores disponibles en aquel momento. En ese caso, es más que probable que las convicciones del trabajador musulmán le impidan manipular productos provenientes del cerdo, o como mínimo imagínese que así es. El trabajador sólo puede hacer dos cosas: obedecer la orden y traicionar sus convicciones religiosas; o negarse a cumplir y así proteger su libertad religiosa, que como tal se extiende a que los trabajadores puedan actuar de forma consecuente a sus convicciones. Téngase en cuenta que probablemente en un caso así la orden empresarial será perfectamente legítima, ya que será realizada dentro de los límites de la facultad de dirección y organización, la situación vendrá justificada por unas razones organizativas evidentes y la tarea a desarrollar lo será dentro del grupo profesional del trabajador potencial objetor.

Pues bien, el carácter excepcional y de *ultima ratio* del derecho a la objeción de conciencia requiere que el trabajador no tenga ninguna otra opción de hecho o de Derecho disponible dado el caso concreto; lo que configura la objeción de conciencia como un instrumento subsidiario, para solventar una situación que no pueda razonablemente ser solventada por otros medios menos agresivos para el ordenamiento. El principio de subsidiariedad o *ultima ratio* del derecho a la objeción de conciencia está reservado no sólo para los casos en que no se puede solucionar la controversia de otro modo, sino que además se reserva a un fin tan relevante para el ordenamiento jurídico del Estado de Derecho, cual es garantizar en lo posible la intangibilidad de un derecho tan fundamental y nuclear como es el derecho a la libertad religiosa. Por ello, el ordenamiento permite una solución tan agresiva como es la autotutela y desobediencia ante obligaciones jurídicas *a priori* legítimas. Destáquese que en el ejemplo propuesto el empresario o sus delegados no ordenan al trabajador realizar la manipulación alimentaria expresamente por razón de las convicciones del trabajadores, pues en dicho caso el ejemplo se situaría en los supuestos sobre tutela antidiscriminatoria, y no en relación a la objeción de conciencia.

Así, el operador jurídico ha de examinar las circunstancias concurrentes *ex ante*, teniendo en cuenta que se le debe imputar al trabajador una diligencia media (a menos que existan elementos que justifiquen aumentar o disminuir el grado de diligencia esperada), y ha de utilizarse un canon asimismo medio de razonabilidad, situándose en la posición del trabajador. Sin perjuicio que si el trabajador es sancionado, despedido o sufre cualquier otra consecuencia jurídica negativa con origen en la desobediencia, la controversia será analizada por los órganos jurisdiccionales sociales en primera instancia y por el Tribunal Constitucional si es necesario; ante la disyuntiva o dilema planteado es necesario 1) comprobar que la obligación jurídica a cumplir es realmente contraria a las convicciones religiosas del trabajador, pues en caso contrario no existiría dilema alguno; 2) descartarse que el trabajador pudiera haber evitado extrajurídicamente la inminente colisión entre convicciones y obligación jurídica si era materialmente posible (por ejemplo, negociando con el empresario si se trataba de una obligación transigible, o pactando la suspensión

temporal del cumplimiento de la obligación jurídica para dar tiempo a una mediación o decisión judicial); 3) una vez constatado el conflicto entre obligación jurídica y convicciones religiosas, y ser del todo imposible su solución extrajudicial, el trabajador debiera haber agotado los instrumentos jurídicos a su alcance antes de optar por la desobediencia (objeción de conciencia). Si hay tiempo para ello, el trabajador debería formalizar demanda judicial y solicitar en dicha demanda como medida cautelar la suspensión del cumplimiento de la obligación discutida hasta que el órgano jurisdiccional pudiera pronunciarse sobre si sería legítima la desobediencia del trabajador. Naturalmente, si los órganos jurisdiccionales entienden que no se vulnera la libertad religiosa, y la resolución judicial es firme, si el trabajador opta por la objeción de conciencia debiera asumir las consecuencias jurídicas correspondientes, incluidas las de tipo punitivo, pues la objeción de conciencia se habría convertido en una objeción *contra legem* por mor de la resolución judicial y el efecto positivo de la cosa juzgada.

En el supuesto de que el trabajador objetor acudiera a un procedimiento judicial preventivo o de impugnación de sanción o despido (o contra cualquier otra consecuencia negativa motivada por una desobediencia ya consumada) habría de acreditar los siguientes elementos¹⁴⁷³ para evitar que recayera sobre él definitivamente las eventuales consecuencias jurídicas negativas anudadas a la desobediencia de la obligación jurídica:

1) Es destinatario de una obligación jurídica que ha de ejecutar en el contexto del contrato de trabajo. Tal elemento será fácil de acreditar si las consecuencias jurídicas ya han recaído sobre él por negarse a cumplir la obligación jurídica, a menos que se concluya que la obligación jurídica ha de entenderse nula por ser antijurídica.

2) Sinceridad de unas convicciones religiosas que colisionan con la citada norma. La sinceridad de las convicciones religiosas es un elemento que deberá también concurrir en el caso del ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Se podrá comprobar, por ejemplo, mediante un análisis de la congruencia con las conductas anteriores y coetáneas, las circunstancias concurrentes, el rechazo total a la obligación jurídica sin condicionamientos, etc. Según el resultado del examen se podrá constatar, por ejemplo, un eventual abuso de derecho y la inexistencia de una verdadera objeción de conciencia. Antes de poder comprobar la sinceridad, las creencias deberán haber sido exteriorizadas de algún modo. Debe existir un nexo de causalidad entre la obligación jurídica a incumplir y su potencial dañino de las convicciones religiosas.

3) Agotamiento de todas las medidas jurídicas y extrajurídicas al alcance del trabajador objetor para evitar la aplicación inmediata de la norma, configurándose la objeción de conciencia como un remedio subsidiario (*ultima ratio*).

Es obvio que si la obligación es de cumplimiento perentorio e inminente, sin posibilidad de retardar o suspender sus efectos, el trabajador deberá tomar la decisión asimismo de forma inmediata. De ser un objetor sincero, al tratarse de una eventual vulneración de sus

¹⁴⁷³ No se tratará aquí de los elementos que debieran concurrir en un procedimiento administrativo, pues en tal caso no se estaría ante la relación entablada entre un trabajador y un empresario (relación *inter privatos* u horizontal), sino entre trabajador y Administración pública (relación vertical entre poder público y administrado). Cuando se habla del supuesto del trabajador que presta servicios para la Administración pública si bien no se está tampoco en puridad ante una relación *inter privatos*, no es menos cierto que en tal caso la Administración actúa como empleadora y se relaciona con el trabajador a través de un contrato de trabajo, aunque en un medio harto especial que merece su atención en otro apartado de la presente investigación.

convicciones religiosas, desobedecerá de forma inexorable, ejercitando el derecho a la objeción de conciencia y se mantendrá fiel a su cosmovisión¹⁴⁷⁴. Es ante tal inminencia del dilema, que el trabajador se verá plenamente legitimado para ejercitar su derecho como *ultima ratio*, como último instrumento jurídico disponible para evitar la vulneración de su derecho a la libertad religiosa y, por ende, su dignidad¹⁴⁷⁵. Si ante tal desobediencia es sancionado o despedido por incumplimiento de sus deberes, deberá impugnar judicialmente la medida empresarial punitiva a través de la modalidad procesal que corresponda (despido, impugnación de sanciones disciplinarias, etc.).

El órgano jurisdiccional resolverá de acuerdo con dos posibilidades básicas: 1) entenderá ajustada la desobediencia por cumplirse los requisitos para el ejercicio de la objeción de conciencia. En ese caso el órgano jurisdiccional ratificará la exención del trabajador, que no deberá cumplir ya la obligación jurídica concreta de que se trate, y sólo esa. Y si por dicha desobediencia el trabajador hubiera sufrido ya alguna consecuencia jurídica negativa debiera garantizarse su indemnidad y debiera ser resarcido de los daños y perjuicios que se le hayan podido causar; 2) se entenderá que la objeción de conciencia no procedía y, por lo tanto, el trabajador ha incurrido en una desobediencia injustificada. Sobre dicho trabajador deberán recaer las consecuencias negativas del incumplimiento de la obligación jurídica de que se trate, incluyendo la obligación de resarcir los daños y perjuicios que se hayan podido causar por su desobediencia injustificada. En todo caso, si resulta que no se daban los requisitos suficientes para ejercitar el derecho a la objeción de conciencia, pero dadas las circunstancias, situándose en una posición *ex ante*, el trabajador temió con bastante fundamento por su libertad religiosa, sería razonable que se atemperaran las consecuencias negativas que recaerían sobre el trabajador que hubiera desobedecido¹⁴⁷⁶. Si dicha atemperación no lo llevara a cabo de modo propio el

¹⁴⁷⁴ "Los seres humanos no sólo necesitamos ser conscientes de nuestra realidad personal, sino que también necesitamos afirmar nuestra identidad socio-cultural. No podemos definirnos como personas si no experimentamos nuestra pertenencia a una realidad cultural en la que nos consideremos integrados y que perfila nuestra existencia. Necesitamos y, por tanto, exigimos poder mantener nuestra fidelidad a unas creencias determinadas y defender nuestra propia manera de comunicar sentimientos y conocimientos". CABEDO MANUEL: *Filosofía y cultura...*, op. cit., p. 179.

¹⁴⁷⁵ En idéntico sentido sobre el carácter perentorio e inexorable del dilema en que queda situado el trabajador-creyente: "Lo que sí parece necesario, a mi juicio, es que el deber objetado se imponga sobre el individuo de un modo directo, actual e inexorable, pues no parece compatible con el sentido de la objeción de conciencia una actitud estratégica de búsqueda de conflicto o aceptación del mismo aun cuando hubiese otras posibles opciones que permitan salvar el imperativo de conciencia sin vulnerar la ley". GASCÓN ABELLÁN: *Obediencia al Derecho...*, op. cit., p. 82.

¹⁴⁷⁶ En tal sentido se ha pronunciado la doctrina estadounidense más autorizada en la materia: "The substantive civil law may be contoured to treat as privileged acts that would otherwise be wrongful but are supported by powerful moral claims. When an act does not fall within any such privilege, a private citizen suffering a civil injury should properly consider the actor's moral claims before proceeding against him. Civil juries and judges might to some extent temper their treatment of cases because such moral claims". GREENWALT: *Conflicts of law...*, op. cit., p. 276. Si el trabajador incurre en una conducta de desobediencia motivada por unas razones morales que por la falta de otros requisitos no pueden encontrar acomodo dentro del derecho a la objeción de conciencia tal aspecto ha de servir para atemperar las consecuencias jurídicas que le acarreen tal conducta. Por ejemplo, sería razonable aplicar un elemental principio de proporcionalidad en la aplicación del régimen sancionador (principio de gradación de las sanciones) o atemperación de la cuantía que se fije por los daños y perjuicios ocasionados eventualmente al empresario, o a otros trabajadores. Desde el citado punto de vista, no es lo mismo sancionar u obligar a abonar los daños y perjuicios anudados a una conducta huérfana de todo motivo de índole moral, o temeraria

empresario o el trabajador afectado, estaría facultado el órgano jurisdiccional para aplicarlo a la luz de las circunstancias¹⁴⁷⁷. No se trataría de otra cosa que aplicar correctamente la teoría gradualista de las sanciones¹⁴⁷⁸, aunque en el caso concreto no se tratara de una sanción, sino, por ejemplo, una reclamación de daños y perjuicios (en tal caso debería analizarse el grado de culpabilidad del trabajador, e incluso aplicar la teoría de la concurrencia de culpas habitual en el ámbito de responsabilidad civil si su culpa concurría con la del empresario).

En el examen de la jurisprudencia estadounidense se detecta enseguida que las empresas antes de llegar a juicio (o una vez ya en el marco del procedimiento judicial) intentan casi siempre encontrar soluciones extrajurídicas de acomodación o ajuste razonable de las condiciones de trabajo a las necesidades religiosas del trabajador. Es un elemento que se infiere fácilmente de los relatos fácticos, especialmente de las controversias que han alcanzado el Tribunal Supremo estadounidense. Ello es así porque 1) existe una mayor tradición en los Estados Unidos de emplear a fondo la autonomía contractual de las partes, antes de llegar a un Tribunal las partes suelen agotar realmente las posibilidades a su alcance, o una vez en el contexto del procedimiento judicial frecuentemente se alcanza un acuerdo de forma sobrevenida; 2) acudir a los Tribunales en Estados Unidos en materia laboral es sustancialmente más oneroso para las partes que en el caso español, lo que evidentemente incita a alcanzar arreglos extrajudiciales; 3) este tipo de asuntos son conocidos por un jurado, y las empresas evitan someter sus controversias a jurados por ser frecuentemente desfavorables a sus intereses, sin perjuicio además del impacto en su prestigio e imagen que ello supone, por lo que iniciado el procedimiento judicial se suele evitar alcanzar la fase de vista; 4) no menos importante es el hecho que la legislación estadounidense, una vez constatada la existencia de convicciones religiosas sinceras que originan la controversia, carga al empresario con la tarea de acomodar razonablemente las condiciones de trabajo si ello no constituye una carga excesiva para la empresa, de acuerdo con el desarrollo legal seguido a partir de la Primera Enmienda. Así, ambas partes agotan al máximo las posibilidades de acomodación contractual individual a su alcance¹⁴⁷⁹.

a todas luces por una evidente falta de requisitos que justificarían la autotutela del trabajador, o guiada por una clara mala fe contractual o abuso de derecho.

¹⁴⁷⁷ En dicho sentido: "*The most obvious way in which de legal system can provide for amelioration is by authorizing officials to disregard violations altogether or temper treatment of violators according to the wrongfulness of their actions. One reason for doubt about the law's conferring discretion on officials to disregard violations is the value of uniform application of legal prohibitions. Substantial reasons, however, support some discretion*". GREENWALT: *Conflicts of law...*, op. cit., p. 276.

¹⁴⁷⁸ Así, en el caso de imposición de despido disciplinario, examínese el ejemplo de suavización de la sanción a la vista de los hechos concurrentes (otros bienes en juego) contenido en la STS de 21 abril 1983 (RJ 1983, 1858).

¹⁴⁷⁹ Tales términos son confirmados por la doctrina estadounidense: "*Actual trials of religious discrimination cases occur less frequently than the public supposes. More frequently, legal claims alleging religious discrimination are settled by the parties to the dispute at some point in the litigation process, most often before the case reaches the trial stage. Because jury trials present substantial risks for employers, they generally attempt to avoid the courtroom and a sitting jury whenever possible*". GREGORY, Raymond F.: *Encountering religion in the workplace*. 1ª edición. Ithaca: Cornell University Press, 2011, p. 5. Además, de alcanzarse un acuerdo entre las partes, casi siempre las empresas requieren que los términos del pacto se mantengan en la más estricta confidencialidad.

Así, sería lo deseable que en el caso español, una vez advertido el conflicto, ambas partes intentaran solventar la cuestión de forma amigable y dentro de la ejecución de buena fe del contrato de trabajo. Si tales negociaciones fallaran, no quedaría más remedio para el trabajador que desobedecer, con el riesgo para él de ser sancionado; o el riesgo de la empresa de verse obligada a resarcir en un futuro los daños y perjuicios causados al trabajador. O bien, otra opción sería que el empresario, sin transigir, y sin llegar a un acuerdo amistoso, optara por suspender el cumplimiento de la obligación jurídica (si ello está en sus manos, pues no siempre sería jurídicamente posible)¹⁴⁸⁰ y ambas partes sometieran la controversia a algún sistema de solución extrajudicial de conflictos, o si no quedara más remedio se sometiera al órgano jurisdiccional competente. De hecho, lo más deseable es que las necesidades religiosas en parte fueran plasmadas en el contrato de trabajo, o bien fueran tenidas en cuenta en los convenios colectivos, pero es evidente que el Derecho del Trabajo y las empresas y trabajadores españoles no están aún a la altura de las circunstancias¹⁴⁸¹.

¹⁴⁸⁰ Imagínese por ejemplo de una obligación derivada de normas de prevención de riesgos laborales en relación a un riesgo materializable en cualquier momento. Si la empresa eximiera al trabajador de cumplir la obligación, aunque fuera temporalmente, *a posteriori* podría imputarse a tal empresa el no haber cumplido con su deber de seguridad, especialmente si acaeciera un accidente de trabajo.

¹⁴⁸¹ Las debilidades de los arreglos contractuales en materia de libertad religiosa ha sido evidenciado ya por la doctrina más autorizada: "*La definitiva consagración por parte de nuestro ordenamiento positivo de la libertad contractual como cauce preferente para conciliar la acomodación entre prácticas religiosas y deberes laborales ofrece algunas posibilidades; pero éstas se muestran manifiestamente insuficientes. Por lo pronto, por razones de fondo. De un lado, por cuanto la utilización de las técnicas de individualización instala en un mismo e idéntico plano, dotándolas de idéntico valor, dos instituciones jurídicas en modo alguna equiparables: la libertad contractual no puede erigirse ni en cauce obligado de configuración de los derechos fundamentales ni en canon de valoración de su ejercicio. De otro, por cuanto la frustración del pacto individual coloca al trabajador en un dilema que, además de moralmente indigno, es jurídicamente reprochable: la aceptación del contrato o la continuidad de la relación laboral sin acomodación ofende su libertad religiosa, pero la defensa de sus convicciones religiosas le priva de su derecho al trabajo*". VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa...", en AAVV: *Las transformaciones...*, op. cit., p. 605. Tal postura debe añadirse a la crítica de la falta de pactos contractuales en la materia que conlleva la judicialización de los conflictos: "*La ausencia en nuestro país del reconocimiento del derecho del trabajador a una acomodación razonable de la organización de la empresa por parte del empleador, y la ausencia de pactos expresos a la hora de firmar el contrato de trabajo - como consecuencia del miedo del trabajador a no conseguir el puesto ofertado - ha traído consigo que los conflictos generados por este motivo hayan tenido que ser resueltos en los tribunales de manera, a nuestro juicio, poco afortunada. El motivo es que, en su mayor parte, el trabajador los ha planteado como casos de objeción de conciencia por motivos religiosos, aunque resulta difícil defender el argumento de que el trabajador pueda tener un derecho a la objeción de conciencia por motivos religiosos y así justificar su negación a realizar determinadas tareas a las que se encuentra contractualmente obligado*". ROSSELL GRANADOS: *La no discriminación...*, op. cit., p. 109. El autor obvia que la jurisprudencia laboral reconoce desde hace años la posibilidad de desobedecer órdenes ejerciendo el *ius resistentiae*, que no deja de ser una modalidad de objeción de conciencia cuando lo que motiva la desobediencia son las convicciones religiosas. Distinto escenario es el que se debe explorar si dichas convicciones pueden alterar el haz de derechos y obligaciones nacidos del contrato de trabajo a través de una suerte de novación contractual provocada por el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. La respuesta es negativa en el caso de la objeción de conciencia.

5.2.2. Relación de causalidad, sinceridad de las convicciones, exteriorización por parte del objetor y otros elementos

La relación de causalidad deriva del carácter instrumental del derecho a la objeción de conciencia respecto al derecho fundamental a la libertad religiosa. Para que el trabajador esté plenamente legitimado para ejercer el derecho a objetar ha de analizarse si *ex ante*, y dadas las circunstancias concurrentes (convicciones del trabajador que han de ser expresamente manifestadas para que puedan ser fiscalizadas, sinceridad de dichas convicciones, naturaleza de la obligación jurídica en conflicto...), si la libertad religiosa sería afectada gravemente con casi total seguridad de no desobedecerse la obligación jurídica. Es decir, debe existir una relación de adecuación, de aptitud, entre la entidad de la obligación jurídica a cumplir dadas las circunstancias en su conjunto y la eventual afectación del derecho fundamental, que se produciría con una alta probabilidad, de acuerdo con la información existente *ex ante*, si no interviniera la desobediencia del trabajador. Así, la desobediencia iría dirigida a romper el nexo causal (tanto si finalmente resulta exitosa en cuanto al resultado, como si no); un nexo causal que se erige como una enlace directo entre obligación jurídica y eventual vulneración del derecho de libertad religiosa, desechando hipótesis lejanas o conexiones harto indirectas o secundarias.

El nexo de causalidad implica, además, que ha de existir una proporcionalidad entre la desobediencia, que no debe ser necesariamente total, y la capacidad de vulneración del derecho a la libertad religiosa si se cumpliera la obligación jurídica. O dicho de otro modo, el trabajador ha de desobedecer en lo necesario para evitar el daño. Así, si para evitar la vulneración es suficiente una desobediencia parcial de la obligación jurídica, el trabajador deberá autolimitar la desobediencia a lo estrictamente necesario según la información y circunstancias existentes.

Ese elemento ratifica un hecho evidente inherente por definición a la objeción de conciencia: de la objeción de conciencia deriva la exoneración del cumplimiento de una obligación jurídica concreta (o parte de dicha obligación si ello es posible), pero ni altera las condiciones de trabajo más allá del puntual incumplimiento, ni supone una novación del contrato de trabajo, ni ha de confundirse con la figura de la acomodación o ajuste razonable de las condiciones de trabajo que se examina al tratar del ejercicio de forma directa del derecho a la libertad religiosa (y no a través del instrumento de la objeción de conciencia), que sí puede generar unos efectos jurídicos más ambiciosos y duraderos. Es decir, si una obligación jurídica nace más adelante en la ejecución del contrato de trabajo, tanto si las circunstancias son idénticas como con más razón si no lo son, el trabajador deberá ejercer nuevamente su derecho a la objeción de conciencia¹⁴⁸².

¹⁴⁸² "No puede decirse que el empresario esté actuando del modo más respetuoso con el derecho fundamental a la libertad religiosa cuando exige de forma incondicionada y tajante la prestación debida en aquellos casos en los cuales el dilema moral del trabajador le impide realizar, no todas, ni siquiera las fundamentales, sino tan sólo algunas de las funciones tangenciales o cualitativa o cuantitativamente poco importantes dentro del conjunto de las funciones propias de su categoría profesional, y además, y por las circunstancias, el empresario le podría resultar sencillo asignar dicha tarea a algún otro trabajador (que no sufra el dilema ético por tener creencias distintas), con la consiguiente distribución a modo de descarga de otras tareas de las cuales habrá de hacerse cargo como forma de compensación el objetor". AAVV: *Inmigración, religión...*, op. cit., p. 35. Si se trata de una tarea puntual incompatible, la empresa puede eximir puntualmente al trabajador de realizarla, y si no lo hace, y se cumplen los requisitos necesarios, el trabajador podrá objetar. Si se trata de tareas a realizar de manera habitual (o puntual si no se dan los requisitos de la objeción), deberá optar por ejercer el derecho a la libertad religiosa en su vertiente positiva, y si se cumplen

Cosa distinta es que si un órgano jurisdiccional ya se ha pronunciado sobre el fondo y la legitimidad del ejercicio del derecho a la objeción, desde un punto de vista práctico lo natural es que ambas partes ajusten sus conductas de acuerdo con el fallo judicial, ya sea novando de mutuo acuerdo el contrato de trabajo, ya sea tomando medidas unilaterales que en todos los casos se ajusten a Derecho y que impliquen evitar el mismo tipo de situaciones conflictuales en el futuro. Ha de reiterarse que la autotutela, como figura excepcional, permite la desobediencia puntual, no la alteración o novación sobrevinida del contrato de trabajo.

Como ya se ha avanzado en parte al tratar en general de la figura de la objeción de conciencia, ésta es posible si la obligación jurídica existe. Tal parámetro traducido al contexto laboral significa que si la obligación jurídica no es tal por no encontrar su origen en una fuente válida de obligaciones jurídico-laborales no se dará el nexo de causalidad. Al no existir una obligación jurídica que entre en conflicto con las convicciones del trabajador, no tendrá virtualidad para dañar su derecho a la libertad religiosa (por ejemplo, tercero ajeno a la empresa que imparte una orden al trabajador), y, por ende, el trabajador no deberá objetar.

Una cuestión de gran relevancia teórica, pero también práctica, es la de la sinceridad de las convicciones sostenidas por el trabajador y que son opuestas al cumplimiento de la obligación jurídico-laboral. Tal sinceridad es un requisito que no sólo es necesario que concurra en el caso del trabajador-objeto, sino que también es tributaria del trabajador que pretende ejercitar la libertad religiosa. No obstante, se considera lo más correcto analizar aquí su problemática por razones sistemáticas, dado que tradicionalmente es una temática que se ha estudiado de la mano del ejercicio de objeción de conciencia, especialmente en Estados Unidos (por ejemplo, al analizar las solicitudes de exención al alistamiento a filas durante la Guerra de Vietnam, que terminó en 1975), o en España en relación a la objeción de conciencia al servicio militar. Tal y como se tratará en su momento con mayor profundidad se parte de la base que en un momento u otro el objeto, como el trabajador que pretende ejercer su derecho a la libertad religiosa, debe exteriorizar y manifestar sus convicciones religiosas; pues si no se conoce su existencia, ni alcance, difícilmente el empresario puede atenerse a ellas. Además, de este modo eventualmente un órgano jurisdiccional podrá fiscalizar la actuación de ambas partes. En todo caso, en apartados anteriores ya se ha avanzado algo al respecto, tanto en relación a la sinceridad de las convicciones, como en relación a su exteriorización por el trabajador creyente. Respecto a esto último, la manifestación de las convicciones, aquí se volverá a incidir sobre ello, ya que se trata de una temática muy ligada a la sinceridad de las convicciones.

Resulta patente, y siempre ha sido así en todos los ordenamientos jurídicos en que tal aspecto es relevante, que es harto dificultoso para el jurista determinar si las convicciones religiosas del trabajador existen realmente, y de existir si se trata de unas convicciones sinceras, lo suficientemente asentadas y nucleares en la cosmovisión del trabajador como para justificar su inserción en el objeto de protección del derecho a la libertad religiosa y, por ende, justificadoras en su caso del eventual ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. Al igual que las obligaciones jurídicas pueden tener su

los requisitos para ello, el empresario deberá acomodar de forma definitiva las condiciones de trabajo según los requerimientos religiosos del trabajador. Si no fuera así, el trabajador debería objetar cada vez que se encontrara en la situación, solución que no parece la más razonable.

procedencia en diferentes fuentes, lo mismo ocurre con las normas de conducta del trabajador, que de existir pueden encontrar su origen en el fenómeno religioso, en la ideología o en otras fuentes¹⁴⁸³. De ahí parte de la dificultad del jurista de determinar la sinceridad, pero también para determinar la fundamentación auténticamente religiosa de las creencias, que en todo caso quedan en buena parte a resguardo de la intimidad e interioridad del mismo trabajador. En otro apartado no obstante ya se ha puesto de manifiesto que en el presente trabajo se parte de una concepción funcional y no sustantiva de la religión, por el rol que juegan dichas convicciones en la cosmovisión del trabajador, que es la postura mayoritaria cuando se trata de examinar el papel del derecho a la libertad religiosa, así en la jurisprudencia constitucional española y con mayor énfasis en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos¹⁴⁸⁴, entre otros órganos jurisdiccionales de relevancia.

Desde un punto de vista histórico ha de constatar que no constituye ninguna novedad que los juristas deban lidiar con los problemas derivados de determinar si una persona pertenece a una confesión u otra en áreas relacionadas con el tráfico económico; con la dificultad añadida, como ocurre actualmente, que las personas tienen mayor libertad para cambiar su afiliación religiosa. Pues dependiendo de ello en el pasado, y en el presente como se demuestra aquí, se debían aplicar unas normas u otras, y se derivaban unas consecuencias jurídicas o bien otras en cuanto a las relaciones comerciales transculturales¹⁴⁸⁵. El problema en la actualidad es que el jurista debe ir más allá, pues la

¹⁴⁸³ La doctrina estadounidense ha puesto de manifiesto cómo las razones morales para desobedecer pueden ser de distinta procedencia: *"They may be thought to be rooted in a secular morality or in some religious truth (...); they may be thought derived from reason, revelation, nonrational intuition, or free choice or upbringing; they may or may not be thought to turn on the likely consequences of action or on the relation of an act to some «deontological» duty or moral right defined without relation to consequences; (...) they may be related to political and social convictions or derived from aspects of morality far removed from these concerns"*. GREENWAL: *Conflicts of law...*, op. cit., p. 28.

¹⁴⁸⁴ Por ejemplo, en la sentencia dictada en el caso *United States v. Seeger*, 380 US 163 (1965) el Tribunal Supremo estadounidense opta por una definición funcional del fenómeno religioso: *"The United States Supreme Court has adopted a test that looks to the sincerity of beliefs and the function they play in the adherent's life. In United States v. Seeger, the court concluded that «[a] sincere and meaningful belief which occupies in the life of its possessor a place parallel to that filled by the God of those admittedly qualifying for the exemption [from military service] comes within the statutory definition». There is an inevitable subjectivity built into the definition, when it inquires into whether the beliefs are «in [the holder's] scheme of things, religious». In Welsh v. United States, a plurality of the court elaborated that «the central consideration in determining whether the registrant's beliefs are religious is whether these beliefs play the role of a religion and function as a religion in the registrant's life»"*. SHELTON y KISS: "A draft model...", en AAVV: *Religious human rights...*, op. cit., pp. 570 y 571.

¹⁴⁸⁵ Ejemplo de la importancia de la pertenencia a una confesión en relación al tráfico de esclavos. No sólo los judíos tenían normas religiosas respecto a los esclavos, sino también los musulmanes: *"When jurists considered the slave trade, they paid close attention to religion. Religion affiliation played a key role in the conditions for enslavement, the laws of possession, and the rules of ransoming captives; and it was a complex and shifting role because slaves could alter their religious, as well as in some cases their social status through conversion. According to Islamic law, Muslims could enslave infidels captured in war; and they had the right to retain possession of these slaves even if they converted to Islam. Yet they were strictly prohibited from enslaving free Muslims as well as non-Muslims who had the right to remain free because they were either residents of a Muslim state (dhimmis) or protected foreign visitors (musta'mins). Dhimmis were also entitled to own slaves, but if these slaves converted to Islam, then their non-Muslim masters were obliged either to emancipate them or to transfer their ownership to Muslim masters"*. HALEVI: "Religion and cross-cultural...", en AAVV: *Religion and trade...*, op. cit., p. 57.

pertenencia o no a determinada confesión es simplemente un indicio de lo que realmente es relevante, que es el sostenimiento o no de unas concretas convicciones religiosas.

Así pues, el jurista ha de indagar la sinceridad de las creencias del trabajador a través de sus exteriorizaciones, de sus manifestaciones externas del tipo que sean: los datos que consten, pertenencia a una confesión religiosa, manifestaciones anteriores, testigos, peritajes, razonabilidad y congruencia con las convicciones sostenidas de los actos precedentes y coetáneos del trabajador, etc. Por ejemplo, es de plena aplicación aquí la doctrina de los propios actos, ello sin perjuicio que el trabajador pueda libremente cambiar de convicciones, ya que tal conducta se encuadra y encuentra sustento en el derecho a la libertad religiosa. Evidentemente si se aprecia cierta contradicción en las conductas del trabajador o existen indicios de mala fe o abuso de derecho, sobre el trabajador objetor recaerá la carga de acreditar la legitimidad del derecho que ejerce¹⁴⁸⁶.

Al respecto, para la abundante jurisprudencia norteamericana vertida en materia de alistamiento al ejército, el objetor de conciencia militar ha de basar su posición en un fundamento religioso, no en meras opiniones políticas, filosóficas o morales (al igual que en el caso español, deben concurrir verdaderas convicciones religiosas, no meras opiniones o convicciones de otra índole). Basta la existencia de una fe; la adscripción a una confesión religiosa es relevante, pero no determinante para la concesión del status legal de objetor. Asimismo, no es determinante la irregular asistencia o participación a servicios religiosos o al culto; el desconocimiento de algunos principios religiosos de una confesión o el tiempo de pertenencia a dicha confesión. No puede exigirse al solicitante acreditación documental de su pertenencia a la confesión¹⁴⁸⁷.

En un caso relativamente reciente, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos trató por enésima vez la problemática de la sinceridad de las creencias, fijando una doctrina que puede ser de gran utilidad a los presentes efectos. Así, en el caso *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*, 489 US 829 (1989) el Tribunal Supremo analiza un supuesto en el que se deniega una prestación por desempleo a un cristiano que rechaza

¹⁴⁸⁶ En relación a la objeción de conciencia militar la doctrina se ha esforzado en analizar los indicios de prueba: "Al ser la sinceridad de las creencias un factor subjetivo, los hechos externos, sin ser conclusivos, sirven de ayuda al juzgado. Igualmente, cualquier hecho objetivo que arroja duda sobre la veracidad del peticionario, exigiéndose: a) una conexión lógica entre el hecho y el punto donde se sitúa la insinceridad o la mala fe en orden a la denegación de la solicitud, y b) que el hecho sea una prueba afirmativa, no mera especulación o duda. En principio, el solicitante no puede fundamentar su petición exclusivamente hechos objetivos (como sería, por ejemplo, ser ministro de una confesión pacifista), sino que primero están las cuestiones subjetivas que avalan la veracidad, y después se valorarán esas manifestaciones objetivas de sinceridad. En definitiva, las manifestaciones objetivas de objeción, apoyan esta o la reprueban, pero no la fundamentan". PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 88-89.

¹⁴⁸⁷ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 80-81. Tales ideas son expresadas por la doctrina del siguiente modo: "The right of conscientious objection, when recognized, was traditionally associated with religious objection to military service, and itself served to protect members of religious communities, as well as the communities of which they were members. Membership in a socially recognized community served as a test of sincerity. People enjoyed the right only if they shared the style of life of a known social group. Most commonly they enjoyed it only if they participated in the life of the group. It was unlikely that people would change their whole way of life just in order to avoid service. I am not expressing here any view regarding the rights and wrongs of extending the rights to members of a recognized religion only. My purpose is merely to point to the non-individualistic elements in the right as traditionally recognized. Any genuinely individualistic conception of the right to conscientious objection encounters difficulties of establishing the genuineness of the objection which the traditionally communitarian approach to the right escaped". Raz: *The morality...*, op. cit., p. 252.

una oferta de empleo porque se niega a trabajar los domingos por razones religiosas¹⁴⁸⁸. En opinión del Tribunal Supremo se debía examinar la sinceridad de la creencia sostenida, más que la condición de miembro de un grupo religioso, aunque obviamente dicha pertenencia ayudaría a acreditar la sinceridad. El Tribunal entendió que siendo sinceras las convicciones religiosas del trabajador, la Administración no acreditó un *compelling state interest*, por lo que debía darse la razón al beneficiario de la prestación¹⁴⁸⁹. Aunque la Administración basó su defensa en jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, el máximo órgano jurisdiccional aclaró que para determinar qué convicciones religiosas debían tenerse en cuenta se debían analizar las preferencias desde un punto de vista individual, siendo indiferente la no pertenencia a una comunidad de fieles: "*It is true, as the Illinois court noted, that each of the claimants in those cases was a member of a particular religious sect, but none of those decisions turned on that consideration or on any tenet of the sect involved that forbade the work the (...) claimant refused to perform. Our judgments in those cases rested on the fact that each of the claimants had a sincere belief that religion required him or her to refrain from the work in question. Never did we suggest that unless a claimant belongs to a sect that forbids what his job requires, his belief, however sincere, must be deemed a purely personal preference rather than a religious belief*". Así, la pertenencia del trabajador a una organización o comunidad religiosa permitirá determinar mejor desde un punto de vista probatístico si dicho trabajador sostiene unas convicciones religiosas sinceras, pero en sí no es jurídicamente relevante su falta de pertenencia en cuanto que ello no significa automáticamente que dichas convicciones no hayan de ser tomadas en cuenta:

¹⁴⁸⁸ En concreto el supuesto de hecho muestra cómo la Administración interpreta el término "convicciones religiosas" de una forma indebida: "*In April 1984, William Frazee refused a temporary retail position offered him by Kelly Services because the job would have required him to work on Sunday. Frazee told Kelly that, as a Christian, he could not work on «the Lord's day». Frazee then applied to the Illinois Department of Employment Security for unemployment benefits claiming that there was good cause for his refusal to work on Sunday. His application was denied. Frazee appealed the denial of benefits to the Department of Employment Security's Board of Review, which also denied his claim. The Board of Review stated: «When a refusal of work is based on religious convictions, the refusal must be based upon some tenets or dogma accepted by the individual of some church, sect, or denomination, and such a refusal based solely on an individual's personal belief is personal and noncompelling and does not render the work unsuitable» (...). The Board of Review concluded that Frazee had refused an offer of suitable work without good cause*".

¹⁴⁸⁹ RUBIO LÓPEZ: *La primera de las libertades...*, op. cit., p. 204. Sobre dicha sentencia se ha comentado lo siguiente: "*Willingness to work on Saturday may be a prerequisite for receiving public money, but one who objects to working on Saturday has the option of simply giving up benefits. From this perspective, the need for an exemption for conscientious objectors appears less strong. On the other hand, some benefits and privileges are very important to people, and granting them to objectors harms no one. Unless the condition that the objector will not perform is generally regarded as onerous, attempted fraud will be minimal; and the objector's failure to satisfy a condition will not ordinarily leave any burden to be borne by someone else*". De ahí que el autor concluye que el interés del Estado en denegar la exención será menor que en otros casos, por ejemplo, cuando se afecta el interés de terceros. GREENWALT: *Conflicts of law...*, op. cit., p. 321. Dicho autor se sitúa netamente a favor de posición de la sentencia: "*Ideally, the «benefit» of freedom from Saturday work might be balanced by some corresponding detriment (lower wages, longer hours); but such precise refinements in working conditions may be not feasible. When a choice must be made between accommodation, with its accompanying unfairness, or placing a heavy burden on those whose conscience forbids Saturday work, my own judgment is that the interest in accommodation predominates; but the exemption in this setting should be limited to those who combine membership in a Sabbatarian group with a strong conviction against Saturday work*" (p. 335).

"Undoubtedly, membership in an organized religious denomination, especially one with a specific tenet forbidding members to work on Sunday, would simplify the problem of identifying sincerely held religious beliefs, but we reject the notion that to claim the protection of the Free Exercise Clause, one must be responding to the commands of a particular religious organization".

Obviamente, el Tribunal Supremo del Canadá también ha tenido que analizar en varias ocasiones la problemática aquí tratada, dado el avanzado grado de desarrollo de su legislación laboral en materia de libertad religiosa y la existencia de una sociedad muy plural. Así, el Tribunal Supremo de Canadá ha realizado las siguientes observaciones al respecto (caso *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004): *"Freedom of religion under the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms (and the Canadian Charter of Rights and Freedoms) consists of the freedom to undertake practices and harbour beliefs, having a nexus with religion, in which an individual demonstrates he or she sincerely believes or is sincerely undertaking in order to connect with the divine or as a function of his or her spiritual faith, irrespective of whether a particular practice or belief is required by official religious dogma or is in conformity with the position of religious officials. This understanding is consistent with a personal or subjective understanding of freedom of religion. As such, a claimant need not show some sort of objective religious obligation, requirement or precept to invoke freedom of religion. It is the religious or spiritual essence of an action, not any mandatory or perceived-as-mandatory nature of its observance, that attracts protection. The State is in no position to be, nor should it become, the arbiter of religious dogma. Although a court is not qualified to judicially interpret and determine the content of a subjective understanding of a religious requirement, it is qualified to inquire into the sincerity of a claimant's belief, where sincerity is in fact at issue. Sincerity of belief simply implies an honesty of belief and the court's role is to ensure that a presently asserted belief is in good faith, neither fictitious nor capricious, and that it is not an artifice. Assessment of sincerity is a question of fact that can be based on criteria including the credibility of a claimant's testimony, as well as an analysis of whether the alleged belief is consistent with his or her other current religious practices"*. Es interesante destacar el posicionamiento del Tribunal canadiense, que es parecido al sostenido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos: 1) neutralidad de la Administración en materia teológica, extremo comprensible desde el punto de vista de la neutralidad del Estado en materia religiosa; 2) incompetencia de los órganos jurisdiccionales para examinar la parte dogmática de una religión¹⁴⁹⁰.

Por lo tanto, hay que partir en principio de la hipótesis de que las convicciones religiosas existen y son sinceras, bastando *a priori* la mera manifestación del trabajador; aunque dependerá de cada caso. Ahora bien, el trabajador deberá manifestarlas

¹⁴⁹⁰ Una cautela que ya puso de manifiesto el Tribunal Supremo estadounidense durante el siglo XIX. Como explica la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en el caso *Watson v. Jones*, 80 US 679 (1871), los Tribunales no han de extralimitarse en sus funciones jurisdiccionales: *"In this country, the full and free right to entertain any religious belief, to practice any religious principle, and to teach any religious doctrine which does not violate the laws of morality and property and which does not infringe personal rights is conceded to all. The law knows no heresy, and is committed to the support of no dogma, the establishment of no sect"*. Además, hay que tener en cuenta que las confesiones religiosas más estructuradas pueden tener un ordenamiento interno muy complejo: *"It is not to be supposed that the judges of the civil courts can be as competent in the ecclesiastical law and religious faith of all these bodies as the ablest men in each are in reference to their own"*.

convenientemente si desea objetar, o si es su voluntad ejercer el derecho a la libertad religiosa. Una vez manifestadas, el empresario y eventualmente un órgano jurisdiccional, podrán evaluar si son creíbles, sinceras y suficientes dadas las circunstancias y los medios de prueba existentes. Lo que es evidente es que lo jurídicamente relevante es constatar las convicciones individuales del trabajador, no las convicciones anudadas a la confesión religiosa a la que pertenezca, ya sea formalmente o por afinidad. Además, ha de constatar la sinceridad de dichas convicciones, no su corrección desde un punto de vista teológico de acuerdo con los dogmas establecidos o la interpretación mayoritaria de la confesión de que se trate¹⁴⁹¹. Una vez exteriorizadas y constatadas las convicciones y su sinceridad se podrá analizar si colisionan con otros derechos y bienes, y se podrá llevar a cabo la ponderación de todos los intereses en juego y el eventual establecimiento de límites¹⁴⁹².

Al respecto es interesante citar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha tenido la ocasión de analizar la exteriorización de las creencias de un trabajador

¹⁴⁹¹ Al analizar la sinceridad de las convicciones resulta indiferente si son conformes o no a la ortodoxia de la confesión a la que se pertenece, pues las nociones de ortodoxia o herejía son conceptos que despliegan sus efectos en el ámbito teológico, no en el jurídico secular. O dicho de otro modo, despliegan sus efectos quizás en el sistema normativo religioso de que se trate. Al respecto téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictada en el caso *United States v. Ballard*, 322 US 78 (1944). Al interpretar la Primera Enmienda el Tribunal afirma: "*It embraces the right to maintain theories of life and of death and of the hereafter which are rank heresy to followers of the orthodox faiths. Heresy trials are foreign to our Constitution*". En cuanto a la probatística ligada a las convicciones asentó lo siguiente: "*Men may believe what they cannot prove. They may not be proof of their religious doctrines or beliefs. Religious experiences which are as real as life to some may be incomprehensible to others. Yet the fact that they may be beyond the ken of mortals does not mean that they can be made suspect before the law*". El trabajador debe como mínimo manifestar sus convicciones religiosas y sus argumentaciones, pues no es lo mismo ejercer el derecho a la libertad religiosa en el ámbito más privado del trabajador (por ejemplo, en su domicilio o en un templo de su confesión) que en sede de la ejecución del contrato de trabajo. Habrá que analizar entonces las circunstancias que rodean el supuesto, que nieguen o confirmen dichas convicciones. En los casos en que el derecho a la libertad religiosa del trabajador, ya sea ejercido de forma directa, ya sea a través del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, entre en contradicción con otros derechos y bienes dignos de protección (por ejemplo, la libertad religiosa de otro trabajador) la sinceridad de las convicciones debería ser exteriorizada de algún modo o sustentarse al menos en consistentes indicios.

¹⁴⁹² Así, no debe confundirse la operación de ponderación, que será posterior, a la previa manifestación y constatación de la sinceridad de las convicciones. Una cosa constituye *conditio sine qua non* de la otra. Tal confusión conceptual puede identificarse en el siguiente aserto: "*Al objeto de reconocer el ejercicio legítimo de la objeción de conciencia, suele ser necesario un proceso de ponderación para valorar la sinceridad de la persona que objeta. Esto supone que quien deba reconocer si existen realmente motivos para la objeción está obligado a basarse en indicios para juzgar la sinceridad del objetor respecto del daño que supone, en su conciencia, el cumplimiento de una determinada obligación. En el plano jurídico, la cuestión no es fácil porque se trata de valorar algo tan interno como la sinceridad del sujeto objetante en lo que respecta a sus alegatos morales. Es cierto que el juicio solo puede basarse en simples indicios y que hay un problema evidente de prueba. Pero ese «proceso de ponderación», - como lo hemos calificado - pretende, como es evidente, evitar el fraude de ley que podría derivarse de las falsas alegaciones, de manera que la objeción de conciencia no tenga su base en la conveniencia, en lugar de en la conciencia. Y la dificultad probatoria no es ni ha sido nunca un obstáculo insalvable en el plano jurídico, siempre que existan indicios de ser valorados en esta dimensión*". PÉREZ-UGENA COROMINA: *La objeción de conciencia...*, op. cit., p. 17. Se reitera que la "ponderación" en sentido estricto se daría en una fase posterior. Una vez constatada la existencia de convicciones religiosas y su sinceridad, además del resto de requisitos ya mencionados, se estará en condiciones de ponderar los derechos y bienes en juego y establecer las consiguientes modulaciones y limitaciones.

para poder comprobar su sinceridad, cual es el caso paradigmático de la STEDH de 13 de abril de 2006, caso *Kosteski contra Antigua República Yugoslava de Macedonia*. En el supuesto analizado el demandante no se presentó a su trabajo en la Compañía Eléctrica de Macedonia, una empresa pública, a pesar de las instrucciones de su superior según las cuales no se permitía a ningún empleado tomarse días libres durante una semana debido a la fuerte carga de trabajo. El demandante justificó su ausencia por el hecho de que había celebrado una fiesta religiosa musulmana, que era un día no laborable para los ciudadanos que profesaban la religión musulmana en virtud de la Constitución y de la Ley correspondiente. El comité disciplinario de la empresa decidió que el demandante había vulnerado las normas disciplinarias y se había ausentado del trabajo sin autorización. El comité decidió no despedir al demandante, sino multarle con una reducción del 15% de su sueldo durante tres meses. El trabajador alegó que concurría una decisión del Ministro de Trabajo y Política Social que indicaba que el día que faltó al trabajo había sido fiesta legal para los ciudadanos de religión musulmana. Como miembro de esta comunidad religiosa, había informado a su superior de su ausencia el día anterior.

Del relato fáctico y en relación a la sinceridad de las creencias se desprende que el trabajador afirmó que expresaba sus creencias religiosas individualmente sin acudir a las mezquitas. El Tribunal interno del país rechazó la demanda del trabajador porque no acreditó sus creencias musulmanas, ya que también había celebrado las fiestas religiosas cristianas. El trabajador fue multado en una segunda ocasión por no acudir al trabajo el día de la celebración de otra fiesta legal religiosa musulmana, Bayram. En esta segunda ocasión el Tribunal interno también rechazó su demanda por no quedar acreditado que fuera musulmán: nunca antes del citado día se había ausentado del trabajo en las fiestas religiosas musulmanas sino que por el contrario, había celebrado las fiestas religiosas cristianas; sus padres eran cristianos; y su manera de vivir y su dieta mostraban que era cristiano. En su contrato de empleo y de seguro había sido inscrito como macedonio, sin mención de que fuera musulmán. El trabajador había alegado que no consideró necesario cambiar su nombre y apellidos y deseaba dar culto a Dios individualmente. El Tribunal Constitucional también denegó su impugnación de la sanción, ya que, entre otros extremos, el trabajador ni siquiera conocía los dogmas de la religión musulmana. Es de destacar que la ley interna del país, a diferencia de la española, preveía el carácter multiconfesional de sus ciudadanos. Así, disponía entre otras cosas que Pascua y Navidad serán fiestas legales para todos los ciudadanos de la Antigua República Yugoslava de Macedonia, independientemente de su confesión, y que Ramazan Bayram y Kurban Bayram serían fiestas legales para los que profesaban la religión musulmana. Para el Gobierno macedonio había que tenerse en cuenta, más allá de las creencias religiosas, que el trabajador prestaba servicios en una planta de energía que debe continuar trabajando durante los días de fiesta y en el momento de los hechos constaban reparaciones en marcha. La imposición de una multa por burlarse deliberadamente de las normas fue proporcionada en esas circunstancias¹⁴⁹³.

¹⁴⁹³ Algunas de las alegaciones del trabajador ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son bastante curiosas: *“No se había ausentado injustificadamente porque había indicado su ausencia por anticipado. Tampoco había celebrado las fiestas ortodoxas; sin embargo, las tiendas estaban cerradas en esos días y él no podía trabajar. En cuanto a su nombre, le había sido dado al nacer y sus creencias religiosas podían legítimamente variar más tarde. Funcionarios de las autoridades afectadas nunca le habían interrogado ni le habían visto comer y no se había probado que su dieta o su conocimiento del Islam no fueran los correctos. En todo caso, era de limitada importancia y habría sido inmoral e incivilizado hacerle algún tipo de examen sobre esta cuestión, en particular*

El Tribunal considera que de alguna forma el trabajador debía haber justificado ante el empleador su ausencia al trabajo: *“En el contexto del empleo, con contratos que establecen obligaciones y derechos específicos para el empleador y para el empleado, el Tribunal no encuentra falta de razón que un empleador pueda considerar la ausencia sin permiso o aparente justificación como una cuestión disciplinaria. Cuando el empleado pide basarse en una exención particular, no es opresivo ni entra en conflicto fundamental con la libertad de conciencia el exigir algún nivel de concreción cuando esa reclamación se refiere a un privilegio o derecho no disponible en general y, si no se presenta la prueba, llegar a una conclusión negativa (véanse, mutatis mutandis, casos relativos a objeción de conciencia en los que las autoridades pueden legítimamente exigir pruebas contundentes de las genuinas objeciones religiosas para justificar la exención del deber civil del servicio militar; por ejemplo en N. contra Suecia, núm. 10410/1983, Resolución de la Comisión de 11 octubre 1984, D.R. 40, pg. 203 y Raninen contra Finlandia , núm. 20972/1992, Resolución de la Comisión de 7 marzo 1996). Sin embargo, el demandante no estaba preparado para presentar ninguna prueba que pudiera sustanciar sus reclamaciones. Por lo tanto, en la medida en la que el procedimiento revelaba una injerencia en la libertad religiosa del demandante, esto no era desproporcionado y podía, en las circunstancias de este caso, ser contemplado como justificado en términos del segundo apartado, esto es, previsto por la Ley y necesario en una sociedad democrática para la protección de los derechos de los demás”* (39)¹⁴⁹⁴. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirma que es necesario que el objetor exteriorice sus argumentos para negarse a acatar la obligación jurídica, porque es la única manera que tiene el empresario para poder ponderar los bienes jurídicos en juego, comprobar si es acorde con la sinceridad de convicciones mostrada por el trabajador y actuar en consecuencia¹⁴⁹⁵. Posteriormente, dicha exteriorización de los argumentos esgrimidos para objetar servirán también a la jurisdicción social para fiscalizar si el empresario ha actuado de conformidad a Derecho¹⁴⁹⁶.

porque a nadie más se le había exigido probar sus afirmaciones sobre sus creencias. Alega también que esto evitaría que personas de poca formación se adhirieran a una religión y permitiría a las personas con buena formación pertenecer a varias”. Lo cierto es que en ningún momento queda acreditado que el trabajador se comportara de acuerdo con las creencias musulmanas antes de las ausencias al trabajo. Tampoco queda acreditado que fuera cristiano y se convirtiera al Islam poco antes de las ausencias. Así, el Gobierno Macedonio alegó que la religión musulmana impone un estilo de vida en el que el creyente lleva a cabo pública y regularmente actos como la oración cinco veces al día, actos de caridad, ayuno durante el Ramadán y peregrinaje a La Meca.

¹⁴⁹⁴ Naturalmente, la intromisión en las creencias del trabajador tiene evidentes límites, como se puede observar en la siguiente crítica sobre la labor realizada por la jurisdicción de Macedonia: *“Aunque la noción del Estado decidiendo en una sentencia la condición de las creencias personales e interiores de un ciudadano es aborrecible y puede recordar de manera desgraciada pasadas persecuciones infames, el Tribunal observa que en este caso el demandante solicitaba gozar de un derecho especial concedido por la legislación macedonia por el que los musulmanes podían tomar fiesta en días especiales, incluyendo la festividad de Bayram, como en este caso (apartado 29 supra)”*.

¹⁴⁹⁵ En parecido sentido Martín-Retortillo Baquer afirma al comentar la sentencia que *“si uno está empleado en una empresa, no resulta ilógico que tenga que hacer ver la realidad de su situación, si es que quiere disfrutar de la ventaja prevista. La libertad religiosa, en efecto, no puede cubrir cualquier tipo de conducta”*. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO: *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en materia de libertad religiosa*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2007, p. 122.

¹⁴⁹⁶ Así, en relación a la objeción de conciencia motivada por la negativa a empuñar las armas se ha dejado dicho lo siguiente: el objetor debe reflejar en su petición *“la existencia de unas*

Como ya se ha argumentado, la constatación de la sinceridad de las convicciones no está exenta de problemas, tanto teóricos como prácticos. No obstante, lo que sí resulta claro es que no es tarea del jurista, menos aún del Juzgador, al analizar el caso concreto entrar a discernir si la conducta del trabajador está correctamente fundamentada en las creencias de la religión que profese; es decir, queda más allá de los límites del jurista discernir si el trabajador creyente actúa de acuerdo y de forma ajustada a la doctrina establecida por la confesión a que pertenezca, de pertenecer formalmente a una. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha sido muy gráfico en delimitar la tarea del Juzgador, concretamente en su sentencia dictada en el caso *Thomas v. Review Board of Indiana Employment Sec. Division*, 450 US 707 (1981). En dicho caso un testigo de Jehová dimitió cuando tuvo conciencia que estaba trabajando en una empresa que fabricaba armamento. De hecho, todos los puestos de trabajo resultaron estar relacionados con la fabricación de armamento de un modo u otro. La Administración denegó la prestación por desempleo porque consideró que se trató de una dimisión sin causa¹⁴⁹⁷. Ha de resaltarse que otro trabajador era miembro asimismo de los Testigos de Jehová y entendía que la fabricación de armamento no era contraria a las Escrituras al tratarse de una mera cooperación indirecta al belicismo¹⁴⁹⁸. El Tribunal Supremo estadounidense tuvo que enfrentarse una vez más a una eventual definición de "religión", reiterando su postura de definir la religión a los presentes efectos desde un punto de vista funcional, es decir, analizando qué rol juega en la vida del trabajador, evitando entrar a

convicciones – enraizadas en la creencia y formación religiosa – sinceras o congruentes, que se apoyan en la fe en una Fuerza o Ser Superior al que todo está subordinado o de lo que todo depende, que exige del individuo un deber moral de oposición a la guerra. Estas creencias pueden estar espoleadas por un código moral, ético o religioso. Su raíz no puede ser solamente política, sociológico o filosófica. No es preciso que la raíz religiosa de la creencia responda a normas morales concretas de una confesión o iglesia". PALOMINO LOZANO: Las objeciones de conciencia..., op. cit., p. 69.

¹⁴⁹⁷ Respecto al supuesto de hecho enjuiciado hay que resaltar que en el momento de la contratación el trabajador exteriorizó sus creencias, aunque sin determinar incompatibilidad alguna con la prestación de servicios comprometida. La sentencia recoge las circunstancias concurrentes del siguiente modo: "*Thomas, a Jehovah's Witness, was hired initially to work in the roll foundry at Blaw-Knox. The function of that department was to fabricate sheet steel for a variety of industrial uses. On his application form, he listed his membership in the Jehovah's Witnesses, and noted that his hobbies were Bible study and Bible reading. However, he placed no conditions on his employment; and he did not describe his religious tenets in any detail on the form. Approximately a year later, the roll foundry closed, and Blaw-Knox transferred Thomas to a department that fabricated turrets for military tanks. On his first day at this new job, Thomas realized that the work he was doing was weapons related. He checked the bulletin board where in-plant openings were listed, and discovered that all of the remaining departments at Blaw-Knox were engaged directly in the production of weapons. Since no transfer to another department would resolve his problem, he asked for a layoff. When that request was denied, he quit, asserting that he could not work on weapons without violating the principles of his religion. The record does not show that he was offered any non-weapons work by his employer, or that any such work was available*".

¹⁴⁹⁸ La sentencia recoge gráficamente el dilema moral en que en que situó el trabajador: "*He said that when he realized that his work on the tank turret line involved producing weapons for war, he consulted another Blaw-Knox employee - a friend and fellow Jehovah's Witness. The friend advised him that working on weapons parts at Blaw-Knox was not «unscriptural» Thomas was not able to "rest with" this view, however. He concluded that his friend's view was based upon a less strict reading of Witnesses' principles than his own*". Los Testigos de Jehová se fundaron en los Estados Unidos en 1872 por un grupo de estudiosos de la Biblia liderados por Charles Taze Russell. GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious history...*, op. cit., pp. 226-228. Una visión crítica de los Testigos de Jehová puede consultarse en BLOOM: *La religión...*, op. cit., pp. 165-176. Sobre el caso tratado puede consultarse PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 192-194.

decidir qué es correcto y qué no desde el prisma de una eventual ortodoxia religiosa (impuesta por una institución religiosa o la comunidad de fieles): "*The determination of what is a «religious» belief or practice is more often than not a difficult and delicate task, as the division in the Indiana Supreme Court attests. However, the resolution of that question is not to turn upon a judicial perception of the particular belief or practice in question; religious beliefs need not be acceptable, logical, consistent, or comprehensible to others in order to merit First Amendment protection*". Menos aún puede el Tribunal analizar si las convicciones esgrimidas son razonables o expuestas de forma lógica y sistemática, lo que constituye la novedad del caso en la evolución jurisprudencial del Tribunal: "*Courts should not undertake to dissect religious beliefs because the believer admits that he is "struggling" with his position or because his beliefs are not articulated with the clarity and precision that a more sophisticated person might employ*"¹⁴⁹⁹.

Así, la tarea del Tribunal es comprobar la sinceridad de las convicciones, pero no la corrección desde un punto de vista teológico, rol para el cual los órganos jurisdiccionales seculares (en contraposición a los de naturaleza religiosa constituidos por las confesiones religiosas en ejercicio de su derecho a la autonomía organizativa) ni están técnicamente preparados, ni son jurídicamente competentes: "*The Indiana court also appears to have given significant weight to the fact that another Jehovah's Witness had no scruples about working on tank turrets; for that other Witness, at least, such work was «scripturally» acceptable. Intrafaith differences of that kind are not uncommon among followers of a particular creed, and the judicial process is singularly ill equipped to resolve such differences in relation to the Religion Clauses. One can, of course, imagine an asserted claim so bizarre, so clearly nonreligious in motivation, as not to be entitled to protection under the Free Exercise Clause; but that is not the case here, and the guarantee of free exercise is not limited to beliefs which are shared by all of the members (...) of a religious sect. Particularly in this sensitive area, it is not within the judicial function and judicial competence to inquire whether the petitioner or his fellow worker more correctly perceived the commands of their common faith. Courts are not arbiters of scriptural interpretation*".

Tal doctrina es muy relevante a los presentes efectos: no es lo mismo que el jurista compruebe la sinceridad de la actuación del trabajador o trabajadora en relación a sus convicciones religiosas, así como el papel que juegan en su día a día o en su visión del mundo; que analizar su corrección doctrinal o incluso teológica, función netamente extrajurídica que ha de ser desechada. Y más aun cuando es conocido que dentro de una misma confesión puede existir perfectamente disparidad de opiniones y en suma una heterogeneidad de pareceres que no puede ser obviada. Si bien en la sociedad española puede parecer extraño que una persona que se autodefina cristiana no esté adscrita formalmente (a través del bautismo por ejemplo) a la Iglesia Católica o a una de las

¹⁴⁹⁹ "*Although earlier cases had afforded protection to the free exercise of readily identifiable tenets of a recognized religious faith, the decision in Thomas extends first amendment protection to beliefs which are not shared by other members of a religious group, and which appear to be the unique interpretation of an individual member (...)*". GARDNER, Lynn McCutchen: "A new standard of review in Free Exercise cases: Thomas v. Review Board of the Indiana Employment & Security Division". *Pepperdine Law Review*, 1983, Vol. 10, núm. 4, p. 792. El autor completa la idea del siguiente modo: "*Significantly, although Mrs. Sherbert was practicing a recognized tenet of her faith in refusing to work on her Sabbath, Thomas' protected belief was not shared by other members of his religious alliance. This difference marks the departure point of Thomas from its predecessors. In Thomas, the Supreme Court greatly expanded the free exercise clause to protect beliefs which are not «acceptable, logical, consistent or comprehensible to others»* (p. 806).

confesiones protestantes, por citar sólo dos posibilidades; la sociedad estadounidense goza de una heterogeneidad mucho más profunda, que los Tribunales no pueden dejar de plasmar en su doctrina jurisprudencial. El Tribunal dio la razón finalmente al solicitante de la prestación de desempleo, que se entiende que fue despedido por no cumplir las instrucciones de la empresa¹⁵⁰⁰, porque concluyó que no debía soportar tal gravamen a causa de sus convicciones¹⁵⁰¹.

En el asunto *Fraze v. Employment Security Department*, 103 L.Ed 2d 914 (1989) la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió un asunto muy interesante al respecto. Un ciudadano que se autodefinía como “cristiano”, sin pertenecer formalmente a ninguna confesión rechazó una oferta de trabajo por no poder prestar servicios los domingos por convicciones religiosas y ve denegada su solicitud de prestación por desempleo. El Tribunal Supremo se manifestó en los siguientes términos: “*Undoubtedly, membership in an organized religious denomination, especially one with a specific tenet forbidding members to work on Sunday, would simplify the problem of identifying sincerely held religious beliefs, but we reject the notion that to claim the protection of the Free Exercise Clause, one must be responding to the commands of a particular organization*”¹⁵⁰². Así, si por un lado ha de resultar indiferente si el trabajador actúa de forma correcta conforme a la doctrina de la confesión a la cual afirma seguir; también ha de resultar indiferente si dicho trabajador pertenece formalmente a una confesión o no, o si responde fielmente a

¹⁵⁰⁰ En la sentencia se trata el tema de la extinción del contrato de forma secundaria, probablemente porque la cuestión se centra en la obtención de una prestación de desempleo: “*The respondents also contend that Sherbert is inapposite because, in that case, the employee was dismissed by the employer's action. But we see that Mrs. Sherbert was dismissed because she refused to work on Saturdays after the plant went to a 6-day workweek. Had Thomas simply presented himself at the Blaw-Knox plant turret line but refused to perform any assigned work, it must be assumed that he, like Sherbert, would have been terminated by the employer's action, if no other work was available. In both cases, the termination flowed from the fact that the employment, once acceptable, became religiously objectionable because of changed conditions*”. Es decir, parece que el trabajador se personó en su puesto de trabajo pero no cumplió con sus funciones. Ello significa que si se analizara el supuesto en España lo correcto sería analizar los antecedentes: ¿fue impugnado el despido en el contexto de un caso de objeción de conciencia (imposibilidad sobrevenida de cumplir los deberes laborales a causa de las convicciones religiosas?). Tal antecedente debería ser tenido en cuenta después en el oportuno procedimiento de Seguridad Social para determinar si el trabajador tenía derecho o no a la prestación por desempleo para el caso que le hubiera sido denegada por las circunstancias de la extinción contractual.

¹⁵⁰¹ “*Where the state conditions receipt of an important benefit upon conduct proscribed by a religious faith, or where it denies (...) such a benefit because of conduct mandated by religious belief, thereby putting substantial pressure on an adherent to modify his behavior and to violate his beliefs, a burden upon religion exists. While the compulsion may be indirect, the infringement upon free exercise is nonetheless substantial*”. En opinión de la doctrina jurídica estadounidense: “*The argument propounded by the State that the burden upon Thomas' free exercise of religion was only the indirect result of otherwise neutral welfare legislation, and was for that reason permissible, was rejected by the Court. It has been well established that legislation which applies uniformly to all and does not on its face discriminate against or among religions may still not satisfy the constitutional requirement of government equality where its effect is to unduly burden the free exercise of religion*”. GARDNER: “A new standard...”, *op. cit.*, p. 806. Así, el autor concluye que la citada sentencia es relevante por dos aspectos: “*Most obviously, it breathed life into the Sherbert decision, confirming that the compelling state interest test is the appropriate standard to apply in free exercise cases. Second, the decision served to broaden the range of religious beliefs afforded protection under the first amendment to those which, although honestly and in good faith believed, are not well defined or clearly articulated, or shared by all members of the religious group*” (pp. 811-812).

¹⁵⁰² PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, *op. cit.*, pp. 197-199.

las instrucciones doctrinales de una determinada confesión¹⁵⁰³. Y más, cuando en la actualidad el fenómeno de la fe religiosa se vive de forma cada vez más individualizada e informal.

En el caso de las denominadas nuevas religiones la tarea de determinar la sinceridad de las convicciones como norma general será más dificultosa, pues quizás no exista un dogma que más o menos condicione la conducta de los fieles; a lo mejor no existe un registro de fieles como ocurre con las grandes confesiones religiosas que mantienen registros equivalentes a los registros públicos y han alcanzado un alto grado de formalización de las relaciones con los fieles (por ejemplo, existencia de un sistema normativo propio de naturaleza religiosa); los operadores jurídicos estarán menos habituados a dichas creencias y posiblemente les cueste más identificarlas y extraer sus conclusiones sobre la conducta de desobediencia analizada¹⁵⁰⁴; es posible que se deban vencer los prejuicios sostenidos por los mismos operadores jurídicos que puedan poner en duda incluso la seriedad y naturaleza religiosa de las convicciones simplemente por su novedad sociológica, etc¹⁵⁰⁵.

A la dificultad ligada a la aparición de nuevas religiones en el panorama religioso del país y, por tanto, en los centros de trabajo hay que añadir el fenómeno inherente al proceso en curso de la secularización que, como se ha tenido ocasión de examinar en el apartado correspondiente, provoca que las convicciones sean vividas cada vez de forma más privada y a elección de cada creyente. El despliegue total de la libertad religiosa permite que el creyente plantee sus convicciones religiosas fuera de toda ortodoxia y de forma muy adaptable a sus necesidades espirituales. Ello acrecienta aún más la dificultad para el jurista que pretenda diferenciar entre el sostenimiento de unas verdaderas

¹⁵⁰³ La doctrina española también ha sido contundente en este punto: “*Ante el ordenamiento jurídico del Estado, cada conciencia de un ciudadano vale por sí misma, y no por la pertenencia a su iglesia o comunidad religiosa (o grupo ideológico equiparable, en su caso). Tener el aval de una clara doctrina institucional en ciertas cuestiones morales puede servir como prueba de la sinceridad o coherencia de la objeción que se alega, pero no hace, en rigor, que la objeción individual sea más valiosa o más protegible*”. NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia...*, op. cit., p. 514. Como bien señala el autor, cosa distinta será que la prueba de la existencia de las convicciones o su sinceridad será más fácil en el caso de una eventual pertenencia a una organización religiosa.

¹⁵⁰⁴ Respecto a los católicos es más fácil interpretar sus convicciones al existir unidad doctrinal: “*El dato que distingue al ordenamiento canónico del derecho judío y del islamismo es que, desde los primeros tiempos del cristianismo, ha existido, primero a nivel local y luego a nivel universal, una autoridad dotada del poder de establecer normas vinculantes para toda la comunidad: el concilio ecuménico y, posteriormente, el papa para la Iglesia universal, y los concilios particulares y los obispos para las iglesias locales han ejercido este poder, a veces solos y a veces en unión más o menos pacíficas con otras instancias*”. FERRARI: *El espíritu de los derechos...*, op. cit., pp. 200-201. Paradójicamente cuanto mayor es la confesión, y más formalizada esté, más fácil es analizar los datos fácticos concurrentes en el hecho concreto, pero más difícil es que el miembro de un confesión mayoritaria entre en conflicto con las normas jurídicas laborales (existencia de acuerdos con el Estado, normas jurídicas que ya tengan en cuenta sus necesidades...).

¹⁵⁰⁵ De hecho muchos de los fieles de las religiones más novedosas provienen de confesiones religiosas tradicionales: “*El fiel no obedece a una norma religiosa por el hecho de remontarse al pasado o ser observada por sus predecesores, sino más bien por estar convencido de que expresa la voluntad de Dios y por considerar que permite vivir rectamente y (eventualmente) conseguir la vida eterna. En nombre de esta convicción, el fiel está dispuesto incluso a romper con la tradición, como ha sucedido en el pasado (piénsese en el nacimiento del cristianismo en el seno del judaísmo) y como sucede todavía en nuestros días (piénsese en las personas que abandonan una religión «tradicional» para abrazar un nuevo movimiento religioso*”. FERRARI: *El espíritu de los derechos...*, op. cit., p. 34.

convicciones religiosas y la pura conveniencia del trabajador de que se trate; o sea, deslindar el legítimo ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y el mero abuso de derecho. Así, el jurista ha de tener en cuenta que no sólo existen confesiones religiosas formalmente muy estructuradas e identificadas en el correspondiente registro público, sino que existen grupos y subgrupos, movimientos disidentes, creyentes que abandonan una fe y abrazan otra, y lo que definitivamente importa a efectos jurídicos: hay trabajadores que sostienen unas convicciones religiosas concretas, y hay que examinar su sinceridad más allá de su corrección teológica, aunque todo lo demás puede ayudar a realizar el examen jurídico¹⁵⁰⁶, especialmente será de utilidad a la hora de establecer si las convicciones sostenidas son coherentes, y no se contradicen con el resto de elementos de prueba existentes¹⁵⁰⁷. Es más, la congruencia de las convicciones sostenidas debe comprobarse en puridad en relación a los propios actos, no en comparación con la ortodoxia el comportamiento de otros creyentes de la misma confesión; información que puede ser de utilidad, pero no decisiva para apreciar contradicciones¹⁵⁰⁸.

Incluso en aquellas confesiones religiosas que se han alcanzado mayores grados de homogeneidad dado el sistema de establecimiento de dogmas, existencia de órganos

¹⁵⁰⁶ Hay que diferenciar entre la noción de sinceridad de las convicciones, relevante a efectos de ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, y el concepto más sociológico e incluso teológico de pertenencia religiosa, relevante sobre todo a efectos de prueba. “*La noción de pertenencia religiosa es una cuestión particularmente compleja. Ante todo, implica difíciles problemas teológicos relacionados con el descubrimiento de los elementos fundamentales que identifican una comunidad y trazan sus límites, tanto con respecto a quienes no son sus miembros como (cuestión aún más delicada) a quienes lo han sido y luego salieron de ella o fueron expulsados del grupo. Éstos, a su vez, pueden formar un grupo completamente autónomo, en relación más o menos conflictiva con el grupo de origen (...), o bien continuar considerándose parte de la comunidad originaria, reivindicando una pertenencia que ésta última rechaza del todo o en parte*”. FERRARI: *El espíritu de los derechos...*, op. cit., pp. 235-236. El autor cita tres ejemplos paradigmáticos, los Baha’i, los Ahmadi y la diferenciación entre judíos reformados y conservadores. Se trata de datos muy relevantes para esclarecer la situación, a efectos de prueba, en cuanto a la sinceridad de las convicciones. Ahora bien, lo importante son las creencias sostenidas efectivamente por el individuo, no las sostenidas por el grupo a que pertenece o perteneció. Por ejemplo, la definición de “judío” llevada a cabo por la corriente reformada, difiere de la de la corriente conservadora; o los disidentes internos de una corriente religiosa estarán en contra de algunos principios sostenidos por las corrientes mayoritarias, tal y como argumenta el autor (p. 236).

¹⁵⁰⁷ “*Se realizará un juicio de coherencia de aquello sobre lo que se funda la objeción con otras actitudes de la persona en otros ámbitos de su vida. En el juicio de valor no se tendrán en cuenta otras cuestiones como la razonabilidad o sensatez de las convicciones de conciencia, ya provengan de opciones estrictamente individuales o de un credo religioso más o menos institucionalizado, ni siquiera su verdad objetiva, sino tan sólo su sinceridad, esto es, la coherencia. Lo contrario sería tanto como abrir la puerta peligrosamente a descalificaciones de actitudes de conciencia no tan irrazonables, quizá, por meras razones de conveniencia política*”. PÉREZ-UGENA COROMINA: *La objeción de conciencia...*, op. cit., pp. 17-18.

¹⁵⁰⁸ La sinceridad de las creencias y su congruencia debe determinarse básicamente en relación con el modo de vida propio, de ahí la que haya de respetarse la diversidad dentro de la pluralidad religiosa existente y las diferentes cosmovisiones: “*The same mode of life is a healthy excitement to one, keeping all his faculties of action and enjoyment in their best order, while to another it is a distracting burthen, which suspends or crushes all internal life. Such are the differences among human beings in their sources of pleasure, their susceptibilities of pain, and the operation on them of different physical and moral agencies, that unless there is a corresponding diversity in their modes of life, they neither obtain their fare share of happiness, nor grow up to the mental, moral, and aesthetic stature of which their nature is capable*”. STUART MILL: “On liberty”, en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., p. 141.

internos de fiscalización de la correcta aplicación de los citados dogmas, existencia de la figura de la excomunión o equivalente, etc., como sería el caso de la Iglesia Católica, lo cierto es que tampoco en dicho supuesto la homogeneidad es completa, tal y como demuestra la existencia de diversas corrientes internas o los resultados de las periódicas encuestas realizadas por el Centro de Investigaciones Sociológicas en materia de dogmas o posicionamientos sociales de los ciudadanos que se autodefinen católicos¹⁵⁰⁹.

Ha de rechazarse que la manifestación o exteriorización de las convicciones por parte del trabajador deba realizarse en un momento concreto (más allá de que sea antes de pretender ejercer el derecho a la objeción) o que se deba seguir un especial formalismo o procedimiento¹⁵¹⁰. Al respecto es de aplicación la teoría general del Derecho en materia de manifestación de la voluntad de una persona física (por ejemplo, en materia de vicios de la voluntad). Si bien es cierto que el objetor debe manifestar sus creencias y argumentar mínimamente las razones que le llevan a una medida tan extrema como es no cumplir la obligación jurídica, no es menos cierto que hay que huir de formalismos si no han sido establecidos previamente por ley, o no se justifican por el especial ámbito en que tiene lugar la objeción. Así, por ejemplo, el art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo establece que los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho a ejercer la objeción de conciencia, pero dicha decisión ha de manifestarse anticipadamente y por escrito. De este modo, ante una obligación jurídica que ha de cumplirse de forma inmediata no será necesario seguir ninguna formalidad más allá de alegar la imposibilidad de cumplir con dicha obligación y explicar la razón, y si según las circunstancias es necesario, se puede acreditar la sinceridad de las convicciones por todos los medios de prueba admitidos en Derecho. Por lo tanto, habrá ámbitos en que quizás sí que es más conveniente un procedimiento reglado (por ejemplo, el sanitario), pero dada la dinamicidad general de las relaciones laborales quizás dicho formalismo no se justifica.

5.2.3. Como *ius resistentiae*

Se pretende en estas líneas defender la tesis de que la objeción de conciencia por razón de convicciones religiosas es un derecho a la desobediencia que, aunque operativo en todos los ámbitos del Derecho, en el ámbito laboral guarda la forma específica de *ius resistentiae*, de resistencia al cumplimiento de obligaciones jurídicas.

¹⁵⁰⁹ No hay homogeneidad ni siquiera dentro del catolicismo en España a pesar de los esfuerzos de la Iglesia desde hace siglos: "*La aparición incipiente de patrones culturales «anglicanos» también ha afectado a los contenidos de las creencias. Así, muchos católicos dicen creer en Dios pero no en el alma, el cielo, la vida no terrenal y el pecado. Las creencias en el demonio y en el infierno también han sufrido un retroceso similar al del resto de Europa. El desacuerdo con los dogmas fundamentales de la religión católica afecta a un número de católicos que oscila entre un 20 y un 36% según el dogma en cuestión, y es mucho más alto entre los católicos no practicantes*". GINER DE SAN JULIÁN y SARASA URDIOLA: "Religión y Modernidad...", en AAVV: *Religión y sociedad...*, op. cit., p. 75.

¹⁵¹⁰ A favor de ciertos mínimos procedimentales: "*La objeción de conciencia implica una manifestación inequívoca del objetor. Sin esto, no se concibe el ejercicio del derecho ni es posible su protección. Para dicha manifestación un marco mínimo procedimental consituye una característica comprensible, pues, si bien es cierto que el objetor no tiene como fin que se conozcan sus actuaciones, también es cierto que no actúa a escondidas de la sociedad*". MORENO RANGEL, César Humberto: *La objeción de conciencia y su aplicación al supuesto del aborto*. 1ª edición. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2010, p. 45.

Aunque la doctrina laboralista ha reconocido tradicionalmente la figura del *ius resistentiae*, el derecho a oponerse a las obligaciones jurídicas, señeramente las derivadas de las órdenes empresariales, basado en el derecho a la objeción de conciencia es un *ius resistentiae* cualificado. Dicha cualificación viene dada porque el *ius resistentiae* no se fundamenta simplemente en la evitación de una situación reputada contraria a Derecho, sino que se erige en un modo de protección de un derecho fundamental. Así, la objeción de conciencia en su forma de *ius resistentiae* sirve de instrumento al trabajador para proteger y garantizar su derecho fundamental a la libertad religiosa.

Como concepto, el *ius resistentiae* encuentra sus raíces en distintos períodos de la historia, pero cuyo énfasis hay que localizar en el desarrollo de las tesis del liberalismo clásico, en LOCKE, en ROUSSEAU, en el art. 3 de la Declaración de derechos de Virginia, en el art. 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789... Hunde sus raíces en el contractualismo, en la noción de contrato social¹⁵¹¹. Se erige como un derecho cuya titularidad ostenta el ciudadano para proteger sus derechos frente al soberano, destinado a que el sujeto privado se proteja de las actuaciones del sujeto político.

Es decir, tanto antes como ahora en el Derecho del Trabajo, y especialmente a través de la objeción de conciencia por razón de las convicciones religiosas, el *ius resistentiae* sirve como protección frente a la eventual vulneración de derechos fundamentales. Cuando el soberano rompe el pacto en el que se basan las relaciones entre poder político y sujeto privado, este último está legitimado para desobedecer las leyes y las instrucciones de dicho soberano; se puede resistir de forma justificada al ejercicio de su poder. Exactamente lo mismo que cuando el empresario sobrepasa los parámetros constitucionales en el contexto del contrato de trabajo, el trabajador puede negarse a cumplir con las obligaciones jurídicas que podrían vulnerar sus convicciones religiosas. Ahora bien, ya se avanza aquí que las obligaciones jurídicas eventualmente vulneradoras del derecho a la libertad religiosa del trabajador no tienen por qué ser contrarias a la legalidad; sino que, insertas en unas circunstancias concretas, se configuran como potencialmente vulneradoras de derechos constitucionales, aunque surjan de fuentes de obligaciones legítimas. En pocas palabras, la misma orden empresarial puede ser perfectamente legítima y no vulnerar ningún derecho fundamental si va dirigida a un trabajador, y sí ser vulneradora si va dirigida a otro en distintas circunstancias. La orden puede superar el canon de legalidad ordinaria, pero no el canon de constitucionalidad en unas determinadas circunstancias respecto determinado sujeto, aunque esto último puede ser difícil si se tiene en cuenta, por ejemplo, el contenido de la Ley Orgánica de Libertad

¹⁵¹¹ "Podemos decir que el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista. En un doble sentido. En el sentido de que las constituciones son contratos sociales de forma escrita y positiva, pactos fundantes de la convivencia civil generados históricamente por los movimientos revolucionarios con los que en ocasiones se han impuesto a los poderes públicos, de otro modo absolutos, como fuentes de su legitimidad. Y en el sentido de que la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en la historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como causa precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia". FERRAJOLI, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2001, p. 38.

religiosa (difícilmente se puede vulnerar la Constitución y no vulnerar precepto alguno de dicha Ley Orgánica).

El *ius resistentiae* también es objeto de un gran desarrollo teórico en el marco de la Reforma protestante. Así, los líderes protestantes desarrollaron el derecho de los príncipes protestantes y otros individuos a resistirse al poder del emperador y de otros soberanos. Una problemática surgida en materia religiosa una vez más se convertía en el germen de teorías contractualistas y de Derecho político¹⁵¹². Y todo ello a su vez encuentra buena parte de su fundamento en la filosofía estoica y en el Derecho natural, especialmente tras su gran desarrollo en la época medieval¹⁵¹³. En todo caso en el Derecho del Trabajo se dan dos adaptaciones que la alejan de cualquier atisbo iusnaturalista¹⁵¹⁴: 1) se trata de un instrumento para evitar que se vulneren derechos constitucionales, positivados en la Constitución y en leyes que los desarrollan; no se intentan garantizar etéreos derechos inmutables en el tiempo anteriores a cualquier positivación o ajenos al ordenamiento jurídico: 2) es una manifestación más del efecto horizontal y directo entre sujetos privados de los derechos fundamentales, de la *Drittwirkung*. No se trata de una resistencia frente a un poder público (hoy en día mejor representada quizás por la desobediencia civil), sino la resistencia frente a órdenes arbitrarias de un poder privado (ello no resulta óbice que se pueda producir la desobediencia respecto normas estatales emanadas de poderes públicos); u órdenes que

¹⁵¹² "As the Protestant Reformation developed in the last half of the sixteenth century, more robust Protestant theories of resistance emerged. The seeds of these theories were found in defenses of the independence of Italian city-states, in pre-Protestant arguments against the political authority of the Catholic Church, and in medieval Catholic scholastic writings about the conditions for legitimate political authority. When Emperor Charles V after 1530 threatened military force to suppress the Lutheran heresy, Lutheran leaders, including Luther himself in later life, began to accept the lawfulness of resistance. They relied on a «constitutionalist» theory that the emperor had obligations to the various princes, who were also rulers, albeit subordinate ones; the inferior magistrates might meet force with force to defend their rights. More particularly, they should not submit if the highest ruler is suppressing the true religion. Lutheran leaders also advanced a «private-law» theory: just as people can defend themselves from unlawful force, rulers who proceed outside their jurisdiction and do serious harm may also be resisted". GREENWALT: "Conscientious objection", en AAVV: *Christianity and law...*, op. cit., p. 118.

¹⁵¹³ La unidad universal de todos los hombres sostenida por los estoicos o la igualdad esencial de todos los seres humanos ante Dios sostenida por el cristianismo son premisas que constituyeron "el fermento para el desarrollo, a través del iusnaturalismo medieval, de la idea de unos postulados suprapositivos que orientan y limitan, es decir, que actúan como criterio de legitimidad, de quien ejerce el poder. Así, del pensamiento tomista se desprende la exigencia de someter el Derecho positivo a los preceptos del Derecho natural, expresión de la naturaleza racional humana. De este modo, el deber de obediencia al Derecho positivo se supeditará a su conformidad con el Derecho natural, generándose, en los supuestos de abierto conflicto, un derecho de resistencia frente al arbitrio de quienes gobiernan". PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 30.

¹⁵¹⁴ Una crítica cualificada al iusnaturalismo en relación a la obediencia de las leyes es la siguiente: "Si se considera sin perjuicios la historia del iusnaturalismo, se observa que las doctrinas iusnaturalistas no coinciden siempre - como quieren hacer creer los modernos abogados defensores - con una ética de la resistencia a la opresión, de la defensa de la persona, frente a las pretensiones del Estado, de la libertad individual frente al sometimiento servil a la ley, de la autonomía frente a la heteronomía. En los brazos protectores del derecho natural han encontrado refugio una y otra vez, según los tiempos y las circunstancias, las morales más diversas, tanto una moral de la autoridad como una moral de la libertad; han sido proclamadas tanto la igualdad de todos los hombres como la necesidad del régimen de esclavitud; tanto la excelencia de la propiedad individual como la excelencia de la comunidad de bienes, tanto el derecho a la resistencia como el deber de obediencia". BOBBIO: *Iusnaturalismo y positivismo...*, op. cit., p. 131.

sin ser arbitrarias son igualmente vulneradoras de derechos fundamentales en supuestos concretos.

Hay que destacar que si bien en España han existido varios períodos dictatoriales, en la Constitución de 1978 no se ha reflejado ningún derecho de los ciudadanos a la resistencia. Si a ello se añade que el derecho a la objeción de conciencia fue plasmado de un modo minimalista y limitado, es obvio que la vida jurídica ha debido transcurrir por otros derroteros, como ha sido el desarrollo no sólo del derecho a la objeción de conciencia, sino la evolución jurisprudencial del *ius resistentiae* en sede laboral. En Alemania, después del modo trágico en que terminó la República de Weimar, sí que se es plenamente consciente que los sistemas democráticos distan de la perfección en su funcionamiento y que los engranajes diseñados para servir a los ciudadanos pueden ser utilizados en contra de ellos. Por tal razón, la Constitución de Bonn de 23 de mayo de 1949 (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) sí que recogió el derecho a la resistencia en su artículo 20, apartado cuarto:

Artikel 20

(1) *Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.*

(2) *Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.*

(3) *Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.*

(4) *Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.*

Es conocido que el *ius resistentiae* apareció como figura en el Derecho del Trabajo antes de la democracia, antes de la entrada en vigor de la actual Constitución. Por lo tanto, apareció en un momento en el que ni tan siquiera se reconocía en el ordenamiento jurídico el derecho a la libertad religiosa, razón por la cual es necesario examinar sus antecedentes dogmáticos en relación al deber de obediencia del trabajador, aunque sea brevemente.

El art. 1.1 del Código de Trabajo, aprobado por el Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926, decía que "*se entenderá por contrato de Trabajo aquel por virtud del cual un obrero se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio por precio cierto*". Asimismo, el art. 73 recogía el derecho de obediencia del aprendiz, figura que de un modo u otro siempre ha estado vigente en el Derecho laboral español: "*El aprendiz debe obediencia al patrono o maestro, en cuanto se refiere a la instrucción que recibe, al trabajo relacionado con ella y al cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato de trabajo*". O sea, que el deber de obediencia estaba delimitado claramente en relación al objeto del contrato. Por otro lado, el art. 103 estipulaba que "*el contrato de aprendizaje descansa en el respeto, consideración y obediencia del aprendiz hacia el maestro, quien, a su vez, deberá conducirse para con el aprendiz (incluso en la facultad de moderada corrección a que se refiere el artículo 70) como un buen padre de familia*".

El deber de obediencia del trabajador se encontraba asimismo recogido en el art. 81 de la Ley de contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931: "*Es deber del trabajador atender, en el trabajo, a las órdenes e instrucciones del director, dueño o encargados y*

representantes de éste (...). Las advertencias acerca de la conducta del trabajador fuera del trabajo no tendrán efectividad más que en lo que puedan afectar a éste o al buen orden y moralidad de la casa del patrono, si el obrero habitara en ella". Es de destacar que la norma republicana ya tenía en cuenta el derecho a la intimidad del trabajador y separaba de forma expresa la esfera laboral de la extralaboral. De este modo, de forma implícita quedaba el trabajador protegido de toda represalia que tomara el empresario contra él por cualquier conducta extralaboral, como podría ser cualquiera relacionada con sus convicciones religiosas. Por otro lado, el Art. 72 de la Ley de contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931 era del siguiente tenor: "*El deber primordial del trabajador es la diligencia en el trabajo, la colaboración en la buena marcha de la producción, del comercio o en las prosperidades de la unidad económica para quien preste sus obras o servicios. La medida de esta diligencia estará determinada por la especialidad habitual del trabajo y por las facultades y peculiaridades del trabajador, que debe conocer el patrono*". El art. 82 establecía que "*los trabajadores deberán fidelidad a la empresa y a la casa para la que trabajen*".

Ya en pleno franquismo, el art. 69 de la Ley de contrato de trabajo de 1944 preveía nuevamente el deber de obediencia manteniendo la estructura de la norma republicana: "*Es deber del trabajador cumplir los reglamentos de trabajo, así como las órdenes e instrucciones del jefe de la empresa, de los encargados o representantes de éste y de los elementos del personal de la misma que le asistan. Las advertencias acerca de la conducta del trabajador fuera del trabajo no tendrán efectividad más que en lo que pueda afectar a éste o al buen orden y moralidad de la casa del empresario*"¹⁵¹⁵. El art. 64 se erigía como una limitación del citado deber de obediencia: "*El trabajador prestará la clase y extensión de trabajo que marquen las Leyes, la Reglamentación del trabajo, el contrato y, en su defecto, los usos y costumbres. Normalmente, sólo se prestará el trabajo corriente. No obstante, pasajeramente y por necesidad urgente de prevenir grandes males inminentes o de remediar accidentes sufridos, deberá el trabajador prestar mayor trabajo u otro del acordado, a condición de indemnizarle de acuerdo con las disposiciones legales*". Como dijo ALONSO OLEA "*por virtud del contrato de trabajo, el trabajador - dejando también a un lado el caso muy especial de los ejecuciones de obra - asume la obligación no ya de prestar el servicio pactado, sino de prestarlo en la forma y del modo que el empresario, o aquel o aquellos en quien éste haya delegado a estos efectos, determinen. El empresario, en virtud del contrato de trabajo, no sólo tiene derecho, hablando abreviadamente, al trabajo del trabajador, sino a que la actividad de éste se desarrolle según las directivas que por él se fijan, bien con carácter general en los reglamentos de taller, bien con carácter particular para un determinado trabajador o para un determinado trabajo*"¹⁵¹⁶.

¹⁵¹⁵ La doctrina de la época comentó el precepto mencionado del siguiente modo: "*Conocidos son los casos en los que el empresario ha llegado a asumir un papel patriarcal para encauzar la vida moral y digna de sus empleados. Importantes sectores de la política social católica van encaminados a lograr, tanto la protección material de los trabajadores, como una tutela espiritual. (...) En España, algunas entidades llegaron a establecer un sistema de primas a la virtud*". PÉREZ BOTIJA, Eugenio: *El contrato de trabajo*. 1ª edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1945, p. 222.

¹⁵¹⁶ ALONSO OLEA, Manuel: *El despido*. 1ª edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957, pp. 138-139. Asimismo en relación a la LCT se afirmó que "*por la vinculación laboral se obliga genéricamente el individuo al cumplimiento de las obligaciones que puedan surgir por las diferentes formas legítimas de configurar las condiciones de su prestación, procedentes del*

Durante la época franquista prevaleció el principio de *solve et repete*, es decir, el trabajador debía cumplir la orden del empresario y si entendía que era contraria a Derecho podía entonces impugnarla por los cauces legales establecidos en cada momento¹⁵¹⁷. En tal sentido se pronunció la STS 13 de diciembre de 1954; la STS de 28 de octubre de 1966 (*solve et repete*, salvo "*peligro inminente y grave*"); la STS de 18 de noviembre de 1970¹⁵¹⁸; la STCT de 9 de abril de 1960 o la STCT de 2 de febrero de 1967. También son de destacar en la materia la STS de 17 de enero 1966, que justifica la desobediencia cuando "*existan otras razones suficientemente poderosas*" para ello (en el caso examinado no concurrieron, ya que unos trabajadores se negaron a realizar trabajos urgentes de conservación y reparación por discrepancia con las dietas abonadas); o la STS 17 de febrero de 1967.

La STS 30 de enero de 1969, aunque no hace referencia directa a la posibilidad de desobedecer por parte del trabajo, afirma lo siguiente: "*El aludido derecho de dirección no es absoluto, sino que ha de ejercerse dentro de las normas jurídicas que regulan la relación de trabajo de que se trate, como una función social alejada del posible abuso de aquél por el patrono*".

El *solve et repete* era la plasmación laboral del privatístico art. 1256 CC: "*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*". Tal postura fue criticada por la doctrina, especialmente al iniciarse el período democrático¹⁵¹⁹. Es decir, como regla general pesaba más la lógica contractualista que cualquier otra motivación; lo cual tampoco debe extrañar a nadie teniendo en cuenta la naturaleza del régimen político vigente hasta la Constitución de 1978. Precisamente uno de los puntos nucleares que se defienden en el presente trabajo es que si bien no han de neutralizarse los principios contractuales para garantizar el pleno funcionamiento del tráfico jurídico y económico en el sector privado, tales principios no deben dejar sin efecto

Estado, del empleador o del poder colectivo de autoprotección". CREMADES, Bernardo: *La sanción disciplinaria en la empresa*. 1ª edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 133.

¹⁵¹⁷ En dicho sentido: "*La norma general, sin embargo, en materia de obediencia a órdenes inadecuadas es la que el trabajador debe, ante todo, obedecer, pues a ello obliga el más elemental concepto de la disciplina, y luego acudir ante el organismo competente para que resuelva la queja sobre los supuestos derechos invocados por el trabajador*". SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando: "La indisciplina como causa de despido", en AAVV: *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*. 1ª edición. Madrid: Universidad de Madrid, 1969, p. 89.

¹⁵¹⁸ "*Ni el concepto de la obligada disciplina autoriza la negativa y desobediencia a las órdenes de la empresa, inherentes, en principio, a la facultad de organización de la misma y de trabajo en ella, aún a pretexto del mandato y lesión del interés del trabajador, tanto más si carecía de fundamento jurídico la posición de rebeldía, ni era siquiera razonable, de una parte ni es concebible que la apreciación subjetiva del empleado baste para subvenir de inmediato la dependencia de la jerarquía al efecto de descartar y de obedecer las órdenes del patrono, sin perjuicio claro es, de obtener la reparación del agravio*".

¹⁵¹⁹ Un ejemplo de crítica doctrinal de la época de la Transición es la siguiente: "*El trasfondo político conservador de las perspectivas unitarias trae consigo un reforzamiento de las prerrogativas de la dirección y en concreto de la idea del derecho del empresario a requerir una obediencia incuestionable del trabajador, actitud que encuentra su reflejo en la propia Jurisprudencia al aplicar, sin una base jurídica sólida dentro de la lógica contractual, el principio «solve et repete» a la obediencia del trabajador, que se ve compelido a obedecer sin protesta sin perjuicio de una hipotética posterior reclamación judicial. La idea social que refleja la Jurisprudencia está plenamente inserta en ese modelo unitario, y el tipo «buen trabajador» es el de un individuo honrado, disciplinado, correcto y sumiso*". RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO - FERRER, Miguel: "Un modelo democrático de relaciones laborales", en AAVV: *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*. 1ª edición. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1978, p. 17.

los derechos fundamentales, u operar como si tales derechos no existieran. Y ha de permitirse desobedecer una obligación jurídica, o permitirse el ajuste razonable del puesto de trabajo como se verá en su momento, no porque de forma arbitraria lo requiera el trabajador, sino para evitar la vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa; o en su sentido positivo, para permitir su pleno ejercicio.

Ello no obsta a que cierta doctrina jurisprudencial y algunos autores defendieran que la regla general de cumplir y luego reclamar debía tener excepciones; pues había casos en que el Derecho no podía sostener que aceptara el cumplimiento de órdenes claramente extralimitadas de los cauces legales¹⁵²⁰. Así, el art. 75,6 de la Ley de Contrato de Trabajo establecía el derecho del empresario "a tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana". Dicho precepto dio pie a poderse defender doctrinalmente el *ius resistentiae* del trabajador al cumplimiento de órdenes que fueran gravemente vejatorias para su persona¹⁵²¹. En el apartado correspondiente, referido por razones sistemáticas a la prohibición de discriminación, se analiza el concepto de dignidad, que igual que el *ius resistentiae* tampoco encuentra definición en el ordenamiento jurídico. En todo caso, es evidente que el concepto de dignidad de la persona durante el franquismo no podía ser exactamente el mismo que el vigente en un Estado democrático de Derecho. Y, en concreto, la dignidad del creyente de una religión minoritaria durante el franquismo probablemente no quedaba encuadrado en el concepto de dignidad vigente, por mucho que el Concilio Vaticano II hubiera obligado al régimen a realizar puntuales reformas legislativas.

La doctrina laboral también afirmó en su momento que la orden realizada sin título jurídico suficiente, es decir, por quien no ostentaba la condición de empresario no debía ser obedecida¹⁵²². Como ya se ha dejado dicho anteriormente, una condición necesaria

¹⁵²⁰ "Las órdenes o instrucciones del patrono han de estar dentro de sus atribuciones y en consonancia con la legalidad. De ahí que si el empresario se excede de los límites que le vienen marcados por el llamado *ius variandi*, puede el trabajador desobedecer legítimamente sus órdenes, sin incurrir en infracción. Por eso no es causa de despido la negativa a realizar horas extraordinarias, que tienen carácter potestativo, ni, por supuesto, la negativa a realizar actos constitutivos de faltas o delitos". SUÁREZ GONZÁLEZ: "La indisciplina como causa...", en AAVV: *Dieciséis lecciones...*, op. cit., p. 88. La conducta del trabajador no era antijurídica y "se puede considerar justificado quien ejecute su prestación laboral según los designios de la ley, pero en contra de un mandato del empleador, cuando el carácter de la empresa laboral no exija lo contrario". CREMADES: *La sanción disciplinaria...*, op. cit., p. 178. Es más: "Tampoco mediará antijuridicidad disciplinaria si el trabajador actuara según exigencias de la desobediencia técnica, a estimar en el caso de que las órdenes del empleador puedan conducir a consecuencias catastróficas para la misma empresa, para el propio trabajador o para un tercero" (p. 179).

¹⁵²¹ "Que las órdenes o instrucciones gravemente vejatorias no obligan al trabajador, y que el empresario realiza un acto de incumplimiento al dictarlas, resulta de la lectura del artículo 75,6 LCT, en el que se establece la obligación patronal de «tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana»". MONTROYA MELGAR, Alfredo: *El poder de dirección del empresario*. 1ª edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965, p. 233. En el mismo sentido: "La obediencia se refiere tanto a las directrices señaladas con carácter general para los trabajadores en forma normativa, cuanto a las contenidas en las órdenes e instrucciones del empleador, siempre que en ambos casos no se abandone el marco de la legalidad ni se atente a la dignidad humana". CREMADES: *La sanción disciplinaria...*, op. cit., p. 197. Dicha idea es completada del siguiente modo: "Si se excediera de lo ordenado, al solicitar al trabajador un servicio ajeno a su categoría profesional o algo ilegal o contrario a la dignidad humana, se encuentra éste disciplinariamente justificado para negarse a obedecer. Es más: puede, incluso, estar obligado a negarse" (p. 199).

¹⁵²² "El supuesto más extremo de ejercicio viciado del poder de dirección viene determinado por la ausencia de título jurídico en quien lo desempeña. Cuando quien dicta una orden no es, en

para que se pueda hablar de objeción de conciencia es que exista una obligación jurídica la cual pueda ser desobedecida. Si no hay en puridad orden empresarial, jurídicamente no existe la obligación de cumplir y, por tanto, no ha de desobedecerse al no ser dicha orden apta para vulnerar derecho alguno (falta de nexo de causalidad). También resulta una obviedad que la doctrina defendiera la desobediencia que supusiera la comisión de un ilícito penal, pero dicha excepción a la regla general de cumplir acriticamente todas las órdenes era a todas luces insuficiente¹⁵²³.

En todo caso, se creó durante el franquismo una línea doctrinal que ha sido seguida hasta la actualidad de gran relevancia, cual es el reconocimiento de un derecho al *ius resistentiae* cuando la obligación jurídica a cumplir se sitúa en un contexto de peligrosidad o eventual afectación de la integridad física del trabajador¹⁵²⁴. Una vez aprobada la Constitución de 1978 tal *ius resistentiae* se ligó ya de forma inexorable al derecho a la integridad física y moral del trabajador reconocido en el art. 15 CE. Además, quedaba abierta la posibilidad que en el futuro la jurisprudencia fuera previendo un mayor número de supuestos en los que el *ius resistentiae* se entendiera legítimo, por ejemplo, cuando el cumplimiento de la obligación jurídica pudiera provocar perjuicios graves a otros trabajadores, a terceros o a la misma empresa¹⁵²⁵.

El principio de *solve et repete*, como es sabido, no sólo es tradicional en el Derecho laboral, sino que posee una enorme raigambre en el Derecho Administrativo. Ahora bien, el ciudadano sujeto a normas generales administrativas no está ni mucho menos en la misma situación jurídica que el trabajador por cuenta ajena. Si la autotutela por parte del trabajador causa aún en la actualidad fuertes recelos en la doctrina, puede imaginarse la animadversión que provocaba en un régimen de relaciones laborales fuertemente

términos laborales, empresario de aquél a quien la dicta, o delegado del empresario, es evidente que su acto de mando no da lugar sino a una apariencia jurídica: la orden se ha dado, pero desde el punto de vista jurídico es irrelevante y, por tanto, nula". MONTOYA MELGAR: El poder de dirección..., op. cit., p. 237.

¹⁵²³ "Indudablemente, resulta de un rigor excesivo impedir cualquier tipo de desobediencia distinta de la fundada en órdenes de objeto criminalmente ilícito. A nuestro juicio, el trabajador podrá oponerse también a las órdenes que le exijan una conducta civilmente ilícita, o inmoral, siempre que la ilicitud y la inmoralidad sean manifiestas y de índole grave". MONTOYA MELGAR: *El poder de dirección...*, op. cit., p. 250.

¹⁵²⁴ "Surge un problema con relación a las decisiones empresariales que, no siendo ilegítimas, ordenan al trabajador una conducta de manifiesta peligrosidad. La solución a tal cuestión ha de ser forzosamente casuística, debiéndose estar en cada caso a la peligrosidad real de la tarea ordenada; en general, el trabajador se encuentra legitimado para desobedecer aquellas órdenes que supongan un grave e innecesario riesgo para su integridad psicofísica. Excepcionalmente, y por razones de extremada necesidad o para evitar un mal mayor, el deber obediencia se ampliará incluso a la realización de actos peligrosos. Por supuesto, la mera creencia subjetiva del trabajador basada en circunstancias objetivas manifiestas, de que la orden del empresario contiene un mandato cuyo cumplimiento entrañaría un grave riesgo, no autoriza ni legitima la desobediencia". MONTOYA MELGAR: *El poder de dirección...*, op. cit., pp. 246-247. Nótese como el autor hace hincapié en parámetros tales como la "extremada necesidad" o la afectación real o probable de la integridad física o psíquica del trabajador. Unos elementos que sitúan al *ius resistentiae* como último recurso jurídico, como mecanismo de autotutela del trabajador ante una situación inasumible e inminente.

¹⁵²⁵ "Que las órdenes empresariales impliquen un manifiesto y grave perjuicio, de cualquier tipo que sea, para uno o más trabajadores, o para terceros, o para la empresa en su generalidad. La posición más prudente es que tampoco en estos casos exista obligación de obediencia". MONTOYA MELGAR: *El poder de dirección...*, op. cit., p. 251.

intervenido por el poder público, en el que no existían libertades y donde el paternalismo empresarial estaba al orden del día¹⁵²⁶.

Con todo ello llegó la instauración de la democracia. Como ya se ha dicho, la Constitución no reconoció de forma expresa ningún derecho al *ius resistentiae*, ni en el ámbito laboral, ni en ningún otro ámbito. Por su lado, tampoco el Estatuto de los Trabajadores recogió un derecho igual o similar, ni en su versión originaria, ni en la actualmente vigente. Como único ejemplo cabría el del art. 21.2 LPRL, que permite al trabajador interrumpir la ejecución del trabajo por motivos de seguridad: "*De acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 14 de la presente Ley, el trabajador tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud*". En todo caso, el precepto nada dice, por ejemplo, de qué ocurre si el empresario ordena alguna actividad que coloque al trabajador en situación de peligro, sin que sea inminente. No parece muy lógico que deba materializarse el peligro para que el trabajador pueda interrumpir el trabajo.

Por otro, lado tampoco se encuentra legislado de forma expresa el principio del *solve et repete*, pero se desprende *a priori* del deber de obediencia del trabajador; incluso en algún caso se habla de ejecutividad inmediata de la decisión empresarial, cual es el caso del art. 41.3 ET, como si de un acto administrativo se tratara¹⁵²⁷.

Así, el Estatuto de los Trabajadores dedica varios preceptos al deber de obediencia, empezando por el precepto dedicado al ámbito subjetivo de la ley. Según el art. 1.1 ET "*la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*". De este modo se sobreentiende que el empleador o empresario será aquel que ostente la facultad de organizar y dirigir el trabajo. El art. 20.1 ET plasma dicha facultad directiva y organizativa: "*El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue*".

Y lógicamente a la facultad empresarial de dirigir y mandar corresponde el deber del trabajador de obedecer, recogido en el art. 5.c) ET, que prevé el deber básico del trabajador "*Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas*". Tal deber, que viene ya limitado por la expresión "ejercicio regular de las facultades directivas"¹⁵²⁸, sin embargo ha de ser completado con el resto de

¹⁵²⁶ De ahí que la siguiente afirmación pueda considerarse muy avanzada para su tiempo: "*Nuestro criterio es el de que el trabajador está facultado, en general, para valorar el contenido de las órdenes recibidas, y que el principio de obediencia absoluta, defendido por algunos sectores de la doctrina administrativista y laboral, ha de ser reemplazado en el Derecho del Trabajo por el de la obediencia justa. Como principio moderador de los peligros que, indudablemente, supondría la concesión de un derecho absoluto a la desobediencia, lo cual encerraría un grave riesgo de anarquía para la empresa, reiteramos la ya anunciada idea de que, como norma general, la desobediencia sólo estará justificada en caso de que la orden imponga una conducta manifiestamente ilícita o dañosa*". MONTROYA MELGAR: *El poder de dirección...*, op. cit., pp. 252-254.

¹⁵²⁷ Sobre el art. 40 ET, que sigue una lógica parecida a la del art. 41 ET, y la doctrina del *ius resistentiae* puede examinarse, por ejemplo, la STSJ de Galicia núm. 5092/2014 de 14 octubre (JUR 2014, 292458).

¹⁵²⁸ Por lo tanto, aparte de otros posibles supuestos, el *ius resistentiae* puede encontrar cabida en el texto estatutario cuando el empresario no ejerce regularmente sus facultades directivas. A la vista de tal precepto tal tesis ya fue señalada en su momento por la doctrina: "*Se observa, pues, la*

apartados del art. 5 ET, que establecen ulteriores obligaciones que han de ser cumplidas por el trabajador por cuenta ajena. Y todo ello ha de relacionarse con a su vez por la potestad disciplinaria que ostenta el empresa ex art. 58.1 ET; y con la espada de Damocles que representa para el trabajador que desobedece el art. 54.2.b) ET, que prevé como causa de despido disciplinario "*la indisciplina o desobediencia en el trabajo*".

Es importante resaltar, por su relevancia a la hora de ponderar derechos y bienes cuando se materializan conflictos entre ellos, que el poder de dirección y organización empresarial deriva directamente del art. 38 CE, que recoge el derecho constitucional a la libertad de empresa, un derecho cuya relevancia para al presente investigación será analizado con mayor profundidad al tratar del ejercicio del derecho a la libertad religiosa en sede laboral.

Así, el poder de dirección pivota sobre el trabajo convenido, sobre la obligación de trabajar asumida en el contrato, por lo que si se asume que existe la obligación de trabajar de la contraparte bajo la dirección del empresario¹⁵²⁹; éste a la firma del contrato asume que sus facultades de dirección y organización son limitadas. El contrato de trabajo es el título que legitima el poder de dirección empresarial, determina su contenido, pero también sus límites. El poder de dirección puede ejercerse discrecionalmente, pero no de forma arbitraria¹⁵³⁰, abusiva¹⁵³¹; como de hecho ya había puesto de manifiesto tanto

intención clara y rotunda del legislador de encuadrar la obediencia del trabajador en los límites del ejercicio regular de las facultades empresariales de dirección. Lo que, a sensu contrario, indica, que si el empresario o sus representantes rebasan ese ejercicio regular, impartiendo instrucciones u órdenes manifiestamente ilegales, peligrosas o inconvenientes, el trabajador no se verá obligado a seguirlas". CARRO IGELMO, Alberto José: *El despido disciplinario*. 1ª edición. Granada: Bosch, 1984, p. 83. En la presente investigación se defiende no obstante que aunque en apariencia la orden u obligación jurídica a cumplir provenga de un uso regular por parte del empresario de sus facultades, el trabajador podrá *a priori*, y si se cumplen todos los requisitos para ello, objetar si el cumplimiento de dicha obligación es apta para lesionar su derecho a la libertad religiosa. Obviamente sin perjuicio que posteriormente se tuvieran que ponderar los derechos y bienes en juego.

¹⁵²⁹ "*El fundamento último del deber de obediencia del trabajador se encuentra en que el contrato de trabajo es un contrato de ejecución continuada o de tracto sucesivo - no resolviéndose en una sola prestación sino durando en el tiempo -, y en que las prestaciones no son plenamente determinables de una vez por todas en el comienzo de la relación sino que hay que concretarlas a lo largo de su vigencia. En el ordenamiento jurídico se atribuye al empresario un poder de dirección, como poder de especificación o concreción de la prestación laboral y, como contrapartida del mismo surge un deber de obediencia del trabajador".* AAVV: *Derecho del Trabajo*. 7ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 502.

¹⁵³⁰ "*La interrelación entre poder de dirección y la obligación de obedecer es tan estrecha que exige que ambas esferas en las cuales se desarrolla su ejercicio coincidan perfectamente. De manera que sólo cuando los mandatos del empresario sean fruto del ejercicio legítimo del poder patronal se verá el trabajador en la obligación de acatar sin discusión su contenido. Mientras que si se pretendiera un cumplimiento ciego de las órdenes empresariales, con independencia de que se ciñan a los requerimientos de regularidad que sujetan al poder de dirección, se estaría provocando una inevitable extensión del mismo".* MORATO GARCÍA: *Derecho de resistencia...*, op. cit., p. 61.

¹⁵³¹ Un ejemplo de uso abusivo del poder empresarial de dirección, concretamente de la facultad del *ius variandi*, se puede localizar en la STC 123/1992 de 28 de septiembre (BOE 29 de octubre de 1992): "*La sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el ius variandi, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo. En tal sentido, atenta al recíproco deber*

la jurisprudencia como la doctrina antes de la entrada en vigor de la Constitución y del Estatuto de los Trabajadores¹⁵³².

Ahora bien, es evidente que con la democratización de las relaciones laborales la doctrina del *ius resistentiae* no sólo no se ha abandonado, sino que se ha ampliado y profundizado, tanto por la doctrina de los autores, como por la práctica jurisprudencial; aunque ciertamente en muchas ocasiones de forma tímida. Dicha ampliación de su marco de operatividad no obstante no ha venido acompañado por una sistemática que otorgue a la figura la suficiente fortaleza dogmática y que la aleje definitivamente del voluntarismo judicial que la acompaña en muchas ocasiones, y que la llevan frecuentemente a situarse en una tesitura ligada a una suerte de justicia material en supuestos de hecho en los que se intuye dónde se quiere llegar pero no se acaba de fundamentar suficientemente cómo llegar hasta allí.

de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, como dijo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Sala de lo Social) donde se consideró inviable la sustitución de marineros huelguistas por otra tripulación formada con trabajadores vinculados a la naviera mediante contratos anteriores al conflicto, pero de otros buques. En consecuencia, desde la perspectiva de los principios constitucionales más arriba analizados, en su proyección sobre la situación concreta que es objeto de este proceso, no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, sin que pueda ser incluida esta conducta entre las medidas empresariales de conflicto colectivo que legitima el art. 37 de la Constitución" (Fundamento Jurídico Quinto in fine).

¹⁵³² Así, por aquel entonces se comparaban las facultades del empresario con la actuación administrativa, de acuerdo con la figura de la "desviación de poder": "*De la misma manera que en el Derecho administrativo se ha querido reducir el área de lo discrecional con la teoría de la «desviación de poder» y del «abuso o exceso» de competencia, de igual forma, en Derecho laboral, esa potestad de mando del empresario, o del capataz, o del jefe de talleres, o de cualquiera de los que por delegación la ejerciten, viene siendo reducida a sus justos límites por imperio de la ley y por una inteligente interpretación jurisprudencial. El legislador en los artículos 77 y 78 del texto de 1944, establece unos supuestos que permiten determinar cuándo se da el caso de desobediencia por el trabajador y de abuso por el patrono. Por su parte, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha formulado en numerosas sentencias una amplia exégesis que permite corregir los casos de «desviación, abuso o exceso del poder patronal». Es éste un «poder de organización», de «dirección técnica» del trabajo, y a tal efecto no se le ponen cortapisas ni obstáculos de ningún género; pero si el empresario trata de utilizar sus facultades con un propósito distinto del que el Derecho ordena, y si quiere aprovecharse de su posición preeminente, el mismo Derecho ofrece los medios para evitarlo". PÉREZ BOTIJA, Eugenio: *Contrato de trabajo y Derecho Público (Notas a la ley de 26 de enero de 1944)*. 1ª edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944, pp. 29-30. Nótese que en ningún momento el autor habla de *ius resistentiae* cuando trata de los medios jurídicos para hacer frente a la utilización disfuncional de las potestades empresariales. Ha de tenerse en cuenta el contexto, ya que en el año 1944 aún era reciente la terminación de la contienda civil y la Segunda Guerra Mundial aún no había finalizado. De hecho, unos años antes, dadas las especiales circunstancias, se había dictado el rigorista Decreto de 5 de enero de 1939 regulador de la responsabilidad de las faltas de trabajo. Sobre dicha norma *vid.* CREMADES: *La sanción disciplinaria...*, *op. cit.*, p. 46, y pp. 70-73. Tampoco se dice nada de la posibilidad de desobedecer al explicarse el deber de obediencia del trabajador HERNAINZ MÁRQUEZ: *Tratado elemental...*, *op. cit.*, Al tratarse de una edición de 1961 esa falta de referencia, sin embargo, ya no puede excusarse en el contexto, sino más bien en el tono muy ideologizado del manual; "*El poder de dirección del empresario es un poder discrecional, lo cual supone, partiendo del concepto que de la discrecionalidad ha acuñado la ciencia jurídico-administrativa, que el empresario es libre, ante circunstancias de hecho dadas, de elegir su decisión, que no le viene previamente impuesta por el ordenamiento jurídico. Hay que advertir que, aun no siendo un poder reglado o competencia lée, tampoco es un poder arbitrario, en cuanto que posee límites externos de observancia obligatoria. En algunos casos, incluso, tanto, el ejercicio como el contenido del poder vienen impuestos por el ordenamiento jurídico"*. MONTOYA MELGAR: *El poder de dirección...*, *op. cit.* pp. 29-30.*

Dado el objeto de la presente investigación es menester examinar aquí la naturaleza jurídica del *ius resistentiae* cuando tiene por cometido garantizar en su máximo grado (las modulaciones siempre son posibles) la indemnidad y vigencia del derecho a la libertad religiosa del trabajador. Y el secreto de la naturaleza jurídica de la figura aquí tratada no es otro que el de constituir ni más ni menos que una objeción de conciencia motivada por las convicciones religiosas del trabajador. Una vez la figura del *ius resistentiae* encuentra acomodo en las relaciones laborales de un Estado de Derecho es evidente que no podía ya fundamentarse en los mismos valores y principios jurídicos que bajo el régimen anterior. Aunque su misión es la misma, proteger la dignidad del trabajador, ahora con la vigencia de la Constitución y la plasmación laboral de muchos de sus valores en un Estatuto de los Trabajadores finalidad consiste, aparte de la defensa de un concepto de dignidad conceptualmente diferente y plasmado en el art. 10.1 CE, asimismo en garantizar en lo posible la intangibilidad de los derechos constitucionales que reconoce la Carta Magna, y aquellos derechos humanos recogidos en los textos internacionales y que sean de aplicación al Estado español¹⁵³³. Y entre dichos derechos se encuentra sin duda, como ya se ha tenido ocasión de examinar, el derecho fundamental a la libertad religiosa, uno de los derechos nucleares que junto a la integridad física y algún otro forman el núcleo duro para que se pueda hablar con propiedad de dignidad humana¹⁵³⁴; no tal y como pretendía de forma voluntarista el anteriormente citado art. 75,6 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Es a partir del reconocimiento pleno del derecho a la libertad religiosa por la Constitución, no de un sucedáneo tal y como ocurrió durante el franquismo por razón del Concilio Vaticano II, y de un concepto de dignidad pleno (imposible de reconocer por definición bajo un régimen autoritario) que el *ius resistentiae* encuentra su sentido dogmático en la protección de dicho derecho fundamental. Así, el *ius resistentiae* ha de observarse jurídicamente como una manifestación del derecho a la objeción de conciencia por razón de convicciones religiosas en la relación laboral, aunque la doctrina (laboralista, constitucionalista y eclesiasticista principalmente) no parece haber caído en la cuenta. O bien ha rechazado la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia en la relación laboral más allá de los supuestos constitucional o legalmente previstos; o cuando lo ha reconocido, no lo ha traducido en lo que es, una versión del *ius resistentiae*, y por lo tanto un fenómeno nada novedoso en el ámbito laboral, lo que distorsiona el estudio de su dinámica y límites. El *ius resistentiae* no es más que la desobediencia a obligaciones jurídico-laborales por motivo de la protección de bienes tan preciados como son los derechos fundamentales, la dignidad, algunos derechos ordinarios, o varios de dichos

¹⁵³³ "La doctrina de *ius resistentiae* del trabajador frente a órdenes no regulares es (...) muy anterior a la Constitución y al ET, si bien, naturalmente, la Ley Fundamental y su desarrollo laboral a través del ET y otras normas legales han trazado de nueva planta un firme marco de derechos (fundamentales y ordinarios) de los trabajadores cuya integridad actúa como frontera rigurosa frente al poder del empresario". MONTOYA MELGAR, Alfredo: "Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales", en AAVV: *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 38.

¹⁵³⁴ Al respecto se ha afirmado que "en aplicación del principio *solve et repete*, el trabajador debe obedecer las órdenes dictadas por el empresario, sin perjuicio de su impugnación judicial. Sólo en supuestos claros y flagrantes de irregularidad de estas órdenes puede el trabajador desobedecerlas sin ser sancionado por ello. El ejemplo de estas órdenes irregulares es claro: una orden que vulnere la dignidad del trabajador o su integridad física". GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás: *El despido disciplinario*. 1ª edición. Madrid: Difusión Jurídica, 2008, pp. 80-81.

elementos al mismo tiempo, según ha ido desgranando la jurisprudencia laboral en el tiempo. Así, cuando se protege un derecho fundamental, cual es la libertad religiosa, el *ius resistentiae* adquiere un plus cualitativo, que como tal merece una especial consideración jurídica.

Pues bien, la legislación laboral no prevé de forma explícita el *ius resistentiae*, y ha sido una figura de creación jurisprudencial, que después de la promulgación de la Constitución, de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, y teniendo en cuenta los textos internacionales en la materia, es hora de llamarlo por su nombre: objeción de conciencia por razón de las convicciones religiosas sostenidas por el trabajador, sin necesidad de *interpositio legislationis*; sin necesidad de acudir a una etérea justicia material; o a teorías iusnaturalistas sobre la justicia e injusticia de las obligaciones jurídicas¹⁵³⁵; o a principios de dudosa aplicación en sede laboral, aunque sean plenamente operativos en otros ámbitos jurídicos. Su fundamento jurídico no es más que la plena vigencia del derecho a la libertad religiosa en el puesto de trabajo. De poco serviría que formalmente se reconociera tal derecho a la libertad religiosa y luego no se permitiera al trabajador evitar el cumplimiento de obligaciones jurídicas que potencialmente lo lesionaran. De ahí que el reconocimiento del derecho a objetar en forma de *ius resistentiae*, ahora sí de acuerdo a una dogmática cuyas coordenadas han sido fijadas, deba tener en cuenta todas las precauciones ya señaladas y las que se señalarán más adelante.

Al fin y al cabo, la autotutela de un ciudadano, como lo es por ejemplo el derecho a la legítima defensa propia en el ámbito penal, ha de tratarse con la debida precaución, ya que hay en juego otros derechos y bienes; lo mismo acontece respecto la desobediencia de un trabajador en el ámbito laboral, otra tipología de autotutela, que ha de tener en cuenta como primera precaución que su vigencia (o rechazo) bascule sobre una sistemática suficientemente robusta y que aporte seguridad jurídica. Si se imparte una orden claramente atentatoria del derecho a la libertad religiosa por razones religiosas, pierde todo sentido el aforismo *solve et repete*, y decae buena parte de las reticencias; pues si se cumple la obligación jurídica, por mucho que se reclame después, el daño ya estará hecho: se habrá producido ya de forma inexorable la lesión del derecho fundamental y la afectación de la dignidad.

Por otro lado, si bien el derecho a la libertad religiosa necesitará en ocasiones del auxilio del derecho a la objeción de conciencia ante órdenes empresariales y, en definitiva, respecto al cumplimiento de obligaciones jurídicas que la puedan dañar seriamente; como ya se afirma en otra parte de este investigación, el derecho antidiscriminatorio disfruta de un mayor desarrollado y perfeccionamiento legal. Así, si la orden empresarial es calificable de discriminatoria por razón de convicciones religiosas, o sea contraria al

¹⁵³⁵ "Justice constitutes one segment of morality primarily concerned not with individual conduct but with the ways in which classes of individuals are treated. It is this which gives justice its special relevance in the criticism of law and of other public or social institutions. It is the most public and the most legal of the virtues. But principles of justice do not exhaust the idea of morality; and not all criticism of law made on moral grounds is made in the name of justice. Laws may be condemned as morally bad simply because they require men to do particular actions which morality forbids individuals to do, or because they require men to abstain from doing those which are morally obligatory". HART: *The concept...*, op. cit., pp. 167-168. Por mucho que un trabajador encuentre el cumplimiento de una obligación jurídica es inmoral, o simplemente injusta, no podrá erigirse como Juzgador de qué ha de cumplirse o qué no. Habrá que ir más allá y examinar si existe un peligro para su libertad religiosa, no mero capricho intelectual o una inclinación, ambos muy humanos y comprensibles, pero no jurídicamente legítimos en el ámbito aquí tratado.

segundo inciso del art. 14 CE, entrará en juego el art. 17 ET y dicha orden habrá de reputarse nula; y lo mismo ocurrirá respecto cualquier obligación jurídica nacida de las fuentes de obligaciones descritas en dicho precepto. El problema surgirá cuando aún siendo claramente discriminatoria haya de cumplirse de forma inminente. En tal caso, el derecho a la objeción de conciencia podrá auxiliar asimismo a la tutela antidiscriminatoria, en la que se insertará¹⁵³⁶.

Es más, dando un paso más, aquí se defiende que el trabajador podría ejercer su derecho a la objeción de conciencia si con ello se protege el derecho a la libertad religiosa de otro trabajador, el empresario o un tercero. Claro está, que para que tal ejercicio sea lícito se debería constatar el nexo de causalidad, extremo nada fácil excepto en los supuestos más sangrantes. Salvo en casos muy evidentes, en teoría el trabajador estará en mucha mejor posición de analizar *ex ante* si el cumplimiento de la obligación supondrá la lesión del derecho a la libertad religiosa propia, que en el caso del surgimiento de un riesgo respecto a una persona diferente.

Como se ha dejado dicho, una vez vigente la Constitución, los Tribunales del orden social han continuado aplicando y desarrollando la tesis del *ius resistentiae*, pero siempre basculando con el principio del *solve et repete*, principio que evidentemente tampoco ha quedado exento de críticas por parte de la doctrina¹⁵³⁷. Como se podrá inferir de un breve repaso de varias de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los últimos años, lo dicho hasta aquí encuentra fácil acomodo sin forzar en demasía la doctrina sentada hasta la actualidad. Cuestión distinta es que obviamente no se hayan utilizado los mismos términos que aquí (objeción de conciencia, nexo de causalidad, *ultima ratio*, etc.), pero los parámetros son semejantes. Reitérese una vez más que la desobediencia en sí no está prevista de forma expresa en la ley, por lo que la construcción jurisprudencial del *ius resistentiae*, cuando afecte a derechos fundamentales encuentra un acomodo perfecto en sede del derecho a la objeción de conciencia¹⁵³⁸; y de este modo se ayuda al

¹⁵³⁶ "Es indudable que las órdenes empresariales contrarias al art. 14 de la CE no deben ser obedecidas. El mandato empresarial discriminatorio o arbitrario, como contrario a la Constitución que es, está comprendido entre los supuestos que la jurisprudencia viene considerando como causas del *ius resistentiae* del trabajador. Ello ha de decirse, además, de forma más rotunda todavía a como se hace frente a las órdenes ilegales o abusivas". MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel: *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. 1ª edición. Barcelona: CEDECS, 1998, p. 205.

¹⁵³⁷ En contra del postulado *solve et repete* como una cuestión ya de lo que su dinámica represente: "Además de ampliar el ámbito de ordenación empresarial, el *solve et repete* lleva el análisis de la regularidad de la orden a un terreno jurídico favorable para el empresario, puesto que el conflicto se materializa no en una denuncia, aun cuando sea posterior, de la orden por parte del trabajador, sino en el marco del despido realizado por el empresario ante la desobediencia de aquél. Con lo cual, el objeto de análisis no es la procedencia o no de la orden, sino si existió o no desobediencia sancionable con el despido, que son dos cosas muy diferentes desde la perspectiva del *solve et repete*. Así, lo que se enjuicia no es el comportamiento del empresario sino del trabajador. Y lejos de entrar en los requisitos de la orden, si ésta era regular y legítima, este principio supone teóricamente el estricto análisis de los de la desobediencia, si ésta era suficiente o no para despedir, si era grave, trascendente y culpable, unos requisitos que, por otra parte, parten ya de la obligación que tenía el trabajador de haber obedecido la orden". ROMÁN DE LA TORRE, M^a. Dolores: *Poder de dirección y contrato de trabajo*. 1ª edición. Valladolid: Grapheus, 1992, p. 354.

¹⁵³⁸ No es baladí recordar una vez más, y más allá de la jurisprudencia, que la doctrina más autorizada entiende que cabe la desobediencia cuando se puedan infringir derechos fundamentales: "El trabajador está facultado (y obligado) para no cumplir órdenes de contenido ilícito - que le llevarían a él mismo a incurrir en responsabilidad -; y, específicamente, no tiene el

órgano jurisdiccional a deslindar qué supuestos merecen la excepción a la regla general de obediencia y cuáles no, con la que se gana seguridad jurídica¹⁵³⁹, además de reforzar un mecanismo que sin duda contribuye a igualar a las partes en la relación laboral¹⁵⁴⁰.

Al fin y al cabo, ha de traerse a colación aquí la STC 154/2002 de 18 julio (BOE 7 de agosto de 2002), que relativiza las obligaciones nacidas de la legalidad ordinaria: *“Los derechos y obligaciones que surgen en el ámbito de las relaciones humanas – concretados por las normas que estructuran la llamada legalidad ordinaria– son válidos y eficaces en la medida en que su contenido no rebasa el marco constitucional, respetando los límites propios de los derechos fundamentales”* (Fundamento Jurídico Undécimo). Pues bien, en su momento ya se tratará del art. 38 CE, pero en general la mayoría de elementos del contrato de trabajo, y los principios contractuales, pivotan sobre la legalidad ordinaria, por lo que están especialmente sometidos a los derechos constitucionales.

Así, la STS 20 mayo 1980 (RJ 1980, 2210) recordó, citando jurisprudencia anterior, que el principio *solve et repete* estaba sujeto a excepciones: *“las órdenes e instrucciones que emita se encuentren dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con la legalidad. De ahí que si el empresario se excede de los límites de autoridad que tiene marcados por las normas legales puede el trabajador desobedecer legítimamente sus órdenes sin incurrir en infracción; y aunque la norma general sobre este particular sea la de que el trabajador debe, ante todo, obedecer, porque a ello obliga el más elemental concepto de la disciplina, y luego acudir ante el Organismo competente para que resuelva la queja sobre los supuestos derechos invocados por el trabajador, la pertinencia de la aplicación de esta doctrina ha de decidirse teniendo en cuenta las particularidades del*

deber de obedecer aquellos mandatos que sean vulneradores de sus derechos fundamentales: integridad personal, honor, intimidad y derecho a la propia imagen, libertad de expresión, igualdad, etc. En la práctica, la desobediencia - justificada en unos casos, no tanto en otros - a tales mandatos puede lugar a medidas sancionadoras (incluido el despido), frente a las cuales el trabajador puede asimismo invocar, judicialmente primero y luego en amparo constitucional, la lesión de su derecho fundamental”. MONTROYA MELGAR: *“Libertad de empresa...”*, en AAVV: *Libertad de empresa...*, op. cit., p. 38. De dicho postulado doctrinal se infiere lo que ya se ha dejado dicho: que la objeción de conciencia también cabe en aquellos casos en que el trabajador con el cumplimiento de la obligación jurídica pueda vulnerar el derecho a la libertad religiosa de otra persona.

¹⁵³⁹ De hecho, con un grado mayor de seguridad jurídica los sujetos privados podrán incluso rehuir a acudir a la jurisdicción, para acudir a ella en los casos más complejos: *“In fact all systems, in different ways, compromise between two social needs: the need for certain rules which can, over great areas of conduct, safely be applied by private individuals to themselves without fresh official guidance or weighing up of social issues, and the need to leave open, for later settlement by an informed, official choice, issues which can only be properly appreciated and settled when they arise in a concrete case”*. HART: *The concept...*, op. cit., p. 130.

¹⁵⁴⁰ *“Si se observa de cerca el reconocimiento del ius resistendae, además de poder ser defendido desde el estricto plano de legalidad, es también una técnica que puede ofrecer ventajas sin aumentar los inconvenientes. El derecho del trabajador a desobedecer las órdenes que a su juicio no son regulares dejando así sin ejecutividad a aquéllas, es un modo de repartir más equitativamente los riesgos en el desarrollo de la prestación laboral. De un lado, el ius resistendae no exime al trabajador del riesgo de que su negativa sea considerada como causa de despido posteriormente por una sentencia que estime regular la orden del empresario generadora por tanto de obligación de cumplimiento. Riesgo que será tenido en cuenta a la hora de negarse al cumplimiento de la orden, impidiendo preventivamente y hasta cierto punto consideraciones arbitrarias o poco fundadas acerca de la pretendida irregularidad. No puede olvidarse que hoy por hoy sigue siendo un alto riesgo, a la vista de las interpretaciones jurisprudenciales”*. ROMÁN DE LA TORRE: *Poder de dirección...*, op. cit., p. 372.

caso concreto de que se trate, que imponen una precisa aplicación de una cierta sanción a una cierta infracción, por lo que no siempre es posible seguir la regla general". Y así debe ser, ya que como se ha dejado dicho, la desobediencia ha de ser siempre la excepción a la regla general de obediencia. Además, la concurrencia de una simple irregularidad respecto las obligaciones jurídicas a cumplir nunca debe servir de excusa a su cumplimiento.

En la STS de 15 octubre 1982 (RJ 1982, 6173) se exponen algunas de las causas por las cuales en opinión del Alto Tribunal el trabajador podría desobedecer de forma justificada: *"el deber de obediencia aparece recogido en el art. 5.c) del Estatuto de los Trabajadores, que obliga al trabajador a cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, obligación que por otra parte, tiene su manifestación específica en el art. 20.1 del propio Estatuto, en cuanto la prestación convenida del servicio ha de hacerse «bajo la dirección del empresario o persona que éste delegue», y que se reitera en el núm. 2.º del art. 20, sin que en la conducta del trabajador concurren los supuestos que le eximieran de la obligación de obedecer, dado que ni el firmar los partes de producción entrañaba realización de actos ilícitos, inmorales o prohibidos, ni las órdenes dadas por el Gerente de la empresa, interferían para nada en la vida privada del trabajador; ni el cumplimiento de tales órdenes comportaba riesgo alguno para su integridad física o moral; ni dicho incumplimiento implicaba un atentado a la capacidad y formación técnica del demandante; ni suponían una transgresión grave de la legalidad aplicable"*. Como se puede apreciar, la sentencia otorga un margen apreciable a la desobediencia justificada, aunque curiosamente no cita ningún precepto constitucional de los que se verían afectados si la orden empresarial incidiera en la vida privada del trabajador (art. 18 CE) o se pusiera en riesgo su integridad física (art. 15 CE). De hecho el Tribunal argumenta que el trabajador tenía razón al desobedecer, pues se pretendía por parte de la empresa que firmara un parte de producción ilegal.

En la STS de 2 noviembre 1983 (RJ 1983, 5563) se defiende la plena vigencia del principio *solve et repete*: *"conforme dispone el art. 5 ap. c) del citado Estatuto, los Trabajadores tienen como deberes básicos, entre otros, cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, y ciertamente correspondía a la dirección de la empresa, accediendo a la solicitud de los padres de los alumnos del centro de enseñanza suspendidos, ordenar impartir clases de recuperación durante todo el mes de julio, puesto que ese deber de obediencia no autoriza a desatender las órdenes de quien está investido en la empresa para darlas, ni siquiera so pretexto de la improcedencia de aquéllas, ya que es regla general, deducida de la normal subordinación jerárquica, la del acatamiento de la orden y la impugnación posterior en forma, si aquella no se ajusta a derecho, por lo que la conducta de los demandantes al negarse a impartir durante el mes de julio clases a los alumnos del centro de enseñanza de la demandada que habían sido suspendidos, debe ser incardinada en aquella justa causa de despido del art. 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores"*. Al mismo tiempo, según STS de 24 octubre 1985 (RJ 1985, 5206) se incurre en desobediencia sancionable cuando tiene lugar una *"resistencia decidida, persistente y reiterada al cumplimiento de órdenes precisas emanadas del empresario en el ejercicio normal y regular de sus facultades de dirección que el trabajador está obligado a obedecer"* (Fundamento de Derecho Segundo).

En la STS de 26 febrero 1985 (RJ 1985, 920) se reitera la doctrina del *solve et repete*, pero en este caso cabe destacar que existía un peligro evidente de accidente de trabajo

en un buque, por lo que la desobediencia afectaba directamente a la seguridad de los trabajadores: *"el trabajador no puede desatender, bajo pretexto de improcedencia, las órdenes de quien, en la empresa tiene el poder para cursarlas en razón a la facultad de dirección que le incumbe recogida en el precitado artículo 20, sino que debe ante todo acatarlas, subordinando su apreciación, subjetiva a la necesaria dependencia de la jerarquía empresarial, sin perjuicio de reclamar ante los Organismos competentes si estima que fueron conculcados sus derechos -SS. de 20 de enero y de 12 de febrero de 1981 y y 2 de noviembre de 1983-, máxime si tales órdenes proceden, como en el presente caso ocurre, del capitán de un buque que ostenta el mando y consiguientemente la responsabilidad en cuanto a la seguridad de la nave y de las personas y cosas que lleva a bordo, por lo que la disciplina y autoridad ha de ser mantenida con un mayor rigor"*. Como se dirá en su momento, la obediencia a las obligaciones jurídicas pueden suponer un claro límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y, cómo no, al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. Téngase en cuenta que al eventual derecho a desobedecer por parte del trabajador se enfrentan otros derechos fundamentales, como es, por ejemplo, el derecho a la integridad física (art. 15 CE). En un sentido parecido, también en el ámbito marítimo, STS de 19 febrero 1985 (RJ 1985, 665) y STS de 9 junio 1987 (Fundamento de Derecho Cuarto, RJ 1987, 4315)¹⁵⁴¹.

En la STS de 8 julio 1986 (RJ 1986, 3985) se reitera el *solve et repete*, salvo que el empresario incurra en un manifiesto y objetivo abuso de derecho: *"La desobediencia no puede determinar el despido más que cuando se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el art. 5 del Estatuto de los Trabajadores -sentencias de 30 de marzo de 1984 y de 27 de junio de 1985, a título de ejemplo-. Ante el mandato (salvo que ofrezca por sí mismo un manifiesto y objetivo abuso de derecho) el empleado ha de obedecer, sin perjuicio de utilizar los medios legales procedentes frente a ella -sentencias de 27 de junio de 1984 y 26 de abril de 1985, entre otras muchas-. Resolviendo sobre un traslado, dispuesto para la misma localidad, la sentencia de 10 de junio de 1985 justificó el despido aplicado por desobediencia, en que las alegaciones del trabajador en apoyo de su actitud, en el sentido de que desconocía la función a realizar en el nuevo centro de trabajo, no son atendibles, porque el momento de la incorporación es el oportuno para conocer esa función y reaccionar, en tiempo y forma, si se da una alteración de los elementos esenciales de la relación laboral; puesto que «... la desobediencia no puede minimizarse al amparo de una duda, siquiera sea razonable ...» -sentencia de 23 de octubre de 1984-*". Al ponderar derechos y bienes jurídicos, ha de determinarse si uno de los sujetos que opone su derecho está abusando de tal derecho en su ejercicio.

La STS de 7 marzo 1986 (RJ 1986, 1277) cita límites al deber de obediencia, como son los derechos irrenunciables del trabajador (en tal concepto se puede incluir sin problema los derechos fundamentales, como el de libertad religiosa) o, por ejemplo, si concurren circunstancias de peligrosidad, que aunque no se diga expresamente afectarían al derecho fundamental contenido en el art. 15 CE: *"el trabajador debe obedecer las decisiones del empresario que se encuentren dentro del marco del ejercicio regular de sus facultades directivas, e incluso debe cumplirlas en el supuesto de que las considere desacertadas o incorrectas, pues las ha de acatar para no incurrir en indisciplina o*

¹⁵⁴¹ En materia de desobediencia en el caso de riesgo grave e inminente *vid.* MORATO GARCÍA: *Derecho de resistencia...*, *op. cit.*, pp. 241-314.

desobediencia sancionable con el despido, sin perjuicio de que pueda utilizar los medios legales procedentes contra ellas ante los órganos y por el cauce que corresponda"; no obstante "se exceptúa de este deber de obediencia, cuando las órdenes del empresario afecten a derechos irrenunciables del trabajador, al ser ilegales, o si concurren circunstancias de peligrosidad y otros análogos que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer la orden de la empresa" (Fundamento de Derecho Tercero).

La STS de 29 enero 1987 (RJ 1987, 298) integra los motivos que justifican la desobediencia dentro del contexto de su explicación sobre los caracteres que ha de reunir un supuesto de hecho para poder ser procedente el despido de un trabajador por causa de una eventual desobediencia: *"La jurisprudencia de la Sala, en las sentencias que se citan en el motivo tercero y en otras más recientes entre las que pueden mencionarse las de 19 de junio de 1982, 19 de octubre de 1983, y 28 de marzo y 26 de abril de 1985, ha establecido que no toda desobediencia puede constituir causa determinante del despido, sino sólo aquella que, teniendo en cuenta la materia y ocasión en que se produce y las personas implicadas, evidencia una voluntad clara, cierta, terminante y firme de incumplir los deberes laborales; incumplimiento que debe reunir, además, los requisitos de ser grave, trascendente e injustificado; grave, en la medida en que una simple desobediencia que no encierre una actitud exageradamente indisciplinada no puede ser castigada con el despido; trascendente, en cuanto que produzca un perjuicio para la empresa, e injustificada, porque si concurre una causa incompleta de justificación ha de merecer una sanción menor que la extinción de la relación laboral, entendiéndose que existe una justificación no ya completa, sino total, cuando las órdenes del empresario lesionan los derechos irrenunciables del trabajador, son manifiestamente ilegales o implican la concurrencia de circunstancias de peligrosidad y en otros supuestos análogos que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer las órdenes de la empresa -sentencias de 7 de marzo y 30 de abril de 1986" (Fundamento de Derecho Segundo).* En este supuesto se vuelve a mencionar como motivo de desobediencia la lesión de derechos irrenunciables, pero sin mencionar qué derechos podrían ser aquellos en concreto; ya que, como es conocido, los derechos irrenunciables pueden ser de diversas tipologías y poseer diferentes naturalezas más allá de dicha característica de la irrenunciabilidad. Es de resaltar también que la sentencia, como toda justificación de la mención de dichos supuestos y no de otros, alega doctrina jurisprudencial anterior, pero en ningún caso intenta fundamentar jurídicamente su postura; cuando a todas luces resulta evidente que la teoría gradualista de las sanciones no llega a explicar tal aspecto, sino que se limita a ser una aplicación del principio de proporcionalidad a supuestos en que sí se sanciona la desobediencia. Además, de forma consciente obvia considerar tales supuestos como un *numerus clausus*, ya que hace referencia expresamente a que son posibles *"otros supuestos análogos que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer"*, pero no exterioriza qué elementos razonablemente justificarían la desobediencia. De ahí que se reitere una vez más la necesidad de que los órganos jurisdiccionales cuenten con una dogmática sobre la desobediencia, al menos cuando haya afectación de derechos fundamentales. En la sentencia comentada se contiene una referencia a la protección de la salud del trabajador (Fundamento de Derecho Tercero), pero no realiza ningún intento expreso de conectar la posición jurídica sostenida con el derecho fundamental del art. 15 CE. En todo caso es lógico que se utilice la doctrina del *ius resistentiae* de forma reiterada e indiscutida para proteger el derecho a la integridad psicofísica contenida en el art. 15 CE. Si se

obedeciera la obligación jurídica y el trabajador resultara lesionado, de poco serviría reclamar luego, pues el daño ya estaría hecho¹⁵⁴². Con el derecho a la libertad religiosa ocurre lo mismo. El problema es que en este caso el daño es menos evidente, porque no es físico, material, visible a simple vista, pero el daño se materializa igualmente si no se opta por la desobediencia.

La STS de 6 abril 1987 (RJ 1987, 2349) supone un ejemplo claro de sentencia con argumentación minimalista. Se sobreentiende que se justifica la desobediencia de un representante de los trabajadores en ejercicio de su cargo, pero se deja bastante a la imaginación cuando un supuesto de desobediencia que alcanza el Tribunal Supremo merecería sin duda un mayor esfuerzo en la argumentación esgrimida tendente a justificar por qué se entiende justificada la aplicación de una regla especial, excepcional, cual es la aceptación de una desobediencia ante un mandato empresarial (prohibición expresa de acudir a una reunión).

La Sentencia de 25 junio 1987 (RJ 1987, 4636) goza de la virtud de resumir la jurisprudencia anterior en materia de desobediencia (Fundamento de Derecho Tercero)¹⁵⁴³. Por otro lado, en la STS de 21 septiembre 1987 (RJ 1987, 6229) se aplica en toda su amplitud el principio *solve et repete*, aunque se advierte que la desobediencia es posible si es justificada: "*la actuación del recurrente negándose a ejecutar menesteres que estaban dentro del organigrama de la empresa y que había venido realizando implican un quebranto de la disciplina y un empleo de «vías de hecho» que está lejos de la obligación del trabajador de cumplir las órdenes, en tanto no afecten a su dignidad o*

¹⁵⁴² En tal sentido la doctrina ha defendido el reconocimiento del *ius resistentiae* cuando por el empresario se pretenda una prolongación de la jornada y el trabajador por causa de una patología esté incapacitado para rendir durante toda la jornada sin riesgo para su salud, o cuando la prolongación de la jornada le pueda provocar la exposición a padecimientos innecesarios. En dicho sentido RIVAS VALLEJO, Pilar: "Derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales a la luz de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014, pp. 12-13.

¹⁵⁴³ Tales motivos de desobediencia también son resumidos por la doctrina, por ejemplo, en BAYÓN CHACÓN, Gaspar y PÉREZ BOTIJA, Eugenio: *Manual de Derecho del Trabajo*. Volumen II. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1978, pp. 386-387. Dichos autores, como no puede ser de otro modo, parten de la regla general: obligación general de obedecer. Pero seguidamente desglosan todos los motivos que exceptuarían la norma general: desobediencia técnica, comisión de delito, etc. Eso sí, de modo correcto se hace hincapié sobre las normas de seguridad, cuya regla de cumplimiento es rigorista: "*Constituyen casos de obediencia especial todas las medidas de seguridad, que deben ser rigurosamente observadas, en virtud del párrafo primero del art. 69 LCT, la cual, en cambio, no regula la obediencia subjetiva ni sus límites, sino a través del deber de las normas generales al comienzo citadas*" (p. 387). Para un resumen de los motivos aceptados de desobediencia ya bajo la vigencia del Estatuto de los Trabajadores *vid.* ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 456-457. Al respecto es menester resaltar dos cuestiones: 1) si la desobediencia tiene lugar por razón de un peligro, dicho peligro se estima que debe ser efectivo y próximo; lo que confirma una vez más la necesidad de la existencia de un nexo de causalidad, como relación de causa-efecto entre el cumplimiento de la obligación y el eventual daño del trabajador según la información de que se disponga *ex ante*; 2) el autor hace una referencia a la esfera personal del trabajador, pero no entra en el fondo: "*Un problema delicado se plantea también en aquellos casos en los que puede surgir un choque o contradicción entre los mandamientos de un empresario y la ideología personal del interesado obligado a obedecer. Toca aquí el problema a la esfera de la libertad personal*" (p. 456). Un resumen un poco más moderno en AAVV: *Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, pp. 503-504. Y mucho más actual en MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes: "Obligaciones del trabajador en la relación de trabajo", en AAVV: *El contrato de trabajo. Vol. II. Régimen general del contrato de trabajo*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2010, pp. 609-610.

integridad personal, sin perjuicio del derecho a promover por el cauce legal el reconocimiento y atribución de lo que cree le corresponde". En parecido sentido la STS de 9 octubre 1989 (RJ 1989, 7133): "En estas circunstancias, acreditada la posibilidad de una normal realización de la labor y no acreditada la exigencia de una diligencia extraordinaria, la discrepancia sobre la licitud de las órdenes de la empresa debió resolverse mediante el ejercicio de la acción correspondiente ante este orden jurisdiccional o recurriendo en su caso a las formas colectivas de conflicto que reconoce nuestro ordenamiento, pero no mediante la negativa abierta y reiterada a realizar el trabajo encomendado que resultaba atendible sin riesgos para la integridad y la dignidad de la trabajadora".

En cambio, en la STS de 4 febrero 1988 (RJ 1988, 572) se estima que la desobediencia del trabajador estuvo justificada, aunque con una argumentación jurídica mínima: "Se aplicaron indebidamente los preceptos que se afirman infringidos debiendo estimarse el recurso, máxime cuando conforme el artículo 5 apartado c) del Estatuto de los Trabajadores si los empleados tienen la obligación de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario, ello ha de ser siempre que éstas estén dadas en el ejercicio regular de sus facultades directivas, pues, también se reconoce a aquéllos cuantos derechos se deriven de su contrato de trabajo -artículo 4.2.b) del mismo cuerpo legal".

La STS de 29 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2366) es relevante porque pondera los derechos en juego ante una desobediencia de varios trabajadores: "Hay que entender que la conducta de la empresa que, frente a una colisión de intereses apela exclusivamente a los suyos, olvidando los derechos de los trabajadores, sin ofrecer alternativa que los cohoneste y armonice, no resulta acorde con la exigencia de actuar conforme a los dictados de la buena fe que también obliga al empresario y con el ejercicio «regular» de sus facultades de dirección (art. 20,2 del Estatuto de los Trabajadores). Por lo que, aun cuando objetivamente y en un plano aislado la conducta de las actoras pueda constituir una desobediencia e indisciplina subsumible en el invocado art. 54,2,b), el elemento subjetivo de la culpabilidad ha quedado sensiblemente atenuado en el presente caso". Así pues, en puridad no se exime a los trabajadores de obedecer el mandato empresarial, sino que simplemente a la vista de las circunstancias realiza una operación de concurrencia de culpas que atenúa fuertemente el *ius puniendi* empresarial. Es de destacar la relevancia que posee el principio de buena fe en la ponderación de derechos y bienes.

Por si no fuera lo suficientemente difícil construir una dogmática sobre el *ius resistentiae*, a ello cabe añadir que al no discutirse frecuentemente derechos fundamentales en los casos examinados, raramente acceden a la casación por unificación de doctrina, porque los casos son conocidos bajo la modalidad procesal especial de despido o de impugnación de sanciones. De este modo, en contraposición con un buen número de autos dictados por el Tribunal Supremo declarando la falta de contradicción necesaria para acceder a la casación para la unificación de doctrina; las colecciones de jurisprudencia contienen una plétora de sentencias dictadas en suplicación por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia en materia de *ius resistentiae* que han aplicado la doctrina ya citada del Tribunal Supremo, con referencias ocasionales a la doctrina constitucional si se entiende que algún derecho fundamental entra en juego. En todo caso, la doctrina jurisprudencial como la de los autores se ha mantenido constante

según las cauces ya explicados¹⁵⁴⁴. Al respecto se puede citar la STSJ de Cataluña núm. 6979/1999 de 13 octubre (AS 1999, 3345), que recuerda el casuismo del que debe partirse, de allá la dificultad o incluso imposibilidad de cualquier actividad casacional al respecto: *"Es cierto que esta Sala ha venido sosteniendo siguiendo una doctrina jurisprudencial que por reiterada exime de cita concreta que el trabajador, sin perjuicio de reclamar oportunamente y en su caso ejercitar las acciones que pudieran corresponderle, no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones sino que ante una orden del empresario dentro del ámbito y organización del trabajo, lo que debe hacer, salvo que la misma pueda comportarle riesgos evidentes o sea ilegal o atentatoria a su dignidad, es cumplirla, pero lógicamente esta doctrina general debe ser puesta en relación con el supuesto individual que juzga"* (Fundamento de Derecho Tercero).

La STSJ de Cantabria núm. 858/2000 de 17 agosto (AS 2000, 3145) analiza el caso de una ayudante de camarero que acudió a un establecimiento de *piercing* donde procedieron a colocarle un aro en la nariz, advirtiéndole de que era contraproducente removerlo antes de que transcurriera el período de cicatrización que duraba unos veinte días. Por razones de imagen la empresa ordenó en varias ocasiones a la actora que se quitara el aro de la nariz, indicando ésta que no podía hacerlo por el momento. Por las razones del supuesto no se pondera el derecho a la imagen de la trabajadora respecto a la imagen en el sector de la hostelería sino si era legítima la desobediencia de la trabajadora frente a la orden de remover el aro de la nariz. Para el Tribunal el ejercicio del *ius resistentiae* estaba justificado por depender de la desobediencia el derecho a la integridad física: *"la negativa está fundada en la eventualidad de que se produjera una lesión para la propia salud o aspecto físico si no le podía retirar el pendiente mientras no cicatrizase la herida. La desobediencia, para que opere como causa de despido, exige que sea grave, trascendente e injustificada (...) y si bien el trabajador no puede exigirse en definidor de sus propias obligaciones, porque, ante una orden encuadrada en la empresa, lo primero es cumplirla, es posible que, como sucede en este supuesto, la orden pueda comportar riesgos inminentes para el operario. En definitiva, sólo se exceptúan del deber de obediencia las órdenes del empresario que afectan a derechos irrenunciables del trabajador, afecten a su dignidad, sean ilegales o, como se aprecia en el caso analizado, concurren circunstancias de peligrosidad u otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer la orden de la empresa"*.

En la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 1183/2006, de 6 julio (JUR 2006, 270189), se afirma que *"el ejercicio regular de las funciones directivas por parte del empresario se erige en la línea fronteriza de la desobediencia injustificada"*. Y a renglón seguido se citan los motivos habituales que justifican la desobediencia: *"cuando las órdenes del empresario lesionan los derechos irrenunciables del trabajador, atentan a su dignidad, sean manifiestamente ilegales o implican la concurrencia de circunstancias de peligrosidad y en otros supuestos análogos que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer las órdenes de la Empresa"*. En el mismo sentido la STSJ Andalucía (Sevilla)

¹⁵⁴⁴ El estado de la doctrina se resume del siguiente modo: *"El poder de dirección ha de respetar los límites internos, en cuanto que ha de ser ejercido de forma regular. De esta manera, cualquier orden dictada por quien no esté legitimado para hacerlo, las órdenes abusivas, las que imponen conductas antijurídicas, nocivas o técnicamente incorrectas tendrá como consecuencia jurídica la declaración de nulidad; además el incumplimiento por parte del trabajador estará justificado"*. GARCÍA VIÑA, Jordi: "La organización del trabajo en la empresa (I). El poder de dirección", en AAVV: *Derecho del Trabajo*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 405.

núm. 757/2015 de 12 marzo (JUR 2015, 138625) o la STSJ Madrid núm. 446/2015, de 22 mayo (JUR 2015, 161030): *"Nos recuerda también constante jurisprudencia que para poder aceptarse el ius resistentiae del trabajador es necesario la orden recibida sea manifiestamente ilegal, atente a su dignidad, sea abusiva en extremo o bien ponga en peligro la seguridad e integridad física del trabajador, rigiendo en caso contrario el principio consagrado por la jurisprudencia laboral solve et repete, según el cual el trabajador no puede desatender, bajo pretexto de improcedencia, las órdenes de quien en la empresa tiene el poder de cursarlas en razón de la facultad de dirección que le incumbe, subordinando su apreciación subjetiva a la necesaria dependencia de la jerarquía empresarial, y todo ello sin perjuicio de reclamar ante los organismos competentes si estima que fueron conculcados sus derechos"*.

Muy relevante es la STSJ de Islas Baleares núm. 429/2009, de 19 de octubre (AS 2009, 2588), que afirma la siguiente doctrina, plenamente coherente con los argumentos expuestos en el presente apartado en favor del ejercicio del *ius resistentiae* cuando peligra un derecho fundamental: *"La desobediencia del trabajador está plenamente justificada, pues la regla «solve et repete» cede cuando se trata de órdenes que vulneran derechos fundamentales de manera manifiesta y tal es el caso de autos en que se requirió al demandante para un servicio mínimo sin que se tratara de tal cosa de manera manifiesta y notoria, no estando obligado el demandante a realizar ninguna otra clase de servicio sin grave quebranto de su derecho constitucional a la huelga"*.

En materia de desobediencia es clásico citar la conocida, y no menos polémica, STC 99/1994, 11 de abril (BOE 17 de mayo de 1994). La sentencia analiza un tema que está muy en boga en la actualidad, que es el derecho a la imagen del trabajador. Ahora bien, el trabajador no prestaba servicios en un ámbito en el que se explote tradicionalmente la imagen. Con motivo de la muestra sobre el jamón ibérico a los medios de comunicación y autoridades autonómicas de una Consejería de Agricultura para la presentación de la denominación de origen del jamón de bellota, fabricado por la empresa en la que prestaba sus servicios el solicitante de amparo, éste fue reiteradamente requerido por aquélla para que realizara el corte de jamón dada su destreza en dicho cometido. Requerimiento al que se negó el trabajador, alegando que bajo ningún concepto deseaba que su imagen fuese captada fotográficamente, por lo que la empresa procedió a despedirle. En su Fundamento Jurídico Tercero el Tribunal argumenta que de acuerdo con la legalidad ordinaria, parece ser que el trabajador debía cumplir la orden, pues así lo decidieron los órganos jurisdiccionales del orden social. Ahora bien, entiende el Tribunal que es menester analizar si el trabajador debía ejecutar la orden desde un punto de vista constitucional, recordando su doctrina de que los derechos fundamentales siguen siendo vigentes en sede laboral y teniendo presente que *"no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE)"* (Fundamento Jurídico Cuarto).

En opinión del Tribunal no consta que el trabajador, deshuesador de jamones, tuviera asignada, explícita ni implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto, ni que éstas fueran componentes imprescindibles o habituales de las funciones que debía desarrollar. Por lo tanto el vínculo contractual originario no puede considerarse, por sí sólo y sin otra consideración adicional, cobertura suficiente para la orden dada. Así pues, el Tribunal entiende que *"la posición de la empresa no*

podría legitimarse por la sola orden dada al trabajador; era preciso, además, que se pusiera de manifiesto la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador -y no otro, o de otra manera- cumpliera la orden dada, en los términos en que se le dio, dadas las circunstancias concurrentes en el caso y en la empresa concreta. (...) No basta con que la orden sea, prima facie, legítima; es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial" (Fundamento Jurídico Séptimo).

Ciertamente, la doctrina del Tribunal ha sido criticada, ya que el máximo intérprete de la Constitución parece descender del control de constitucionalidad al de legalidad ordinaria, aunque lo niegue el mismo Tribunal, como se ha visto¹⁵⁴⁵. Ahora bien, interesa resaltar aquí, una vez más, cómo una orden empresarial *a priori* legítima desde un punto de vista de legalidad, puede ser potencialmente vulneradora de un derecho constitucional, lo que podría justificar su desobediencia.

5.2.4. Límites a su ejercicio y ponderación de derechos

En otro apartado ya se han puesto de manifiesto cuáles son los límites de la objeción de conciencia, que serán de aplicación en los denominados *supuestos atípicos*. De este modo, que se cumplan los requisitos explicitados anteriormente (como la eventual afectación del derecho fundamental a la objeción de conciencia si no se incumple la obligación jurídica, o el principio de subsidiariedad una vez agotados otros recursos disponibles) no es garantía de que el trabajador pueda ejercer el derecho a la objeción de conciencia. Se deberán tener en cuenta los límites de la objeción de conciencia y, al mismo tiempo, también los límites del ejercicio del derecho a la libertad religiosa en la relación laboral, que se analizarán al tratar de tal derecho.

Que se tengan en cuenta los límites propios de la objeción de conciencia viene motivado por el carácter autónomo, pero no fundamental del derecho, por su propia dinámica jurídica. Ahora bien, como se ha explicado, el derecho a la objeción al mismo tiempo tiene por finalidad proteger otro derecho, el derecho a la libertad religiosa, por lo que

¹⁵⁴⁵ La doctrina ha criticado que el Tribunal Constitucional entre a analizar la legalidad ordinaria, ya que según dicho Tribunal no cabía calificar la negativa del trabajador como carente de una base objetiva y real: "*En este punto es donde quiebra el razonamiento jurídico del Tribunal, que abandona el plano en el que necesariamente debe moverse (...), para situarse en otro plano que le es impropio: el de la legalidad ordinaria. Pues el tema constitucional no es el de mayor o menor razonabilidad de la orden patronal y de su ulterior desobediencia, estimada a través del canon de las necesidades organizativas de la empresa, en cuya valoración se centra, excediendo de sus atribuciones, la sentencia comentada, a cuyo juicio la empresa no acreditó la «necesaria restricción del derecho», la «necesidad organizativa estricta de que ese trabajador ... cumpliera la orden dada», que la orden fuera «la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial», etc. Aparte de la peligrosidad de la tesis que parece subyacer en esta argumentación (según la cual los derechos fundamentales del trabajador cederían siempre que el empresario acreditase necesidades estrictas para ello) el tema no es éste; el tema de amparo es si hubo o no intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen; y sí, como creemos, no la hubo, sobran todas las exigencias de demostración de la necesidad organizativa de la orden, sólo pertinente en el proceso ordinario (...)*". MONTROYA MELGAR, Alfredo: "Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen (sobre la STC 99/1994, de 11 de abril)". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1996, núm. 75, pp. 165-166. Otro comentario sobre la misma sentencia en LAFUENTE CUBILLO, Ana Isabel: "Sobre el derecho a la propia imagen". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1995, núm. 71, pp. 467-472.

dicha naturaleza instrumental por su finalidad provoca que haya de someter asimismo su ejercicio a los límites específicos del citado derecho a la libertad religiosa, a su dinámica¹⁵⁴⁶. No tendría ningún sentido que en un caso concreto no estuviera en juego el derecho a la libertad religiosa y se permitiera ejercer el derecho a la objeción de conciencia para garantizar su integridad.

En segundo lugar, el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en el ámbito laboral conlleva que se afecten fácilmente otros derechos y bienes, pues si el trabajador desobedece una obligación jurídica es evidente que habrá otro sujeto, privado, pero también puede ser público (imaginemos el incumplimiento de una obligación jurídica pública en materia de manipulación de alimentos), que verá afectado un derecho, una expectativa de cumplimiento¹⁵⁴⁷. Al no tratarse de un derecho fundamental, aunque sí constitucional, en caso de colisión o duda en cuanto a los límites del ejercicio deberá optarse por una interpretación restrictiva a la hora de ponderar los derechos y bienes en juego¹⁵⁴⁸. Dicha restricción viene dada por su carácter excepcional a la regla general de

¹⁵⁴⁶ Dicha afectación de la dinámica de un derecho sobre el otro por mor de su instrumentalidad ha sido señalada por la doctrina. Así, respecto la objeción de conciencia se ha afirmado: "*Opinamos que es un derecho del ámbito del artículo 16, con lo que sí que está en conexión con un derecho fundamental. De hecho, realmente no es necesario su reconocimiento explícito pues es evidente que deriva de la libertad de conciencia. Sin embargo no existe como un abstracto derecho fundamental con carácter general por lo que su ejercicio no es directo sino que depende de las lógicas limitaciones que vengan determinadas por el derecho de que se traten cada caso. tales limitaciones deben establecerse por la ley o la jurisprudencia, en su caso, del Tribunal Constitucional (...). Y en ese caso de que exista tal reconocimiento debe entenderse que su conexión con el derecho a la libertad de conciencia del artículo 16 exige un especial refuerzo del mismo*". PÉREZ-UGENA COROMINA: *La objeción de conciencia...*, op. cit., pp. 106-107.

¹⁵⁴⁷ A toda obligación le suele corresponder un derecho, por lo que si se incumple una obligación jurídica otro sujeto verá frustrado su derecho: "*Rights are grounds of duties in others. The duties grounded in a right may be conditional. Consider a duty of an employee to obey his employer's instructions concerning the execution of his job. It is grounded in the employer's right to instruct his employees. But it is a conditional duty, i.e. a duty (in matters connected with one's employment) to perform an action if instructed by the employer to do so. When the condition which activates the duty is an action of some person, and when the duty is conditional on it because it is on the right-holder's interest to make that person able to activate the duty at will, then the right confers a power on the person on whose behaviour the duty depends. Thus the employer's right over the employees is a ground for his power to instruct them. This power is one aspect or one consequence of his right*". RAZ: *The morality...*, op. cit., pp. 167-168. Cuando el trabajador desobedece una orden empresarial se afecta el derecho de crédito del empresario, su poder directivo: "*El derecho de crédito del empresario se corresponde con una obligación del trabajador, normalmente de carácter genérico, cuya «especificación» compete al propio empresario. Al reconocer éste un poder directivo, el Derecho del Trabajo no hace sino incorporar uno de los remedios ideados por el Derecho de Obligaciones para especificar la prestación genérica: la especificación por voluntad del acreedor*". MONTOYA MELGAR: *El poder de dirección...*, op. cit., 1965, p. 17. Así, en relación al derecho de crédito y el poder de dirección empresarial: "*Puede decirse que éste tiene por función la de procurar hacer efectiva la puesta a disposición del o de los trabajadores, actuando así el interés legítimo del empresario en cuanto acreedor. En gran medida, por lo tanto, el poder de dirección es un instrumento a través del cual el empresario dota de eficacia, en cada momento de la vida de la relación laboral, a su derecho subjetivo de crédito*" (p. 19). Es evidente, entonces, que la objeción de conciencia quiebra o, como mínimo, modula dicha eficacia.

¹⁵⁴⁸ El carácter de excepcionalidad y la necesidad de ponderación son elementos resaltados del siguiente modo por la doctrina que ha tratado la problemática: "*La objeción de conciencia ha de ser concedida como una excepción al deber jurídico, excepción por tanto que ha de estar expresamente consagrada en la ley, sino a la inversa, (...) el deber jurídico ha de concebirse como una limitación a la libertad de la personas y (...), en consecuencia, el juez que se halle en presencia de un conflicto viene obligado a ponderar y a preguntarse en qué medida ese deber está*

cumplimiento de las obligaciones jurídicas. En todo caso, la operación de ponderación de derechos y bienes sigue la misma dinámica que en el caso del ejercicio de libertad religiosa, por lo que al explicarse la operación en sede de tal derecho se explicará al mismo tiempo el supuesto de la objeción. En ambos casos, como no puede ser de otro modo, se ofrecerá un esquema básico de los derechos y bienes en juego, con la explicación de los principios que condicionan su dinámica, pero en la realidad dicha operación de ponderación ha de ser necesariamente casuística. Así, aunque esta investigación tiene como uno de sus objetivos realizar una descripción dogmática de la dinámica de ambos derechos en la relación laboral, y de este modo contribuir a un incremento de la seguridad jurídica, el carácter casuístico de las controversias, con ilimitación de los posibles elementos concurrentes a tener en cuenta, deja un margen de maniobra bastante amplio a la tarea jurisdiccional como gestora de la diversidad y responsable de ir acomodando el diseño abierto, y en gran parte moldeable, del ordenamiento en esta materia a la rápida evolución social en curso¹⁵⁴⁹.

En la actualidad existe consenso doctrinal en considerar que el Derecho del Trabajo posee una doble naturaleza, ni está conformado solamente por normas de Derecho público, ni lo está por normas de naturaleza privada. Así, el contrato de trabajo une jurídicamente al empresario con el trabajador, creando una relación jurídica de naturaleza privada. Pero por la misma relevancia social del trabajo por cuenta ajena, el Estado no es ajeno a dicha relación privada y posee un interés especial en su fiscalización (intervencionismo estatal), por lo que también se crean vínculos jurídicos de naturaleza pública. Si bien desde un punto histórico se ha de partir de un fuerte intervencionismo estatal, progresivamente y hasta la actualidad el Derecho del Trabajo ha ido evolucionado hasta un momento en el que ha ido ganando peso la naturaleza jurídica privada del vínculo laboral¹⁵⁵⁰. Así pues, cuando se trata de la objeción de conciencia en el contrato de trabajo, se ha de tener en cuenta, como se ha avanzado ya, entre otros aspectos, que las obligaciones jurídicas aptas para colisionar con las convicciones religiosas del

justificado para preservar otros bienes constitucionales". GASCÓN ABELLÁN: Obediencia al Derecho..., op. cit., p. 287.

¹⁵⁴⁹ El sistema de ponderación de derechos y bienes en el caso de la objeción de conciencia, con la aplicación de una doble escala de límites que enfatizan su excepcionalidad (propios de la objeción y los del derecho a la libertad religiosa), es un sistema suficientemente abierto para que la jurisdicción decida aquellos casos que no queden claros según la dogmática aquí expuesta: "*The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case*". HART: *The concept..., op. cit., p. 135*. O tal como indica la doctrina alemana: "*La amplitud con que la jurisprudencia de los tribunales hace uso de este método se explica especialmente por la ausencia de una delimitación tajante de los supuestos de hecho de estos derechos, la no indicación de notas distintivas, por ejemplo, respecto de lo que es «exigible». Los derechos, cuyos límites no están fijados de una vez para siempre, sino que en cierta medida son «abiertos», «movibles», y más precisamente esos principios, pueden justamente por ese motivo, entrar fácilmente en colisión entre sí, porque su amplitud no está fijada de antemano. En caso de conflicto, si la paz jurídica ha de restaurarse de nuevo, uno u otro derecho (o uno de los respectivos bienes jurídicos) tiene que ceder hasta un cierto punto ante el otro o cada uno ante otro. La jurisprudencia de los tribunales consigue esto mediante una «ponderación» de los derechos o bienes jurídicos que están en juego conforme al «peso» que ella concede al bien respectivo en la respectiva situación. Pero el «ponderar» y «sopesar» es sólo una imagen; no se trata de dimensiones cuantitativamente mensurables, sino del resultado de valoraciones, que - en ello reside la mayor dificultad - no sólo deben ser dirigidas a una pauta general, sino a la vez a la situación concreta en cada caso*". LARENZ: *Metodología de la ciencia..., op. cit., p. 400*.

¹⁵⁵⁰ MONTROYA MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo*. 13ª edición. Madrid: Tecnos, 1992, pp. 40-41.

trabajador, podrán tener una índole pública o privada; y, por lo tanto, tal naturaleza jurídica puede conllevar unas consecuencias diferentes en un caso u otro. Pero eso mismo ocurrirá con el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. No es lo mismo pretender que el empresario exima al trabajador de prestar servicios un sábado por motivos religiosos, que eximirle de llevar puesta una mascarilla mientras realiza un trabajo tóxico. Los derechos y bienes en juego en uno y otro caso son diferentes, igual que la naturaleza de las obligaciones jurídicas en juego (normas públicas en materia de prevención de riesgos laborales), por lo que los límites de ejercicio del derecho también serán diferentes. Ahora bien, dichos límites serán de aplicación tanto al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, como en el caso del ejercicio a la libertad religiosa.

5.3. Aspectos procesales: el encaje procesal del derecho a la objeción de conciencia en supuestos atípicos

La ley procesal laboral no hace referencia ni al derecho fundamental a la libertad religiosa, ni menos aun al derecho de objeción de conciencia. Respecto esto último no es de extrañar teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica, e incluso su propia existencia, del derecho a la objeción de conciencia en supuestos atípicos es discutida y discutible. Como se ha explicado, parte de la doctrina incluso niega toda virtualidad del derecho.

Recuérdese que el art. 53.2 CE es del siguiente tenor: "*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*". Además, el art. 4 LOLR afirma que "*los derechos reconocidos en esta Ley ejercitados dentro de los límites que la misma señala serán tutelados mediante amparo judicial ante los Tribunales ordinarios y amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional en los términos establecidos en su Ley Orgánica*".

Respecto el derecho a la objeción de conciencia, aunque se trata de un derecho constitucional autónomo, pero no fundamental; en el presente caso debe ponderarse el carácter instrumental y derivado del derecho fundamental a la libertad religiosa. De este modo, cuando entra en juego el derecho a la objeción es porque el derecho a la libertad religiosa está en riesgo. Desde dicho prisma, aquí se considera justificado que el cauce procesal adecuado para resolver las controversias en qué se vea implicado el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por razones religiosas es la modalidad procesal especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, reguladas en los arts. 177 y siguientes LRJS. Además, en muchos casos quizás se discutiría la aplicación del art. 14 CE en relación al art 17 ET en materia de tutela antidiscriminatoria, por lo que el seguimiento del cauce procesal se justificaría holgadamente.

Si el trabajador es sancionado, despedido o recae sobre dicho trabajador otra consecuencia jurídica por desobedecer una orden empresarial se deberá estar en lo posible a lo dispuesto en el art. 178.2 LRJS.

También ha de quedar claro que el hecho de haber ejercido el derecho a la objeción de conciencia correctamente no puede acarrear consecuencias negativas para el objetor. Es

decir, no caben actos de represalia y el trabajador debe quedar protegido por la garantía de indemnidad derivado del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

6. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN CIERTAS PROFESIONES

6.1. Médicos y profesionales del ámbito sanitario

6.1.1. Las convicciones religiosas y el ámbito sanitario

Los médicos y los profesionales del ámbito sanitario por definición están sometidos a menudo a decisiones, o bien las deben tomar, en las que se entrecruzan derechos y bienes diversos, muchos de ellos de cardinal importancia jurídica. Así, interactúan y a veces colisionan los derechos del propio profesional, los de otros compañeros, los de la empresa sanitaria que actúa en condición de empleadora, los de los pacientes, los de los familiares de los pacientes... A menudo se trata de derechos fundamentales, especialmente cuando se habla de los pacientes, respecto a los cuales es frecuente que esté en juego el derecho a la vida o su integridad física y psíquica (at. 15 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18 CE).

Al tratarse de la toma de decisiones de gran relevancia ética, así como la realización de conductas o abstenciones relativas a tales decisiones de no menos relevancia ética, el derecho a la objeción de conciencia por convicciones religiosas encuentra en el ámbito sanitario un lugar en el que quizás su razón de ser ha de ser tomado en cuenta de forma mayúscula. Muchas veces será el paciente o sus familiares quienes alegarán sus convicciones religiosas para que como pacientes y eventuales representantes del paciente se tenga en cuenta su específica cosmovisión a la hora de tratarlos¹⁵⁵¹. En otras ocasiones será la empresa la que podrá alegar sus convicciones religiosas si se trata de una empresa sanitaria de tendencia. Ahora bien, aquí interesa centrarse en aquellos casos en que el médico o profesional sanitario unido al centro sanitario mediante relación laboral se ve en la tesitura de incumplir cierta obligación jurídica por ser su cumplimiento

¹⁵⁵¹ Un ejemplo conocido es el supuesto relativo a miembros de los Testigos de Jehová que se niegan a que les sea realizada una transfusión de sangre. En tal caso la doctrina también ha estudiado si la objeción de conciencia del médico es posible en tal caso: SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: "El perímetro de la objeción de conciencia médica". *InDret*, 2009, núm. 4. Versión electrónica: www.indret.com. Aquí no se estudiará dicho supuesto, pues tal tipología de objeción de conciencia, con la cual es muy crítico el autor, no viene determinada por las convicciones religiosas del profesional sanitario, sino por razones técnicas, o una manera de entender la *lex artis* médica por motivos puramente profesionales. Es más, como no existe en puridad ningún dilema moral, se podría encuadrar más bien dicha figura en un *ius resistentiae* técnico. Asimismo sobre esta materia *vid.* TARODO SORIA, Salvador: "Identidad cultural y religiosa en el ámbito de la sanidad", en AAVV: *Derechos humanos, minorías culturales y religiosas en Colombia y en España*. 1ª edición. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2008, pp. 183-211; VIDAL GALLARDO, Mercedes: "Integración de la diversidad en el ámbito de la sanidad en el ordenamiento jurídico español", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013, pp. 113-141; TARODO SORIA, Salvador: "Integración de la diversidad y sanidad en la administración local. Estudio de casos a partir de las iniciativas de cinco ciudades: Madrid, Barcelona, Bilbao, Getafe y Tudela", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013, pp. 143-174.

contrario a sus más íntimas convicciones religiosas; un fenómeno nada extraño en el ámbito analizado.

La objeción de conciencia por parte de un profesional sanitario en el marco de un contrato de trabajo puede ocurrir tanto en el caso de la sanidad pública, como en el caso de la sanidad privada. En el supuesto de los centros sanitarios privados puede tratarse de empresas ideológicas o de tendencia. En tal caso habrá que estar a lo que se explica en el apartado correspondiente. El presente análisis se limitará al centro sanitario ordinario o no ideológico, tanto público como privado. Y, por lo tanto, también se excluye de la explicación la objeción de conciencia llevada a cabo por los profesionales unidos al centro médico por una relación jurídica de naturaleza funcionarial o estatutaria. Téngase en cuenta que en los servicios de salud públicos coexisten tres tipologías de personal: los funcionarios, el personal laboral y el estatutario. En la presente investigación sólo se tratará el personal laboral. Los trabajadores por cuenta ajena no mantienen una relación de sujeción especial, por lo que el derecho a la objeción de conciencia estará quizás menos modulado que en el caso de los funcionarios y el personal estatutario¹⁵⁵².

En el caso de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario se pueden producir conflictos con las convicciones religiosas del trabajador por diversas causas, siendo algunas de ellas más habituales que otras. Así, los conflictos entre obligaciones jurídicas y convicciones más frecuentes son los relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo, la eutanasia o la investigación con células madre, por citar algunos ejemplos paradigmáticos.

De este modo, y siguiendo la sistemática anterior, se puede afirmar que los médicos y profesionales sanitarios que prestan servicios por cuenta ajena verán reconocido el derecho a la objeción de conciencia en sus dos variantes. El supuesto de la objeción relacionada con la interrupción voluntaria del embarazo se trata de un caso previsto expresamente en el ordenamiento jurídico, por lo que habrá que estar principalmente a su regulación expresa en cuanto al ejercicio del derecho; sin perjuicio de que se le puedan aplicar subsidiariamente algunas de las reglas establecidas para la objeción en casos atípicos. El resto de objeciones de conciencia posibles no están previstas expresamente en el ordenamiento, sin perjuicio de los códigos deontológicos, que poseen naturaleza jurídica, por lo que ha de reconocerse a médicos y personal sanitario el derecho a la objeción de conciencia por motivos religiosos, ya que al fin y al cabo son trabajadores por cuenta ajena. Tal reconocimiento lo será a través de la regulación jurídica ya expuesta respecto a la objeción de conciencia para casos atípicos, más las especialidades impuestas por la deontología médica y las reglas de la *lex artis*. Es decir, en el ámbito sanitario será habitual que concurren ambos regímenes jurídicos según la tipología de objeción de conciencia a ejercer, pero en todo caso el derecho a la libertad religiosa del médico y del resto de profesionales sanitarios ha de quedar a salvo, sin que exista ningún motivo jurídico de peso para que ello no sea así. Ello sin perjuicio de las modulaciones que se puedan llevar a cabo de su derecho como ocurre en general en el ámbito laboral; y en el presente caso condicionada dicha modulación por la relevancia de la presencia de

¹⁵⁵² Para un examen de las características especiales y de las limitaciones de los derechos del personal sanitario en centros públicos, ya sean funcionarios, ya sea personal estatutario *vid.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro: *Derecho y conciencia en las profesiones sanitarias*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 186-191.

importantes derechos y bienes en juego, especialmente de aquellos cuya titularidad ostentan los pacientes.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, es fundamental en esta materia, ya que la voluntad del paciente es de gran relevancia jurídica. Así, el art. 2.6 establece que *"todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente"*.

6.1.2. La interrupción voluntaria del embarazo

Tradicionalmente éste es el caso de objeción de conciencia con mayor relevancia en el ámbito sanitario, pues dicha actividad médica no sólo afecta a las posibles convicciones religiosas de los implicados (madre, familia de la madre, institución médica, profesional médico y resto de personal sanitario), sino que tensa sin duda la parte más nuclear de la deontología profesional¹⁵⁵³.

Como anécdota, se puede recordar que un caso de esta tipología de objeciones de conciencia se relata en Éxodo 1, 15-22. El rey de Egipto dio la orden que las comadronas que asistieran en los partos de las hebreas debían matar al recién nacido en el mismo momento si era niño; y si fuera niña no. Por razones de conciencia religiosa las comadronas no quisieron ejecutar la orden secular, pero aún faltaban siglos para la aparición de la relación laboral tal y como la conocemos¹⁵⁵⁴.

El aborto y la objeción de conciencia a dicho aborto son siempre temas conflictivos en un gran número de países. A título de ejemplo, la denominada Declaración de Manhattan de 20 de noviembre de 2009, llevada a cabo por un grupo de católicos, protestantes y ortodoxos y que ha gozado de bastante difusión. En dicha declaración se puede leer: *"Because we honor justice and the common good, we will not comply with any edict that purports to compel our institutions to participate in abortions, embryo-destructive research, assisted suicide and euthanasia, or any other anti-life act (...). We will fully and ungrudgingly render to Caesar what is Caesar's. But under no circumstances will we render to Caesar what is God's"*. Así, muchas confesiones religiosas se oponen frontalmente a actividades sanitarias en las que puede estar en juego el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), como es el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, algunas actividades de investigación en las que intervienen embriones o la eutanasia¹⁵⁵⁵. Por tal razón, también muchos trabajadores por cuenta ajena pueden tener problemas de conciencia a la hora de ejecutar el contrato de trabajo.

¹⁵⁵³ Para examinar datos oficiales del Ministerio de Sanidad sobre las interrupciones voluntarias de embarazo puede consultarse http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm

¹⁵⁵⁴ Ya en el siglo XX, y en relación a un hospital público de Palma de Mallorca, se reconoce en la STSJ de Islas Baleares núm. 58/1998, de 13 febrero (AS 1998, 39,) el derecho de los matrones y matronas a objetar en relación a ciertas actividades relacionadas con la interrupción voluntaria de embarazos.

¹⁵⁵⁵ La posición de la Iglesia Católica, del protestantismo, del islam y del judaísmo frente al aborto puede consultarse en MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y GARCÍA GARCÍA, Ricardo: "La objeción de

La Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, una norma de un solo artículo, despenalizaba parcialmente el aborto dando un nuevo redactado al citado precepto del Código Penal, que quedaba redactado del siguiente modo:

"1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2.ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.ª Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos".

Como se puede comprobar fácilmente, la ley no había previsto ninguna cláusula de conciencia para los profesionales sanitarios que tuvieran que intervenir en la interrupción del embarazo, sino que simplemente se regulaba la perspectiva penal. Por tal razón, el Tribunal Constitucional acabó reconociendo el derecho de los profesionales sanitarios a objetar como consecuencia de sus convicciones, tal y como se ha tenido ocasión de constatar al examinar la evolución jurisprudencial de dicho Tribunal en la materia. Ha de tenerse en cuenta que el reconocimiento expreso de la objeción a la interrupción del embarazo había sido una demanda constante por parte de los profesionales de la sanidad.

La aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*¹⁵⁵⁶ vino precedida por un encendido debate bioético, político, social y jurídico, con una gran intervención de la opinión pública. Dicha regulación permite la práctica libre del aborto dentro del plazo de las primeras catorce semanas de gestación. En cambio, la normativa reformada permitía o despenalizaba el aborto únicamente bajo determinados supuestos e indicaciones.

conciencia al aborto", en AAVV: *Libertad de conciencia y salud. Guía de casos prácticos*. 1ª edición. Granada: Comares, 2008, pp. 56-66.

¹⁵⁵⁶ Publicada en el BOE el 4 de marzo de 2010 y entró en vigor el día 5 de julio de 2010.

En lo que aquí interesa, ha de destacarse que por primera vez en la historia del país se reconoce en un texto legal la objeción de conciencia para el caso de intervención en un aborto. De hecho, es la primera vez que se reconoce una objeción de conciencia en el ámbito sanitario, aunque en este caso limitado a la interrupción del embarazo. Como no podía de otro modo la norma ha sido objeto de crítica por la doctrina, empezando por la localización del derecho en la norma desde un punto de vista sistemático, en la cual ni siquiera ha merecido un artículo propio¹⁵⁵⁷.

Concretamente el derecho a la objeción se reconoce en el art. 19.2, un artículo dedicado a las medidas para garantizar la prestación por los servicios de salud. Después de afirmar que la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma, el art. 19.2 reconoce en su segundo párrafo el derecho a la objeción de conciencia en los siguientes términos: "*Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo*". Y para que en ningún caso la paciente se pudiera ver afectada por tales contingencias, el precepto acaba afirmando que "*si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación*".

Como se puede comprobar, la ley establece un sistema muy formalista para poder ejercer el derecho a la objeción de conciencia, estableciendo el requisito de que dicha opción por la objeción sea realizada de forma escrita y por anticipado; aunque no establece el modo, ni se crea ningún registro. El precepto sin duda posee elementos a favor y en contra.

Resalta como punto positivo que la paciente de acuerdo con la citada legislación no queda para nada afectada por la negativa del profesional a realizar la interrupción del embarazo. Ello es importante no sólo por la afectación de sus derechos fundamentales, sino porque es evidente que una mujer que ha de ser sometida a este tipo de

¹⁵⁵⁷ "*Por primera vez se reconoce a través de un texto legal el derecho de objeción de conciencia en el caso de aborto, pero sin otorgarle la importancia que, a nuestro juicio, merece, puesto que, después del largo camino recorrido hasta su reconocimiento legal, no se le ha concedido un tratamiento individualizado en un artículo concreto, sino que se ha incluido como una consecuencia práctica de la prestación*". MARTÍN AYALA, María: "La objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo: procedimiento para su ejercicio. Los registros de objetores". *Derecho y salud*, 2010, núm. 2, p. 91. La objeción de conciencia ha sido situada en el Capítulo II de la Ley sobre "Garantías en el acceso a la prestación", "*dando, quizás, a entender que la objeción de conciencia es una rémora en relación con dichas garantías*". SÁNCHEZ-CARO, Javier: "La objeción de conciencia sanitaria". *Derecho y salud*, 2010, núm. 2, p. 62. Se coincide con dichos autores que desde un punto de vista sistemático no es el lugar adecuado para regular la objeción. Además, la relevancia del derecho, que afecta derechos fundamentales del personal sanitario debía haber merecido un precepto individualizado en el que fuera recogido su reconocimiento y, a falta de reglamento, un mínimo desarrollo.

intervención se encuentra normalmente en una situación delicada y merece la máxima atención del sistema sanitario, junto con sus familiares¹⁵⁵⁸. Es decir, una gran virtud de la norma es compatibilizar el derecho a la objeción de los profesionales sanitarios, que de este modo no ven mermadas sus convicciones religiosas (ni se les sitúa ante un dilema moral), con el derecho de los pacientes y sus familiares. Y sin que deba pasarse por alto, también la empresa ve reconocidos sus derechos en cuanto su facultad de dirección y organización del servicio; en suma, ve reconocido su libertad de empresa (art. 38 CE).

En el caso de la interrupción voluntaria del embarazo existirá en parte una coincidencia de valores entre profesional y paciente, ya que ambos considerarán que el *nasciturus* lleva anudado el valor de la vida, y habrá coincidencia en que la vida es un valor intrínseco a la vida humana. Ahora bien, el problema surge porque la vida puede ser valorada de forma distinta en situaciones diferentes; e incluso es posible que no se asimile el concepto de persona y ser humano. Por ejemplo, la vida biológica distingue entre estar vivo o muerto. No obstante, la vida biográfica va ligada a la conciencia personal. Así, una persona en estado vegetativo, inconsciente de forma perpetua, no ha perdido la vida desde un punto de vista biológico, pero sí biográfico. La vida biológica es origen de obligaciones morales y jurídicas, pero diferentes a las que derivan de la vida biográfica. Cuando una paciente quiere abortar y un profesional desea objetar viene causado por el diferente valor que se otorga a la vida del *nasciturus*. En el aborto se han desechado soluciones intermedias entre los valores en juego. El conflicto se resuelve optando por el derecho de la madre sobre la vida del *nasciturus*, y si hay objeción, se exonera al profesional del deber jurídico¹⁵⁵⁹.

Lo cierto es que quizás el valor de la vida del *nasciturus* es alto para la paciente, pero hay que enfatizar que decidirá interrumpir voluntariamente por razones que probablemente desconocerán muchos de los profesionales que deban intervenir, incluso otros derechos y bienes jurídicos en juego que los profesionales no conozcan ni por lo tanto puedan juzgar moralmente. En otros casos simplemente el *nasciturus* no tendrá viabilidad, tal y como ya conocerán profesional y paciente. Es más, el profesional sanitario eventualmente objetor quizás tampoco enfocará el valor de la vida del *nasciturus* como un valor absoluto inoponible a otros derechos, pues puede ser voluntad suya intervenir en abortos en supuestos que considere moralmente aceptables.

De todas formas, la objeción de conciencia a ejecutar un aborto por parte de un profesional desde un punto de vista jurídico ha de dejar totalmente al margen los valores o motivaciones del paciente. El paciente ha tomado una decisión que es respaldada por la ley. La objeción de conciencia se da entre la obligación religiosa que tiene el

¹⁵⁵⁸ Tal aspecto no sólo ha sido recogido con buen criterio por el legislador, sino que la doctrina más autorizada considera que el derecho del profesional siempre ha de compatibilizarse con el del paciente: "*As a general principle, doctors should be free to decline to engage in treatment to which they are conscientiously opposed, as long as patients can get the treatment elsewhere and are aware of its availability*". GREENWALT: *Conflicts of law...*, op. cit., p. 336. Naturalmente el autor reseñado habla de "tratamientos" en general, de ahí que indique que el paciente en todo caso debe poder disponer del tratamiento en cualquier otro lugar. Obviamente tal visión puramente anglosajona, y por tanto fuertemente liberal, debe "traducirse" al ordenamiento jurídico español en materia sanitaria, donde la interrupción del embarazo es una prestación de naturaleza pública, sin perjuicio que el paciente pueda acudir libremente a un centro médico privado expresamente autorizado por la Administración.

¹⁵⁵⁹ GARCÍA GUILLÉN: "Historia de la objeción...", en AAVV: *Objeción de conciencia...*, op. cit., pp. 42-44.

profesional consistente preservar la vida del *nasciturus* (claro está, el profesional habrá tomado la decisión porque considera dicha vida como un valor absoluto, o según las circunstancias del caso concreto que conozca si considera dicha vida un valor relativo) y la obligación jurídica de cumplir con su contrato de trabajo y con las instrucciones que imparta la empresa (institución sanitaria). La ley permite la exoneración del deber jurídico que recae sobre el profesional si se dan las circunstancias para ello, por lo que se trata de una objeción *secundum legem*¹⁵⁶⁰.

Además, tal y como está configurada la ley, el profesional no parece en principio que pueda decidir caso por caso, ya que la objeción es anticipada. Ha de tenerse en cuenta que el profesional a lo mejor, atendidas las circunstancias concretas, sí que llevaría a cabo el aborto sin problemas de conciencia. El problema es que tampoco quizás sea deseable que el profesional sanitario valore circunstancias extramédicas de su paciente a la hora de tomar la decisión¹⁵⁶¹. En general, la objeción ha de tratarse como una objeción puntual, para un caso concreto, pero la ley no sigue dicho posicionamiento; que opta por regular el ejercicio de una objeción más o menos absoluta¹⁵⁶². El especial formalismo requerido en el ámbito sanitario viene dado por las especiales circunstancias inherentes a la interrupción voluntaria del embarazo pues, de hecho, en relación a otros tipos de objeción del mismo sujeto en el ámbito sanitario no será necesaria ninguna formalidad (supuestos atípicos). La ventaja del sistema de objeción anticipada y formalista es la seguridad jurídica que otorga en relación a un servicio tan básico y delicado como es la

¹⁵⁶⁰ La moral puede trascender fácilmente al ámbito público y las decisiones, por privadas que parezcan, acarrear consecuencias para terceros. “*Si una persona decide, por ejemplo, abortar o poner fin a su vida mediante ayuda médica, ésta no es una elección exclusivamente privada, sino que posee determinadas implicaciones públicas para terceros*”. Es más, “*si elevamos a carácter absoluto lo decidido en privado, lo público, la parte tercera que tiene que intervenir para que pueda realizar mi elección, se convierte entonces en un mero instrumento al servicio de mi privacidad negando su responsabilidad*”. ALARCOS MARTÍNEZ: “Aproximación a la objeción...”, en AAVV: *Objeción de conciencia...*, op. cit., pp. 21-22. Se omite un dato harto relevante: los demás también son sujetos morales que pueden decidir, según sus principios, si ejecutan o no lo decidido por uno. Si lo decidido por uno encuentra su apoyo en una ley, en lugar de un conflicto entre sujetos privados, se estará ante un conflicto entre un sujeto privado y la sociedad política, o en el caso de la relación laboral entre trabajador y su empresa; entre convicciones religiosas particulares del trabajador y obligación jurídico-laboral. El paciente está amparado por una ley por lo que en todo caso ha de recibir su prestación sanitaria si se cumplen los requisitos legales.

¹⁵⁶¹ Por ejemplo, si el legislador ha tomado una decisión sobre la edad para consentir, el profesional médico no debería entrar a valorarlo, se discrepe o no de dicho criterio: “*En el fondo el debate es mucho más amplio, y se ha presentado en diversos ámbitos de la vida social (recuérdese, por ejemplo, la capacidad de consentir en la cesión de datos que establece el Reglamento de la LOPD) como un problema recurrente: el de la edad para consentir. El mito de la mayoría de edad a los dieciocho años no se comprende con el nivel de madurez que la sociedad en general proyecta o admite sobre los jóvenes de menor edad. Lo que sí es coherente es afirmar que esta norma – donde el valor en juego es la vida prenatal – se sitúa entre las normas de vanguardia en la «rebaja de edad» para la aceptación de las consecuencias de los propios actos*”. VÁZQUEZ GARRANZO, Javier: “La nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo”. *Derecho y salud*, 2010, núm. 2, p. 10. La edad debe ser valorada por el profesional sanitario desde un punto de vista estrictamente médico.

¹⁵⁶² “*El hecho que un profesional esté dispuesto a practicar abortos en ciertas situaciones, no obsta para que en otras crea que su deber es no participar en actos que considera incorrectos, razón por la cual en tales circunstancias puede declararse objetor. Ya hemos dicho que la objeción de conciencia es objeción de acto y no de ley, y que por lo tanto hay tantos casos en los que uno objeta a realizar una práctica en ciertas situaciones concretas, por más que esté dispuesto a llevarla a cabo en otras*”. GARCÍA GUILLÉN: “Historia de la objeción...”, en AAVV: *Objeción de conciencia...*, op. cit., p. 44.

salud reproductiva; por eso se ha optado por objetivarse en una norma de forma expresa. Además, el sistema permite a la institución sanitaria una mayor capacidad de organización para hacer frente al servicio y por lo tanto garantizarlo, lo que también beneficia a la paciente y sus familiares.

En todo caso, al tratarse el art. 19.2 de un precepto muy abierto tiene la ventaja que en su desarrollo el legislador puede mejorar algunos aspectos. Así, por ejemplo, la Comunidad Foral de Navarra al crear su registro de objetores ha permitido que con cierto margen el profesional objetor pueda delimitar un poco su derecho; extremo que ha sido declarado constitucional por la STC 151/2014, de 25 de septiembre (BOE 28 de octubre de 2014). Dicha sentencia dictada en Pleno por la relevancia de la materia tratada deja bien claro que es constitucional que el legislador autonómico de acuerdo con el art. 19.2 establezca un modelo de registro en el que se puede consignar la voluntad de objetar parcialmente respecto a la interrupción del embarazo: *"En cuanto a la obligación relativa a la necesidad de especificar para cuál o cuáles de los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo se objeta, lejos de tratarse de un requisito restrictivo del derecho, como pretenden los demandantes, ofrece al objetor la posibilidad de ejercitar el derecho, bien en todos los supuestos o, por el contrario, en sólo alguno de ellos, sin que sean infrecuentes los casos (...) en que los profesionales sanitarios objetan a participar en la interrupción voluntaria del embarazo en el supuesto previsto en el art. 14 L.O. 2/2010, esto es, dentro de las catorce primeras semanas de gestación a petición de la embarazada, pero no en el caso de que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, o riesgo de graves anomalías en el feto (art. 15 L.O. 2/2010). Ofrecerle esta posibilidad al titular del derecho a la objeción de conciencia, ni excede las competencias autonómicas, ni limita el ejercicio del derecho"* (Fundamento Jurídico Sexto).

La doctrina ha criticado que la obligación de que el rechazo a realizar el aborto deba ser con carácter previo y por escrito, ya que dichos requisitos serían innecesarios, desproporcionados y restringirían injustificadamente el ejercicio de un derecho "fundamental"¹⁵⁶³. Lo cierto es que la finalidad de la ley es precisamente desarrollar el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, cuyo carácter fundamental es discutido. No hay duda que un redactado tan minimalista no ayuda en nada a que dicho ejercicio se lleve a cabo de modo óptimo en un ámbito tan específico como el sanitario y en relación a un objeto tan delicado como es la interrupción voluntaria del embarazo en el que hay en juego otros derechos tan fundamentales como son la vida prenatal o la salud de la mujer gestante. No obstante, no tiene que interpretarse de forma necesariamente como desproporcionado o injustificado el requisito de registrarse, ya que dicho registro permite organizarse al centro sanitario de forma que la atención médica se garantice en todo momento a todas las pacientes de la forma más óptima; sin perjuicio en principio del derecho a objetar (así, también se debía solicitar en su momento la exención al servicio militar de forma previa, no en el momento de estar en el cuartel). En ningún caso se trata la inscripción de un obstáculo al ejercicio del derecho, sino un instrumento para compatibilizarlo y evitar su colisión con los otros bienes jurídicos protegidos; evitando una posterior y dificultosa ponderación de bienes en caso de controversia. Además, aunque siempre mejorable, el sistema otorga seguridad jurídica a todas las partes implicadas, pues solventa en buena parte el siempre presente problema de la sinceridad de las convicciones y evita tener que realizar interpretaciones de conductas.

¹⁵⁶³ VÁZQUEZ GARRANZO: "La nueva regulación...", *op. cit.*, p. 43.

Tales críticas doctrinales en buena parte han de decaer a tenor del contenido de la STC 151/2014, de 25 de septiembre (BOE 28 de octubre de 2014). Como dictamina tal sentencia respecto a la validez del registro de objetores creado por la Comunidad Foral de Navarra, *"teniendo en cuenta que el art. 19.2 L.O. 2/2010 exige una manifestación escrita de la declaración de objeción de conciencia, resulta que dicha manifestación y el consentimiento para el tratamiento de los datos han de ir necesariamente unidos. No hay, pues, en este punto, restricción desproporcionada del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, sino las necesarias exigencias derivadas del ejercicio de un derecho que exime del cumplimiento de un deber, pudiendo ejercitarse en cualquier momento los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo un escrito a la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud"* (Fundamento Jurídico Sexto). Respecto a que la objeción deba ser declarada con anterioridad es de significar que la legislación navarra prevé un plazo de anticipación de siete días y el Tribunal ha considerado tal requisito constitucional: *"Con respecto a la exigencia de que la declaración escrita se presente con una antelación mínima de siete días hábiles a la fecha prevista para la intervención, plazo que no concreta el art. 19.2 L.O. 2/2010, y que los recurrentes tachan de restricción desproporcionada del derecho, aduciendo que podrían darse casos en los que el profesional sanitario se entere con dos o tres días de antelación que ha de participar en una interrupción voluntaria del embarazo, hemos de convenir con el Letrado del Parlamento de Navarra que siete días es un plazo razonable y que no contraviene el principio de proporcionalidad, toda vez que el profesional afectado puede hacer la declaración de objeción de conciencia e inscribirla en el Registro sin esperar a que se presente una concreta petición de interrupción voluntaria del embarazo en la que tenga que participar; es decir, puede hacerla una sola vez, con carácter general y para todos los supuestos que se puedan presentarse en el futuro. No se puede calificar este requisito como desproporcionado pues, como venimos señalando, el ejercicio del derecho implica la exoneración de un deber jurídico vinculado a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos, por lo que no resulta irrazonable ni desproporcionado que la Administración autonómica prevea en una ley la necesidad de conocer, al menos con siete días de antelación, con qué personal especializado cuenta para realizar la interrupción voluntaria del embarazo en los casos legalmente previstos, con la finalidad de planificar y organizar los recursos humanos y sanitarios necesarios para cumplir con la prestación a la que está obligada"* (Fundamento Jurídico Sexto).

Ahora bien, si un profesional desea objetar y no lo ha manifestado previamente siempre puede justificar dicha falta de manifestación, por ejemplo por tratarse de una objeción sobrevenida que ha sido imposible inscribir por razones materiales. Dada la jurisprudencia constitucional vertida en la materia sería admisible probablemente una objeción *in extremis*, si no se produjera ningún perjuicio para nadie, especialmente para la paciente y la empleadora. Lo que está claro es que es perfectamente constitucional que para poder ejercer el derecho a la objeción de conciencia se requiera al objetor que exteriorice su conducta; y, al mismo tiempo, parece razonable que si las convicciones contrarias al aborto son firmes, el profesional ya las tendrá claras con antelación suficiente a que se produzca un eventual conflicto jurídico, incluso pudiendo individualizar en lo posible cada supuesto de interrupción del embarazo con el cual colisionarían sus convicciones religiosas. Para un mayor respeto de los derechos implicados siempre es

preferible evitar en lo posible que sea necesaria la objeción de conciencia en cada momento según las circunstancias; y si no es evitable, como puede ocurrir en muchas ocasiones en relación al derecho reconocido por la ley de interrumpir voluntariamente el embarazo, es deseable que se pueda realizar una objeción *secundum legem*, que es la regulada en la ley, incluso de una vez por todas para todo tipo de interrupción del embarazo. Y, finalmente, en el supuesto de objeción *secundum legem*, para evitar en lo posible la afectación de bienes jurídicos de terceros (organización del centro hospitalario, libertad de empresa si se trata de un centro hospitalario privado, o que se garantice la existencia de un médico y la del resto de personal sanitario que pueda llevar a cabo la intervención) la solución deseable es que dicha situación sea prevista de antemano y siempre con estricta garantía de confidencialidad, como ocurre en el presente supuesto.

La objeción anticipada además permite que en casos tan delicados como la interrupción del embarazo, los profesionales sanitarios no se deban situar antes de cada intervención de dicho tipo a analizar las circunstancias (extramédicas) concurrentes para constatar si colisionan o no con sus convicciones. A veces la urgencia del caso no posibilita demora alguna en la toma de decisiones. Según la ley si el médico que no desea llevar a cabo interrupciones voluntarias del embarazo debe manifestarlo por escrito, y dicha manifestación será tenida en cuenta por el centro sanitario para apartarlo de la ejecución de dicho tipo de prestaciones médicas, sin tener que realizar una especial acreditación de sus convicciones, del tipo que sean. No obstante, quizás no se trata de un rechazo absoluto al aborto, sino solamente en contra de la interrupción del embarazo de menores de edad; o cuando tiene conocimiento que la paciente ha interrumpido el embarazo en ocasiones previas; o cuando el aborto se produce, por ejemplo, más allá de las cinco semanas de gestación. Quizás el médico no tiene inconveniente alguno en realizar el aborto cuando el embarazo ha sido causado por una violación. Tal y como se ha legislado se evita que el profesional se haya de situar en la tesitura de analizar tales circunstancias en muchos casos extramédicas y para una tipología de intervención que por desgracia es harto frecuente por motivos diversos y complejos de solventar. En todo caso, la legislación sí le permite, como ha dejado dicho el Tribunal Constitucional, que se pueda manifestar en contra de la realización de ciertas interrupciones del embarazo según las circunstancias establecidas en la ley, y no en contra de otras. En tal supuesto dicha objeción selectiva deberá cumplir los límites intrínsecos a todo ejercicio de derechos, y en especial los ya citados respecto a la objeción de conciencia. Por ejemplo, tal selección no podrá tener un móvil discriminatorio. No sería aceptable, por ejemplo, que el profesional intentara ejercer el derecho a la objeción de conciencia sólo ante interrupciones llevadas a cabo por mujeres de una determinada raza u origen étnico.

Como opción legislativa en cumplimiento de sus competencias, en algunas comunidades autónomas se han creado registros de objetores como ya se ha avanzado, como es el caso de Navarra, cuya constitucionalidad ha sido declarada por la STC 151/2014, de 25 de septiembre (BOE 28 de octubre de 2014). Dicha sentencia afirma lo siguiente sobre el art. 19.2 de la Ley 2/2010: "*no resulta inconstitucional que una ley autonómica disponga la creación de un Registro, incluso aunque vinculara al ejercicio de un derecho fundamental, siempre y cuando las disposiciones dirigidas al establecimiento y regulación del mismo no sobrepasen las competencias autonómicas y no afecten al contenido esencial del derecho en cuestión. Por otro lado, si bien es cierto, como indican los demandantes, que el art. 19.2 L.O 2/2010 no dispone expresamente la creación de Registros de profesionales sanitarios objetores de conciencia a la realización de la*

interrupción voluntaria del embarazo, sí exige que la declaración del objetor se haga por antelación y por escrito. El cumplimiento de dichos requisitos ha de quedar acreditado, como es lógico, en algún tipo de documento que debido a los datos de carácter personal que contiene, constituye per se un fichero a los efectos previstos en el art. 3 b) de la L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), toda vez que se trata de un conjunto organizado de datos de carácter personal susceptibles de tratamiento" (Fundamento Jurídico Quinto)¹⁵⁶⁴. Además, una vez más el Tribunal de forma comprensible reitera la necesidad de que el objetor exteriorice su voluntad de objetar, voluntad que no puede quedar en la intimidad de dicho objetor si desea que se pueda materializar.

La Disposición Final Cuarta de la LO 2/2010 habilita al Gobierno para realizar el desarrollo reglamentario. No obstante, la objeción de conciencia no consta desarrollada reglamentariamente a día de hoy. El desarrollo reglamentario de la ley, que no del derecho, se ha llevado a cabo en el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; y mediante el Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo. En ninguna de las dos normas se desarrolla el derecho a la objeción de conciencia. Al respecto la Exposición de Motivos de la LO 2/2010 es del siguiente tenor: *"se recoge la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo, que será articulado en un desarrollo futuro de la Ley".*

De hecho, antes de la entrada en vigor de la ley, el Dictamen del Consejo de Estado 1384/2009 de fecha 17 de septiembre de 2009 ya criticó la falta de regulación en la materia: *"Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, sobre la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, terminó sus consideraciones (fundamento jurídico 14) reconociendo la «especial relevancia» de la objeción de conciencia frente a las prácticas abortistas, pero, por ser tema ajeno a la constitucionalidad del proyecto legislativo sobre el que recaía su decisión, rehusó tratarla señalando, de una parte, la directa aplicabilidad de la libertad ideológica garantizada en el artículo 20 de la Constitución, y de otra, reconociendo que «su regulación pueda revestir singular interés». Regulación que, cerca de cinco lustros más tarde, sigue sin llevarse a*

¹⁵⁶⁴ Para el Pleno del Tribunal Constitucional entiende que la normativa foral navarra es constitucional con una argumentación harto contundente: *"La creación de un Registro autonómico de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo con la finalidad de que la Administración autonómica conozca, a efectos organizativos y para una adecuada gestión de dicha prestación sanitaria, quienes en ejercicio de su derecho a la objeción de conciencia rechazan realizar tal práctica, no está sometida a reserva de ley orgánica, no invade las bases estatales en materia de sanidad, no afecta a las condiciones básicas que han de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos, y su existencia no implica, per se, un límite al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia recogido en el art. 19.2 L.O. 2/2010, ni un sacrificio desproporcionado e injustificado de los derechos a la libertad ideológica e intimidad, sin que pueda afirmarse, como hacen los Diputados recurrentes, que con el mismo se persigue disponer de una lista de objetores con la finalidad de discriminarlos y represaliarlos, pues esta es una afirmación sin base jurídica alguna y en la que no se puede fundar una queja de inconstitucionalidad".* Es de destacar que existe un Voto Particular en la sentencia comentada. Sobre la protección de datos de los eventuales registros la Agencia Española de Protección de Datos emitió el informe 272/2010.

cabo, a pesar de que la objeción de conciencia se plantea con harta frecuencia por personas e incluso instituciones con relación a los abortos legales"¹⁵⁶⁵.

Al respecto, en el apartado X *in fine* de dicho Dictamen, después de repasar la jurisprudencia constitucional en esta materia y tener en cuenta otros elementos, el Consejo de Estado afirma lo siguiente: "*El Consejo de Estado considera que sería especialmente conveniente ponderar si procede aprovechar la iniciativa legislativa que va a ejercitarse para delimitar el alcance, contenido y condiciones de ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. En tal sentido, debe llamarse la atención sobre la situación existente en el derecho comparado, en el que prácticamente todos los Estados de nuestro entorno han regulado legalmente su ejercicio en aras de la seguridad y certeza jurídica*". Pues bien, el legislador ni realizó tal tratamiento en la ley, ni después ha desarrollado reglamentariamente el minimalista art. 19.2¹⁵⁶⁶.

Un problema de enorme calado lo plantea la interpretación del art. 19.2 cuando determina el ámbito subjetivo de quienes podrán ejercer el derecho a la objeción de conciencia: "*Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo (...)*"¹⁵⁶⁷. Es evidente que el ámbito subjetivo no queda nada claro, tal y como ha criticado la doctrina; extremo muy grave teniendo en cuenta en qué ámbito es de aplicación la ley y los derechos en juego¹⁵⁶⁸. En una interrupción del embarazo intervienen de forma directa o indirecta varias categorías de profesionales:

- 1) Personal administrativo.
- 2) Personal paramédico: enfermeras, celadores.
- 3) Personal médico: cirujano, anestesistas, redactores del informe previo en los abortos eugenésicos...

¹⁵⁶⁵ También resulta de interés a los presentes efectos la opinión del Dictamen en relación al denominado Comité Clínico (apartado VI). Asimismo, es interesante el contenido del informe emitido por el Comité de Bioética de España con el título "Opinión del Comité de Bioética de España a propósito del Proyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo" de 7 de octubre de 2009 http://www.comitedebioetica.es/documentacion/docs/es/consenso_interrupcion__embarazo_comite_bioetica_oct_2009.pdf

¹⁵⁶⁶ Junto con el Consejo de Estado se ha criticado por la doctrina que se haya perdido la oportunidad para delimitar el alcance, contenido y condiciones del ejercicio de la objeción de conciencia. En tal sentido *vid.* VÁZQUEZ GARRANZO: "La nueva regulación...", *op. cit.*, p. 43. En el mismo sentido se critica el no haberse regulado la objeción de conciencia al aborto con detalle, como indicaba el Consejo de Estado: "*Desgraciadamente no ha sucedido, ya que la ley se ha limitado a recogerla, lacónicamente, en lo referente a la interrupción voluntaria del embarazo*". SÁNCHEZ-CARO: "La objeción de conciencia...", *op. cit.*, p. 55.

¹⁵⁶⁷ La alusión a los "profesionales sanitarios directamente implicados" puede tener su origen en el voto particular de la STC 53/1985 de 11 de abril (BOE 18 de mayo de 1985), que ya ha sido tratado al analizar la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de objeción de conciencia. Respecto a dicha sentencia la doctrina ha interpretado con razón que el derecho a la objeción de conciencia en el ámbito sanitario debería tener un ámbito de aplicación amplio: "*Según nuestra opinión, y por las mismas razones que apuntó el Tribunal Constitucional a propósito del aborto (1985), habría que reconocer, al menos, la objeción de conciencia sanitaria, es ejercitable directamente, cuando el médico u otro profesional sanitario se enfrenta con cuestiones cruciales que afectan al inicio y al final de la vida*". SÁNCHEZ-CARO: "La objeción de conciencia...", *op. cit.*, pp. 56-56.

¹⁵⁶⁸ En dicho sentido *vid.* VÁZQUEZ GARRANZO: "La nueva regulación...", *op. cit.*, p. 43; o MARTÍN AYALA: "La objeción de conciencia...", *op. cit.*, pp. 92-93.

Algún autor ha entendido que es razonable extender el ámbito subjetivo de aplicación de la objeción de conciencia a todos los profesionales (personal médico, paramédico y administrativos) que intervengan de un modo u otro modo en el proceso y que sientan su conciencia afectada incluyéndose también 1) los médicos de atención primaria que estén obligados a entregar a la mujer la información previa al aborto; 2) enfermeros encargados de la preparación del quirófano¹⁵⁶⁹.

Sin embargo, tal interpretación no parece ajustarse ni a la literalidad de dicho precepto, ni a su finalidad, que parece limitarse a aquellos profesionales sanitarios (por lo tanto ha de excluirse el personal administrativo)¹⁵⁷⁰ que intervengan de una forma más o menos directa; pero no indirecta, como es el caso de los médicos de atención primaria que redacta un informe o el personal que prepara el quirófano¹⁵⁷¹. Una noción de quiénes son profesionales sanitarios pueden encontrarse en los arts. 6 y 7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

Cosa distinta es que aquellos trabajadores que no queden amparados por el derecho a la objeción de conciencia no puedan objetar. Al contrario, sí que podrán objetar¹⁵⁷², pero no

¹⁵⁶⁹ En dicho sentido NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia...*, op. cit., pp. 154-157.

¹⁵⁷⁰ Son precisamente los profesionales sanitarios los que estarán también más formados en la materia a la que se enfrentan: "Si, durante la carrera de medicina o de ciencias de la salud y durante el ejercicio profesional de las mismas, se impone como obligatoria la formación sexual y reproductiva, incluyendo la investigación y formación en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo (art. 8 LO 2/2010), los objetores de conciencia deberán superarla, pero no están obligados a ponerla en práctica". BONILLA SÁNCHEZ, Juan José: "La objeción de conciencia ante la interrupción voluntaria del embarazo". *Revista General de legislación y jurisprudencia*, 2011, núm. 3, p. 377.

¹⁵⁷¹ En el mismo sentido: "Por el contrario, debe deducirse que no está amparado por el derecho a la objeción el resto del personal que preste sus servicios en un centro acreditado para la práctica del aborto, ya sea sanitario, como celadores o camilleros; ya sea administrativo y de mantenimiento, como recepcionistas, limpiadores o camilleros". BONILLA SÁNCHEZ: "La objeción de conciencia...", op. cit., p. 378. Como se explica aquí, dicho personal no está amparado por el art. 19.2, pero ello no significa que se les impida objetar sean cuales sen las circunstancias, interpretación que sería inconstitucional a la vista de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

¹⁵⁷² Antes de la entrada en vigor de la LO 2/2010 ya se previó judicialmente el derecho a objetar de matronos y matronas, en una sentencia que además explicitaba qué tareas podían conducir más o menos directamente a la interrupción voluntaria del embarazo. Se trata de la STSJ de Islas Baleares núm. 58/1998 de 13 febrero (AS 1998, 39), que correctamente muestra la preocupación por ponderar los derechos en juego (derechos de los trabajadores y el derecho a la prestación sanitaria): "El efecto jurídico específico que produce la objeción de conciencia reside en exonerar al sujeto de realizar un determinado acto o conducta que, de otra suerte, tendría la obligación de efectuar. La satisfacción del derecho fundamental, por lo tanto, comporta que no cabe exigir del profesional sanitario que por razones de conciencia objeta al aborto que en el proceso de interrupción del embarazo tenga la intervención que corresponde a la esfera de sus competencias propias; intervención que por hipótesis se endereza causalmente a conseguir, sea con actos de eficacia directa, sea de colaboración finalista, según el cometido asignado a cada cual, el resultado que la conciencia del objetor rechaza, cual es la expulsión del feto sin vida. Las funciones que la Dirección del Hospital pretende encargar a los hoy recurrentes -instauración de vía venosa y analgesia, control de dosis de oxitocina, control de dilatación del cuello del útero, y control de las constantes vitales durante todo el proceso- entrañan todas actos de asistencia que contribuyen de manera positiva y eficiente a que la gestación se interrumpa sin daño para la salud de la embarazada, y aun cabría catalogarlos de imprescindibles para que la operación culmine, pues de no ser así es de presumir que el conflicto ni siquiera se habría planteado. En consecuencia, son también actos sanitarios de cuya ejecución se encuentran jurídicamente exentos quienes ejercen frente al aborto voluntario el derecho fundamental a la objeción de

en aplicación del art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010; sino en virtud del derecho a la objeción de conciencia para los casos atípicos, y según la dinámica ya explicada con anterioridad¹⁵⁷³. Además, en el caso de médicos y enfermeros se deberá estar a su normativa deontológica, que sí prevé expresamente el derecho a la objeción de conciencia en materia de interrupción voluntaria del embarazo.

Por lo tanto, tampoco parece correcta la postura de otra corriente doctrinal que entiende que el reconocimiento del derecho sólo a aquellos profesionales que intervengan de modo directo es inconstitucional¹⁵⁷⁴. Tal reconocimiento del derecho sería inconstitucional si se entendiera que el legislador cierra toda puerta a que los profesionales sanitarios que intervengan de forma indirecta en la interrupción del embarazo pudieran objetar; pero aquí se defiende que eso no es así. Como ya se ha tratado al examinar la jurisprudencia constitucional, ha de partirse de la base que la Constitución no reconoce expresamente el derecho a objetar en materia de interrupción del embarazo, pero dicho Tribunal ha

conciencia, cual es el caso de los demandantes; sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad que incumbe al centro sanitario de procurar los medios humanos necesarios para que el servicio se preste, lo que nunca puede hacer empero a costa de sacrificar derechos fundamentales que la Constitución garantiza" (Fundamento de Derecho Tercero). En los Estados Unidos se conoció de un asunto en que un policía católico de Chicago solicitó al Departamento de Policía ser dispensado de proteger clínicas abortistas frente a las manifestaciones de antiabortistas que periódicamente se realizaban; tal derecho fue reconocido por el Tribunal que conoció del asunto. GREGORY: *Encountering religion...*, op. cit., pp. 52-54.

¹⁵⁷³ "La objeción de conciencia al aborto consiste en la negativa a ejercitar prácticas abortivas o cooperar, directa o indirectamente, en su realización". NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia...*, op. cit., p. 129. Ciertamente, la objeción de conciencia al aborto puede incluir dichas conductas 1) dependiendo del reconocimiento del derecho en el ordenamiento jurídico; 2) en función de las concretas convicciones religiosas del trabajador. En puridad, el conflicto entre convicciones religiosas y obligación jurídica se dará según la cosmovisión del eventual objetor. Alguno de ellos entenderá que su conciencia no le permite operar directamente, otros creerán que su intervención en la terminación de una vida empezará en el momento que firmen un informe o cuando limpian un instrumento quirúrgico. Así, tampoco es fácil determinar cuándo alguien interviene en la muerte de un ser humano: ¿Cuándo se dispara? ¿Cuándo se presta servicios en una fábrica de tanques montando torretas? ¿Cuándo se tienen acciones en la misma empresa que fábrica tanques? Ello dependerá de la conciencia de cada individuo. Recuérdese en tal sentido el caso *Thomas v. Review Board of Indiana Employment Sec. Division*, 450 US 707 (1981) tratado a la hora de estudiar la sinceridad de las convicciones. Para una persona de una confesión montar las torretas del tanque era contrario a sus convicciones y para otra de la misma confesión no, pues entendía que la prohibición era para empuñar las armas en una guerra injusta (después habría que analizar qué guerra es justa y cuál no). Lo que es evidente es que el legislador ha previsto un supuesto de hecho limitado en el art. 19.2, por que es el supuesto que considera más relevante. Ello, sin embargo, no impide que se pueda ejercer el derecho a la objeción, pero no en base a dicho precepto, lo que obviamente conlleva que la dinámica del ejercicio también cambie, aunque sea conceptualmente un derecho a la objeción de conciencia por motivo de la interrupción del embarazo. Por tales motivos habrá que estar a cada caso concreto en aquellos supuestos más difíciles de deslindar, por mucho que la doctrina intente desde un punto de vista teórico diferenciar qué entra en el concepto "directo" y qué no: "Cabe la negativa a la práctica del autor material u operador dominante de la conducta, como del autor mediante que se sirve de otro como instrumento de un tercero que la ejecuta; pueden declinarla los coautores que se han dividido entre si la realización del hecho, o los que participan en una labor ajena realizando actos de carácter preparatorio o de colaboración posterior a su consumación que, directa o indirectamente, provocaron o culminaron el efecto abortivo". BONILLA SÁNCHEZ: "La objeción de conciencia...", op. cit., p. 378.

¹⁵⁷⁴ "La expresión «directamente» empleada por la norma restringe a determinados profesionales su derecho fundamental a objetar (...). Esta limitación que realiza el legislador entiendo que excede su libertad de configuración y que vulnera el art. 16.1 CE". BONILLA SÁNCHEZ: "La objeción de conciencia...", op. cit., p. 377.

interpretado que tal derecho se desprende de la Carta Magna aunque no se haya previsto de forma expresa. Por eso la objeción de conciencia se ha reconocido de forma ininterrumpida hasta que ha entrado en vigor la Ley Orgánica 2/2010. Si el profesional sanitario interviene de forma directa en la interrupción del embarazo podrá objetar de acuerdo con el art 19.2 y según las formalidades allá dispuestas, sin demasiados requisitos adicionales (por ejemplo, el precepto no habla que se deba manifestar expresamente las convicciones que impidan ejecutar la prestación, sino que lo hay que manifestar de forma anticipada y por escrito es la negativa a llevar a cabo interrupciones). En cambio, si las convicciones personales impiden a un trabajador que interviene de forma indirecta en la interrupción cumplir con sus obligaciones laborales, será de aplicación lo ya explicado para supuestos atípicos: manifestación concreta de las convicciones, nexo de causalidad, sinceridad de dichas convicciones, ponderación necesaria de los derechos y bienes en juego (parece que si es de aplicación el art. 19.2 la ponderación de bienes queda matizada, pues ya ha sido tomada en cuenta por parte del legislador a la hora de plasmar el derecho), etc¹⁵⁷⁵. Sólo si se interpretara que la única manera de objetar es a través del art. 19.2 es claro que se trataría de un precepto inconstitucional, y posiblemente contrario a la normativa internacional y estatal¹⁵⁷⁶. Además, como se tendrá ocasión de examinar a continuación hay que tener en cuenta que los Códigos Deontológicos prevén el derecho a la objeción de conciencia, aunque de forma genérica, y sus preceptos tiene una clara naturaleza jurídica, aunque no puedan equipararse lógicamente a una norma con rango de ley.

6.1.3. Casos atípicos en el ámbito sanitario

Siguiendo con el hilo conductor del apartado precedente, ya se ha indicado que los profesionales sanitarios podrán ejercer el derecho a la objeción de conciencia en aquellos casos no previstos legalmente de forma expresa; lo que no resulta óbice para que fuera conveniente llevar a cabo una regulación legal expresa en la materia¹⁵⁷⁷. Así pues, tales casos incluirán la interrupción voluntaria del embarazo en aquellos supuestos que queden fuera del art. 19.2 LO 2/2010.

Para todos los supuestos de objeción de conciencia en casos no previstos de forma expresa en la ley hay que tener en cuenta que el art. 4.7 de la Ley 44/2003, de 21 de

¹⁵⁷⁵ Sería el caso del siguiente supuesto de hecho: "*Ha de reconocerse la objeción del director del centro clínico u hospitalario privado que por razón de su cargo tiene que diseñar los cuadrantes, permisos, agendas o disponibilidad de personal necesario para garantizar la práctica de interrupciones voluntarias del embarazo*". BONILLA SÁNCHEZ: "La objeción de conciencia...", *op. cit.*, p. 378. De tal descripción se desprende que dicho profesional no interviene de forma directa, sino de forma indirecta o secundaria en la interrupción del embarazo, por lo que no podrá objetar de acuerdo con el art. 19.2, sino en virtud del derecho de objeción para supuestos atípicos y si se cumplen los requisitos para ello.

¹⁵⁷⁶ Con dicha interpretación se salvaría la siguiente crítica doctrinal: "*A nuestro juicio, no está tan claro que la ley pueda impedir determinadas objeciones de conciencia al resultar absolutamente necesarias las acciones de los profesionales sanitarios para que se produzca la destrucción del embrión o del feto, lo que plantea dudas respecto a cómo ha de entenderse la expresión «directamente implicados»*". SÁNCHEZ-CARO: "La objeción de conciencia...", *op. cit.*, p. 63.

¹⁵⁷⁷ Al respecto resulta interesante el informe emitido por el Comité de Bioética de España con el título "Opinión del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad" de fecha 13 de octubre de 2011 y consultable en <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/docs/es/La%20objecion%20de%20conciencia%20en%20sanidad.pdf>.

noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias es del siguiente tenor: "*El ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico (...)*". Por lo tanto, se imponen normas jurídicas en el ejercicio de las diferentes profesiones sanitarias, pero ningún constreñimiento moral, más allá de la *lex artis* y las reglas profesionales de los códigos deontológicos, que no son *strictu sensu* limitaciones morales. Lo que ocurre es que frecuentemente los preceptos de dichos códigos son positivaciones de valores éticos de la profesión, especialmente en las códigos relacionados con profesiones sanitarias.

Debe aclararse que en la presente investigación no se entra a analizar la contradicción entre normas jurídicas que emanan del poder legislativo y las normas deontológicas, también jurídicas, que regulan las profesiones, pues se trataría de una antinomia, a solventar por los cauces previstos por el ordenamiento; y no de un supuesto objeción de conciencia, que se limita a resolver colisiones entre convicciones morales (en el presente caso sólo las de origen religioso) y obligaciones jurídicas. Así, la STC 89/1989, de 11 de mayo (BOE 14 de junio de 1989), dictada por el Pleno establece que "*los Colegios Profesionales, en efecto, constituyen una típica especie de Corporación, reconocida por el Estado, dirigida no sólo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión -que constituye un servicio al común- se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, que, en principio, por otra parte, ya ha garantizado el Estado con la expedición del título habilitante. Todo ello supone un conjunto normativo estatutario, elaborado por los miembros del Colegio y sancionado por el poder público, que permitirá, a la vez, la posibilidad de recursos y la legitimación para interponerlos, tanto por los colegiados como por personas ajenas al Colegio, pero no ajenas al ejercicio de la profesión, sean clientes, sean interesados extracontractuales, en su caso, es decir, según la profesión de que se trate*" (Fundamento Jurídico Quinto).

Tales colegios profesionales, también los que reglamentan las profesiones sanitarias, como los colegios de médicos, confeccionan normas deontológicas cuya naturaleza es netamente jurídica como reconoció la STC 219/1989, de 21 de diciembre (BOE 11 de enero de 1989) "*las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los Colegios para «ordenar ... la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares» [art. 5 i) de la Ley de Colegios Profesionales], potestades a las que el mismo precepto legal añade, con evidente conexión lógica, la de «ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial».* Es generalmente sabido, por lo demás, y, por tanto, genera una más que razonable certeza en cuanto a los efectos sancionadores, que las transgresiones de las normas de deontología profesional, constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios profesionales. Y, en último extremo, este mismo criterio por el que se considera el incumplimiento de dichas normas como merecedor de las sanciones previstas en el ordenamiento corporativo es el que viene

manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (...)" (Fundamento Jurídico Quinto)¹⁵⁷⁸.

Los arts. 32 a 35 del Código de Deontología médica del Consejo General de Colegios de Médicos de 2011 regulan la objeción de conciencia del médico, sin diferenciar si se trata de un médico que ejerce por cuenta ajena o no, ya que el aspecto que prevalece es el ejercicio de la profesión. Así, el art. 32.1 establece que "*se entiende por objeción de conciencia la negativa del médico a someterse, por convicciones éticas, morales o religiosas, a una conducta que se le exige, ya sea jurídicamente, por mandato de la autoridad o por una resolución administrativa, de tal forma que realizarla violenta seriamente su conciencia*". Es decir, en el caso de los médicos nadie podrá argüir que no existe ninguna norma jurídica que no haya previsto el derecho a la objeción de conciencia, pues el Código sí la recoge y deber reputársele naturaleza jurídica, aunque obviamente no goce del rango de ley. Y el apartado segundo del citado art. 32 aclara lo

¹⁵⁷⁸ "*Con independencia del valor jurídico que adquieren con la aprobación por el colegio profesional, en un plano ético, son susceptibles de vincular a todos los profesionales. El motivo es que las normas deontológicas tienen un carácter eminentemente ético, su fundamento se asienta en la propia dignidad humana. No es necesario vincularlo con ninguna norma religiosa porque los dictados deontológicos no sobrepasan el ámbito de la razón humana, no alcanza la trascendencia de los preceptos religiosos. Por eso se muestran como un patrimonio común de todos los hombres sin que nadie pueda obviarlas*". GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro: "Régimen jurídico de los «Testamentos Vitales». La protección de los derechos fundamentales a través de estos documentos", en AAVV: *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2003, pp. 334-335. Como ha dejado bien claro el Tribunal Constitucional las normas contenidas en un código deontológico poseen naturaleza jurídica, por lo que serán vinculantes para todos los sujetos de su ámbito de aplicación. Ahora bien, resulta asimismo evidente que las normas de naturaleza moral contenidas en el Código no serán vinculantes si no poseen la citada naturaleza jurídica. Por ejemplo, una simple recomendación o un precepto programático tendrán unos efectos jurídicos reales relativos, por mucho que se inserten en un código deontológico, y se insertarán conceptualmente en el denominado "*soft law*". Pues ese "plano ético" del que habla el autor, no tiene porque ser coincidente en todos los médicos. Mientras unos entenderán que la medicina tiene unos límites, otros los fijarán de forma diferente; mientras unos tengan una posición frente al aborto, la eutanasia o la utilización de células madre, otros serán de opinión diferente. Si el "plano ético" fuera igual para todos los facultativos no tendría sentido la objeción de conciencia, ya que todos los médicos objetarían de forma automática frente al mismo supuesto de hecho, cuando tal acontecimiento de laboratorio dista de la realidad. El ámbito médico es mucho más plural y las sensibilidades del colectivo distan de ser homogéneas. Aunque es lógico que todos los médicos tengan unos principios profesionales compartidos, como es la protección de la vida, incluso en ese aspecto no hay una opinión unánime (lo que es normal pues incluso el concepto de "vida" del *nasciturs* ha sido muy discutido en el plano jurídico). Por tal razón, son las normas jurídicas, y no unos preceptos morales de general aplicación, las que fijan qué conductas se deben seguir. Una vez asumida la necesidad de cumplir las normas jurídicas, cada médico actuará en cada momento según su propia conciencia, que es lo que puede provocar fricciones entre juricidad y moralidad y, por ende, que se materialice la objeción de conciencia. Naturalmente que no es necesario vincular un código deontológico a normas religiosas, pero no porque "*los dictados deontológicos no sobrepasan el ámbito de la razón humana, no alcanza la trascendencia de los preceptos religiosos*". El principal motivo de que ello no sea así, es porque introducir normas netamente religiosas en un código deontológico sería claramente inconstitucional por vulnerar el art. 16 CE y no respetar la neutralidad (no se olvide que como ha confirmado el Tribunal Constitucional las colegios profesionales no son asociaciones privadas ya que llevan a cabo algunas funciones públicas, entre ellas regular la profesión). Es claro que un Código Deontológico ha de ser neutral desde el punto de vista religioso e ideológico, pues deberá ser apto para que sea aplicado por todos sus destinatarios, con creencias religiosas del tipo que sean o sin ellas, y de todos los espectros políticos. Además, en una gran número de ocasiones, tal cumplimiento afectará a pacientes y a sus familiares, o a otros profesionales, con igual pluralidad de creencias políticas y religiosas.

siguiente: "*El reconocimiento de la objeción de conciencia del médico es un presupuesto imprescindible para garantizar la libertad e independencia de su ejercicio profesional. No es admisible una objeción de conciencia colectiva o institucional*".

Los apartados primero y segundo del art. 33 explicitan qué no debe entenderse por objeción de conciencia:

- Aquellos supuestos que obedezcan a criterios de conveniencia u oportunismo, es decir, en los que no existe una colisión entre obligación moral y obligación jurídica. Tal precepto hay que relacionarlo con el art. 35, que establece que de la objeción de conciencia no se puede derivar ningún tipo de perjuicios o ventajas para el médico que la invoca. Es la plasmación jurídica del tradicional principio de la sinceridad de las convicciones religiosas que motivan la objeción.

- No ha de confundirse la libertad de método y prescripción con la libertad de conciencia. Así, desde el prisma laboral tampoco es lo mismo el *ius resistendae* motivado por razones técnicas, que el motivado por razones religiosas, que configura una verdadera objeción de conciencia, aunque en ambos casos se puede justificar la falta de acatamiento de obligaciones jurídicas.

El art. 33.3 establece un deber y una facultad de comunicación:

- Deber: El médico debe comunicar al responsable de garantizar la prestación su condición de objetor. Se trata de un deber similar al del art. 19.2 Ley Orgánica 2/2010. En el caso del médico por cuenta ajena tal comunicación se realizará con toda probabilidad al empleador, que es en primer término el acreedor de la prestación laboral.

- Facultad: El médico puede, si así lo desea, comunicar su condición de objetor a su Colegio, quien le podrá así asesorar y ayudar. Así pues, se trata de una mera facultad.

El art. 34 del Código está dedicado a los límites de la objeción, que de este modo deberán ser tenidos en cuenta a la hora de realizar la operación de ponderación de derechos y bienes en caso de conflicto:

- Discriminación: Prohibición de objetar por razón de las características del paciente, tales como edad, raza, sexo, hábitos de vida, ideología o religión. Como se puede comprobar, tal concepto de "discriminación" es sensiblemente más amplio que el habitual, pues engloba por ejemplo los "hábitos de vida", y en todo caso por su redactado se depende que no se configura como un listado taxativo de supuestos.

- Urgencia: En caso de urgencia, a atender a esa persona, aunque dicha atención estuviera relacionada con la acción objetada. Se trata claramente de una regla de ponderación de derechos. La urgencia va ligada al derecho a la integridad física del paciente, por lo que tal derecho ha de supraponderarse al de la objeción del profesional.

Resulta interesante el art. 34.2, que prevé el supuesto de la objeción sobrevenida, que podrá darse, por ejemplo, cuando el médico cambie de convicciones religiosas. En el caso de una objeción sobrevenida, el médico objetor deberá comunicar al paciente de forma comprensible y razonada su objeción a la prestación que le solicita; ello sin perjuicio de que si se produce la urgencia antes comentada debería prevalecer dicha urgencia, que se erige como un límite evidente al ejercicio del derecho (a menos, se entiende, que hubiera presente un profesional equivalente: misma especialidad, mismo conocimiento del caso y del paciente, etc.).

En materia de interrupción voluntaria del embarazo el Código le dedica el art. 55. En concreto, su apartado segundo es del siguiente tenor: *"El médico, que legítimamente opte por la objeción de conciencia, a la que tiene derecho, no queda eximido de informar a la mujer sobre los derechos que el Estado le otorga en esta materia ni de resolver, por sí mismo o mediante la ayuda de otro médico, los problemas médicos que el aborto o sus consecuencias pudiesen plantear"*¹⁵⁷⁹.

Aunque más antiguo, también debe tenerse en cuenta el Código de Ética y Deontología Médica de 1999, creado por la Organización Médica Colegial española, Comisión Central de Deontología. Especialmente son de interés aquí los arts. 9.3 y 26. El art. 9.3 trata de la dispensa, que puede venir motivada por razones éticas, por lo que han de incluirse las razones religiosas: *"Si el paciente exigiera del médico un procedimiento que éste, por razones científicas o éticas, juzga inadecuado o inaceptable, el médico, tras informarle debidamente, queda dispensado de actuar"*.

Por otro lado, el art. 26.1 reconoce el derecho a la objeción de conciencia, para el supuesto expreso de la interrupción del embarazo y para otros casos: *"El médico tiene el derecho a negarse por razones de conciencia a aconsejar alguno de los métodos de regulación y de asistencia a la reproducción, a practicar la esterilización o a interrumpir un embarazo. Informará sin demora de su abstención y ofrecerá, en su caso, el tratamiento oportuno al problema por el que se le consultó. Respetará siempre la libertad de las personas interesadas de buscar la opinión de otros médicos. Y debe considerar que el personal que con él colabora tiene sus propios derechos y deberes"*. Al mismo tiempo el apartado segundo del mismo artículo prevé nuevamente la potestad de comunicación de la condición de objetor al Colegio profesional: *"El médico podrá comunicar al Colegio de Médicos su condición de objetor de conciencia a los efectos que considere procedentes, especialmente si dicha condición le produce conflictos de tipo administrativo o en su ejercicio profesional. El Colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria"*.

En esta materia ha de tenerse presente el Código Deontológico de la Profesión de Enfermería de 1989. El sucinto art. 22 prevé el derecho a la objeción de conciencia en los siguientes términos: *"De conformidad en lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Constitución Española, la Enfermera/o tiene, en el ejercicio de su profesión, el derecho a la objeción de conciencia que deberá ser debidamente explicitado ante cada caso concreto. El Consejo General y los Colegios velarán para que ninguna/o Enfermera/o pueda sufrir discriminación o perjuicio a causa del uso de ese derecho"*. Como se puede apreciar, se prevé tal derecho al mismo tiempo que se reconoce la garantía de indemnidad del objetor. No obstante, *a sensu contrario* se desprende que el profesional no puede anticipar su objeción de forma genérica a un tipo de intervención concreta, sino que deberá objetar en cada caso concreto.

Además, es de notar el contenido de la Resolución parlamentaria del Consejo de Europa (Resolución) 1763 (2010) y con el título "The right to conscientious objection in lawful

¹⁵⁷⁹ Una crítica a dicho apartado segundo del art. 55 es el establecimiento de un deber que no impone la ley: *"Se supone que debería centrar su atención en proteger la libertad de conciencia del médico siempre que no produzca con su actuación un perjuicio directo a quien solicita su ayuda"*. NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia...*, op. cit., p. 161. Tal crítica, no obstante, es más de oportunidad que de corrección jurídica, pues la corporación colegial es soberana para decidir qué deberes impone a sus colegiados en beneficio de la profesión, de sus colegiados, pero también teniendo en cuenta a los ciudadanos, al tratarse de una función pública.

medical care". Entre otras cuestiones su punto primero establece que "*no person, hospital or institution shall be coerced, held liable or discriminated against in any manner because of a refusal to perform, accommodate, assist or submit to an abortion, the performance of a human miscarriage, or euthanasia or any act which could cause the death of a human foetus or embryo, for any reason*". La citada regulación no sólo se extiende a personas físicas, sino también a entes jurídicos.

Después de la interrupción voluntaria del embarazo, otro foco de controversia jurídica lo puede constituir la eutanasia o el suicidio asistido. Dejando al margen las discusiones doctrinales sobre el significado de eutanasia, de suicidio asistido, etc¹⁵⁸⁰. se pueden diferenciar básicamente entre dos posiciones diferentes: 1) una obligación jurídica que obligue a terminar con la vida del paciente (por ejemplo, la orden de desconectar al paciente de una máquina de respiración que le mantiene con vida), y tal obligación colisiona con las convicciones religiosas del profesional sanitario; y otra en sentido contrario, 2) que exista una obligación jurídica de mantener la paciente con vida cueste lo que cueste, y sean cuales sean las circunstancias, y tal obligación jurídica entre en conflicto con las convicciones religiosas del trabajador, que entiende que debe colaborar activamente en la muerte del paciente.

Ni en un caso ni en otro existen normas expresas que amparen la objeción de conciencia, por lo que eventualmente se tratarían de objeciones de conciencia en supuestos atípicos. Ahora bien, en el caso que la obligación jurídica vaya encaminada a terminar con la vida del paciente, por ejemplo por los grandes sufrimientos que padece, ha de tenerse decididamente en cuenta el redactado actual del Código Penal. No hace falta ejercer ningún derecho a la objeción de conciencia. Al trabajador le ampara un claro *ius resistentiae* si la obligación que se le impone va encaminada a la comisión de una conducta tipificada como delito. Una conducta cuando está tipificada como delito en el Código Penal de una democracia es porque se considera que se están protegiendo bienes y garantizan derechos de primerísimo nivel, además de actuar la legislación penal de forma subsidiaria de acuerdo con su carácter de *ultima ratio*. El problema surge cuando el legislador desvirtúa la naturaleza de *ultima ratio* del Derecho Penal y penaliza conductas que, por su naturaleza menos trascendente, entidad o relevancia, deberían ser erradicadas, por ejemplo, por el Derecho Administrativo sancionador si se considerara correctamente el sistema de valores constitucional. En todo caso aquí ha de partirse que al trabajador no se le puede obligar a llevar a cabo conductas tipificadas en el Código Penal, especialmente aquellas descritas en el art. 143 CP, que es del siguiente tenor:

1. *El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.*
2. *Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.*
3. *Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.*
4. *El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será*

¹⁵⁸⁰ Sobre la evolución de la eutanasia vid. MÉNDEZ BAIGES, Víctor: *Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2002, pp. 33-35.

castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.

Así pues, tal y como se ha explicado al tratar de la figura del *ius resistendae*, el trabajador está legitimado para incumplir obligaciones jurídicas que vayan encaminadas a infringir el ordenamiento jurídico, especialmente contra aquellos preceptos que conforman el ordenamiento penal, por tratarse de obligaciones totalmente viciadas. Por ello no es necesario en tal caso acudir a la figura de la objeción de conciencia.

Sí que se podría acudir a la figura de la objeción de conciencia si se pretende que el trabajador cumpla con obligaciones jurídicas que, aunque no encuadrables en ningún precepto penal (imagínese de todos modos que se destipifica la eutanasia como ha ocurrido en otros Estados), ponen al trabajador en la tesitura de tener que ir contra sus convicciones religiosas por implicar la muerte del paciente. En tal caso el trabajador sanitario debería ejercer su derecho a la objeción de conciencia. En todo caso, ha de suponerse que si en algún momento se despenalizara la eutanasia y se regulara en el sentido de permitirla, al mismo tiempo sería conveniente habilitar mecanismos, como en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, para que los trabajadores sanitarios pudieran objetar de acuerdo con una norma jurídica que regulara el supuesto de forma expresa.

Pero analícese ahora el caso contrario, que exista una obligación jurídica de mantener al paciente con vida cueste lo que cueste, y sean cuales sean las circunstancias, y tal obligación jurídica entre en conflicto con las convicciones religiosas del trabajador, que entiende que moralmente lo conveniente sería terminar activamente con la vida del paciente. Pues lo cierto es que aquí el profesional sanitario no podrá objetar, porque se tratarían de obligaciones jurídicas que protegerían el derecho fundamental a la integridad física, a la vida (art. 15 CE). Lo cierto es que en la realidad tampoco existe tal obligación jurídica en sí, y la eutanasia es objeto de grandes debates. El art. 143 CP tipifica lo que tipifica. Ello sugiere que existen eventuales conductas médicas que no son punibles. Sobre tal precepto se ha dicho lo siguiente: *"A tenor de este precepto, toda una serie de conductas que pueden darse en el proceso de morir y que pueden tener como resultado el acortamiento de la vida de otro - especialmente todas y cada una de las omisiones posibles, que hasta entonces podía parecer que estaban castigadas - no resultan ya punibles cuando se realizan mediando la petición de aquel que muere en una situación sanitaria determinada - enfermedad grave con ciertas consecuencias - y no son susceptible de ser calificadas de causa - o de cooperación - activa, necesaria y directa de la muerte. Así, todas las omisiones, de auxilio o de tratamiento, y todos los actos indirectos dirigidos a aliviar el dolor o a cualquier otro fin, sean realizados o no por personal sanitario, sean de provocación de la muerte o de mero auxilio a morir, quedan impunes"*¹⁵⁸¹.

Por lo tanto, fuera de los casos tipificados en el Código Penal habrá que estar especialmente a las normas que conforman la *lex artis* médica y sus normas deontológicas. Y si dichas normas permiten terminar en algún caso y de alguna forma, de forma activa o pasiva, con la vida del paciente (por ejemplo, permitiendo la desconexión de una máquina que le mantiene en vida), y así lo desea el paciente (porque está lúcido y así lo expresa, o porque ha dejado escrito un testamento vital), como mucho el profesional podrá objetar y deberá ser otro profesional sanitario el que cumpla con la

¹⁵⁸¹ MÉNDEZ BAIGES: *Sobre morir...*, op. cit., p. 44.

eventual obligación jurídica. El posicionamiento respecto el suicidio asistido puede ser problemático desde el punto de vista de profesionales con ciertas convicciones religiosas, siendo difícil que exista problema alguno por parte de trabajadores ateos, aunque ello no es imposible¹⁵⁸².

Los cambios históricos producidos a la hora de morir han provocado que si bien en el pasado el rol del paciente, de sus familiares y del personal sanitario, en especial el médico, era claro; en la actualidad dichos cambios producidos por los avances de la técnica médica y los cambios sociológicos habidos, que provocan que los enfermos mueran normalmente en un centro hospitalario y no en casa o que se discutan los límites de la autonomía del paciente, hacen que pueda existir controversia sobre el sujeto y proceso de la toma de decisiones en la última fase de la vida. Así, la toma de decisiones sobre la muerte de los pacientes genera angustia a los moribundos, a sus familiares, a los médicos y a la opinión pública. De hecho, el nudo gordiano se centra en la existencia y límites de un derecho subjetivo de morir con dignidad, sobre el cual no hay acuerdo sobre las facultades u obligaciones que llevaría anudado¹⁵⁸³.

No obstante, sea cual sea el contenido de dicho derecho, la problemática anudada al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia del médico por razón de sus convicciones religiosas es más fácil de solucionar, pues normalmente la toma de decisiones sobre dicha materia es discutida y programada, sin que sea necesario tomar ninguna decisión de forma urgente o que deba ser tomada necesariamente por una persona concreta. Por lo tanto, si del derecho subjetivo a morir con dignidad se desprendiera la obligación de un centro sanitario de colaborar con el ejercicio de tal derecho, algo muy discutible en la actualidad y que no puede analizarse con detalle aquí, lo cierto es que las concretas personas asignadas para ejecutar las tareas necesarias para facilitararlo podrían ser fácilmente facultativos cuyas acciones no se vieran condicionadas por sus convicciones religiosas y que entendieran que el paciente moribundo no debe padecer más de lo debido. Y si la conducta ordenada contradijera alguna norma jurídica, el trabajador debería ejercer simplemente el *ius resistentiae*. Así, el apartado 9 de la Recomendación 779/1976 de la Asamblea del Consejo de Europa sobre los derechos de los enfermos y los moribundos se ha pronunciado en dicho sentido: "*Insisting that doctors shall act in accordance with science and approved medical experience, and that no doctor or other member of the medical profession may be compelled to act contrary to the dictates of his own conscience in relation to the right of the sick not to suffer unduly*". En todo caso, en esta materia es ineludible el contenido del

¹⁵⁸² Respecto al suicidio asistido se ha dicho desde un prisma ateo: "*Being dead will be no different from being unborn - I shall be just as I was in the time of William the Conqueror or the dinosaurs or the trilobites. There is nothing to fear in that. But the process of dying could well be, depending on our luck, painful and unpleasant - the sort of experience from which we have become accustomed to being protected by a general anaesthetic, like having your appendix out. If your pet is dying in pain, you will be condemned for cruelty if you do not summon the vet to give him a general anaesthetic from which he will not come round. But if your doctor performs exactly the same merciful service for you when you are dying in pain, he runs the risk of being prosecuted for murder. When I am dying, I should like my life to be taken out under a general anaesthetic, exactly as if it were a diseased appendix. But I shall not be allowed that privileged, because I have the ill-luck to be born a member of Homo sapiens rather than, for example, Canis familiaris or Felis catus. At least, that will be the case unless I move to a more enlightened place like Switzerland, the Netherlands or Oregon. Why are such enlightened places so rare? Mostly because of the influence of religion*". DAWKINS: *The God delusion...*, op. cit., pp. 399-400.

¹⁵⁸³ MÉNDEZ BAIGES: *Sobre morir...*, op. cit., pp. 23 y 52 y siguientes, y p. 63.

extenso art. 36 del Código de Deontología médica del Consejo General de Colegios de Médicos de 2011; y del art. 27 del Código de Ética y Deontología Médica de 1999.

Existen otros aspectos que plantean fácilmente problemas morales a los trabajadores y respecto a los cuales tampoco la eventual objeción de conciencia está prevista en ninguna norma de forma expresa. Muchos de tales conflictos pueden surgir en el ámbito de la investigación, donde sus avances provocan que los posicionamientos éticos deban irse resituando¹⁵⁸⁴. La investigación científica, especialmente en el ámbito biomédico, por su objeto de estudio es un medio muy apto para que aparezcan dilemas morales, tanto para los trabajadores creyentes como para los que no lo son¹⁵⁸⁵. Por ejemplo, la investigación con células madre plantea problemas de conciencia parecidos al aborto, pues si se considera que debe protegerse a un embrión como si ya fuera una persona, resultará que el eventual objetor de conciencia respecto el aborto tendrá las mismas razones para objetar en el caso de la investigación con células madre¹⁵⁸⁶. De este modo, normalmente las mismas confesiones religiosas y trabajadores que se oponen al aborto es posible que se opongan a tales investigaciones. Así pues, se deben aplicar las mismas reglas que para el caso de la objeción de conciencia para casos atípicos, pues en este caso no existe previsión legal alguna, más allá de las normas deontológicas, que, como es conocido, son de naturaleza jurídica. La diferencia aquí es que los límites al ejercicio del derecho no serán tan acuciantes que en escenarios de prestaciones médicas por no existir un paciente que introduzca en la ponderación de derechos y bienes sus propios derechos y bienes¹⁵⁸⁷. Por el contrario, téngase en cuenta, por ejemplo, el art. 59 del

¹⁵⁸⁴ Algunos ejemplos candentes son los siguientes: "La objeción sanitaria se instala en el terreno inicial del aborto y sus aledaños – planificación familiar, métodos anticonceptivos, venta de preservativos, fabricación de anovulatorios, administración de anticonceptivos postcoitales a los adolescentes, realización de vasectomías o ligaduras de trompas, esterilización voluntarias, etc. Pero pronto escapa de este ámbito y conquista otras cotas, merced a los modernos avances: consejo genético, biotecnología, manipulación genética, fecundación asistida, experimentación con embriones, cirugía transexual, trasplantes, xenotrasplantes, clonación, investigación, etc.". SÁNCHEZ-CARO: "La objeción de conciencia...", *op. cit.*, p. 53.

¹⁵⁸⁵ Un posicionamiento sobre el trabajo científico desde la teología católica es el siguiente: "Puede que se den, naturalmente, ocasiones en el curso de su trabajo en que se haya de arrostrar difíciles problemas éticos, y es de esperar que las decisiones que entonces adopte estarán en relación con sus creencias de cristiano sobre la naturaleza, la dignidad, la importancia y el destino del mundo y el hombre. Pero no es sólo el científico cristiano que se enfrenta con problemas éticos; todos los hemos de enfrentar, cristianos y no cristianos, científicos o no científicos, por el mero proceso de vivir una vida humana y realizar un trabajo humano. Y, aun cuando es verdad, en cierto sentido, que ser cristiano plantea problemas éticos que, en otro caso, no se plantearían (si bien sería más cierto decir que lo hace es dirigir la atención a problemas éticos que, en otro caso, podrían ignorarse), también es verdad que con frecuencia ayuda a resolver problemas éticos que, de otra forma, serían insolubles". MASCALL: *Cristianismo secularizado...*, *op. cit.*, p. 265. Desde un posicionamiento no teísta *vid.* GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: "El personal sanitario ante las nuevas técnicas de reproducción humana asistida y la investigación biomédica", en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 223-281.

¹⁵⁸⁶ "Quienes quieren prohibir la investigación con células madre embrionarias sostienen que, sean cuales sean las expectativas clínicas, una investigación que ha de destruir embriones humanos no es moralmente permisible. Muchos de los que mantienen esta postura creen que la persona empieza en la concepción, de modo que destruir un embrión, por poco desarrollado que esté, es moralmente equiparable a matar un niño". SANDEL: *Justicia: ¿hacemos...*, *op. cit.*, pp. 285-286.

¹⁵⁸⁷ "Se puede afirmar que resulta éticamente necesario reconocer no sólo la protección de los profesionales sanitarios objetores, sino también, fundamentalmente, la protección de las consecuencias de la objeción de conciencia en los usuarios y pacientes, desde el momento en que el conflicto se da entre el derecho de una persona que no quiere participar en actividades que hieren su moral y el derecho de la colectividad a las prestaciones y servicios médicos o sanitarios

Código de Deontología médica del Consejo General de Colegios de Médicos de 2011, que está dedicado a la investigación médica en que intervengan seres humanos; o el art. 29 del Código de Ética y Deontología Médica de 1999.

En este ámbito juegan un relevante rol los Comités de Bioética, que han ido proliferando en España los últimos años para ayudar a ir resolviendo esta tipología de dilemas y, lo que es más importante, evitar las controversias jurídicas antes de que nazcan. Dichos Comités son habitualmente de naturaleza pluridisciplinar, ya que habitualmente los problemas éticos afectan a varias disciplinas al mismo tiempo¹⁵⁸⁸.

6.2. Farmacéuticos

Al igual que en el caso de los profesionales de la Medicina y la Enfermería, y el resto de profesionales sanitarios, en el supuesto de los farmacéuticos el ejercicio de la objeción de conciencia puede conllevar una colisión del derecho del usuario a percibir una prestación médica reconocida por la legislación de aplicación¹⁵⁸⁹. En el presente caso ha de tenerse en cuenta que sólo se examinará la problemática de aquellos farmacéuticos que presten servicios en oficinas de farmacia mediante relación laboral.

La objeción se suele materializar cuando se dispensan píldoras postcoitales (“del día siguiente”), ya que, según algunas opiniones científicas pueden producir efectos abortivos cuando la fecundación hace poco que se ha producido, pero no hay unanimidad sobre sus efectos. Los detractores las consideran un mecanismo abortivo. En dicho supuesto puede entrar en colisión la obligación jurídica de dispensarla en el caso de aquellas personas que consideran que la vida humana debe respetarse desde el mismo momento de la fecundación. Como es conocido, la llamada “píldora del día siguiente” o “píldora del día después” es un método de emergencia muy eficaz para evitar embarazos no deseados después de un coito sin la utilización de medios anticonceptivos o cuando dicho medios han resultado insuficientes. Dicho medicamento puede actuar antes y después de la concepción, el medicamento evita la implantación del cigoto en el útero, lo que equivaldría a desproteger el embrión en la fase anterior a la implantación en el útero. La píldora postcoital es un fármaco cuyo principio activo es el *levonorgestrel* y se facilita

aprobados socialmente, que marca unos límites a la objeción de conciencia”. SÁNCHEZ-CARO: “La objeción de conciencia...”, *op. cit.*, p. 53.

¹⁵⁸⁸ La cooperación entre expertos de varias disciplinas no debería excluir a los expertos de las diferentes confesiones religiosas si se quieren evitar conflictos de conciencia antes de que se materialicen: “*Las cuestiones morales con que se enfrentan los científicos y otros trabajadores del campo secular son, sin embargo, a menudo extraordinariamente complicadas - y se han hecho más complicadas en los últimos años - especialmente en aquellos dominios, como la psicología, la neurofisiología, la quimioterapia y la genética en los que la investigación científica ha hecho posibles interferencias nuevas y potencialmente alarmantes en la personalidad humana e incluso en el futuro de la Humanidad. Creo que la solución de estos problemas exige la más estrecha colaboración entre los teólogos y quienes trabajan en los diversos campos seculares, en una atmósfera que no sea de conflicto, sino de mutuo respeto y confianza; de hecho ya sea realiza un fructuoso trabajo de esta clase, pero es necesario hacer más*”. MASCALL: *Cristianismo...*, *op. cit.*, p. 266.

¹⁵⁸⁹ Sobre esta temática es muy recomendable el extenso y completo trabajo: SÁNCHEZ CARO, Javier: “La objeción de conciencia farmacéutica”, en AAVV: *Libertad de conciencia y salud. Guía de casos prácticos*. 1ª edición. Granada: Comares, 2008, pp. 189-238. A favor del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos *vid.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro: “Las objeciones de conciencia de los profesionales de la salud”, en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 310.

gratuitamente en los centros de salud, centros de planificación familiar o servicios de urgencias de algunas comunidades autónomas. En otras comunidades sólo puede conseguirse en oficinas de farmacia, con receta y abonando su coste. La píldora postcoital está clasificada como un medicamento de uso humano, no como un producto sanitario y su eficacia baja conforme pasan las horas: 1) dentro de las veinticuatro horas después del coito: 95% de eficacia; 2) entre las veinticuatro y cuarenta y ocho horas después del coito: 85% de eficacia; y 3) entre las cuarenta y ocho y setenta y dos horas: 58% de eficacia¹⁵⁹⁰.

Se ha señalado por algún autor al tratarse la problemática de la píldora postcoital, que dicho medicamento es un anticonceptivo, y no un abortivo, y por lo tanto no es de aplicación al supuesto la doctrina de la citada STC 53/1985, que permitía la objeción al aborto sin regulación legal previa. Además, se ha recordado que las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios privados de interés público y sujetos a la planificación sanitaria. Así pues, entiende que sin habilitación legal no se puede alegar la objeción de conciencia para negarse a dispensar el medicamento y, además, dejar de sufrir las consecuencias negativas que el ordenamiento jurídico prevea (sanciones)¹⁵⁹¹. No obstante, el autor citado en dicho razonamiento no diferencia entre el farmacéutico titular de la oficina de farmacia y los farmacéuticos que mantienen una relación laboral con dicha farmacia. Así, se obvia que la objeción de conciencia es un derecho de ejercicio individual, y no se encuentra en la misma posición jurídica el titular de la oficina de farmacia, que el farmacéutico - trabajador por cuenta ajena que presta servicios para dicho titular; como no es lo mismo el médico que se niega a practicar la interrupción voluntaria de un embarazo, que el hospital público o privado que debe ofrecer la prestación médica.

Aquí no se entra a valorar si la farmacia desde el punto de vista del Derecho Administrativo debe dispensar siempre dicho medicamento, pues tal tratamiento jurídico sería ajeno al presente estudio. Eso sí, se entiende que un farmacéutico que sea trabajador asalariado puede hacer uso de su derecho a la objeción de conciencia, ya que el no es el responsable desde el punto de vista administrativo de garantizar la dispensa del medicamento, sino que lo es la oficina de farmacia como organización empresarial. Y más, cuando hay en curso una evidente discusión científica sobre si cabe considerar abortivo el citado medicamento.

La posición doctrinal defendida aquí no significa que el usuario haya de quedarse sin obtener la píldora postcoital; simplemente otro trabajador o bien el titular de la farmacia podrán dispensarla. Sólo en el supuesto que materialmente sea imposible que otra persona de la farmacia pueda dispensar el producto, y siempre que no haya ninguna farmacia abierta en las cercanías que lo dispense deberá prevalecer el derecho del usuario frente al derecho de objeción de conciencia del trabajador en cuestión, pero se tratará de un problema de limitación del derecho a la objeción de conciencia y la ponderación de derechos en juego, no la negación rotunda al ejercicio del derecho, que sería contraria a la Constitución si se basa en convicciones religiosas y contraria a la deontología profesional. Independientemente que el titular de la oficina de farmacia no

¹⁵⁹⁰ BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: "Anticoncepción, contracepción de emergencia y minoría de edad". *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010, núm. 11, p. 140.

¹⁵⁹¹ BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: "El ejercicio de la objeción de conciencia por los farmacéuticos". *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, núm. 5, pp. 104-105.

hubiera previsto tal contingencia, especialmente si el trabajador la había exteriorizado con antelación, lo que podría producir otros efectos jurídicos, lo cierto es que es conocido que la píldora poscoital debe tomarse cuanto antes para alcanzar sus máximos efectos. Así, se trataría de un supuesto parecido, salvando las distancias, al caso de una interrupción voluntaria del embarazo: si no hay profesional de la Medicina disponible y se trata de una situación urgente, el objetor debe intervenir muy a pesar de su conciencia o sufrir las consecuencias sancionadoras que correspondan, porque con su actuación habría vulnerado derechos fundamentales del paciente, además de faltar probablemente a sus obligaciones deontológicas y a las reglas de la *lex artis* de la profesión. Y todo ello, en el ámbito laboral, se traduciría en un incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales.

Téngase en cuenta que si finalmente la píldora postcoital no produjo sus efectos por haberse demorado su administración como consecuencia de la conducta obstaculizadora de la farmacia en su dispensa, el usuario pudiera reclamar los oportunos daños y perjuicios causados contra la oficina de farmacia; que a su vez, y depurando responsabilidades, podrían repetirse por el empresario contra el trabajador a través de la oportuna reclamación de cantidad.

Aparte de los Códigos Deontológicos vigentes en los Colegios profesionales de farmacéuticos repartidos por toda la geografía española, ha de tenerse en cuenta el Código de Ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica, aprobado el 14 de diciembre de 2001 por la Asamblea General de Colegios Oficiales de los Farmacéuticos de España. Así, el art. 23 dispone que "*el farmacéutico respetará las actuaciones de sus colegas y de otros profesionales sanitarios, aceptando la abstención de actuar cuando alguno de los profesionales de su equipo muestre una objeción razonada de ciencia o de conciencia*". Es en el art. 28 que se reconoce el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico: "*La responsabilidad y libertad personal del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho a la objeción de conciencia, respetando la libertad y el derecho a la vida y la salud del paciente*". Es decir, se reconoce el derecho a la objeción de conciencia teniéndose en cuenta los derechos del paciente, respecto los cuales habrá de realizarse en su caso la correspondiente ponderación. Como suele ser habitual, en los Códigos Deontológicos se recoge la facultad del objetor de comunicar su postura al Colegio correspondiente, facultad que se regula en el art. 33 en los siguientes términos: "*El farmacéutico podrá comunicar al Colegio de Farmacéuticos su condición de objetor de conciencia a los efectos que considere procedentes. El Colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria*".

Como ocurre con todas las profesiones sanitarias, en el caso de los farmacéuticos si desean objetar deberán tener siempre en cuenta el derecho de los pacientes, tal y como establece el art. 4.5 Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, que les es plenamente de aplicación: "*Los profesionales tendrán como guía de su actuación el servicio a la sociedad, el interés y salud del ciudadano a quien se le presta el servicio, el cumplimiento riguroso de las obligaciones deontológicas, determinadas por las propias profesiones conforme a la legislación vigente, y de los criterios de normo-praxis o, en su caso, los usos generales propios de su profesión*".

De acuerdo con el art. 86.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, "*el farmacéutico dispensará el medicamento prescrito por el médico*". Además, las mujeres son titulares de un derecho subjetivo a

obtener esta concreta prestación sanitaria según el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización:

- ANEXO II: "Cartera de servicios comunes de atención primaria":

- 6.2.3.: Promoción de conductas saludables en relación a la sexualidad, evitación de embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual.

- 6.3.2.: Indicación y seguimiento de métodos anticonceptivos no quirúrgicos y asesoramiento sobre otros métodos anticonceptivos e interrupción voluntaria del embarazo.

- ANEXO III: "Cartera de servicios comunes de atención especializada"

- 5.3.7.2.: Información, indicación y seguimiento de métodos anticonceptivos, incluidos los dispositivos intrauterinos.

A falta de regulación estatal, la objeción de conciencia a la hora de dispensar medicamentos, especialmente respecto la píldora postcoital, ha sido regulada por algunas Comunidades Autónomas:

- Ley 8/1998 de La Rioja.

- Ley 5/1999 de Galicia: art. 6.

- Ley 7/2001 de Cantabria: art. 3.2.

- Ley 5/2005 Castilla La Mancha: art. 17.

Quizás un buen ejemplo de cómo evitar las controversias, y a falta de una normativa estatal que legisle en la materia, es el Acuerdo de julio de 2009 firmado por la Generalitat de Cataluña y el Consejo de Colegios de Farmacéuticos de Cataluña que aprueba un protocolo respecto la dispensa sin receta médica en las farmacias catalanas de anticonceptivos de emergencia. Dicho acuerdo compatibiliza el acceso de los pacientes al medicamento y al mismo tiempo permite que los farmacéuticos que lo deseen puedan objetar. El punto 3.2 del acuerdo reconoce el derecho a la objeción de conciencia en los siguientes términos: *"L'objecció de consciència és la negativa d'una persona a realitzar determinats actes o a prendre part en determinades activitats, que li ordena la llei o l'autoritat competent, basant-se en raons de convicció moral. No obstant, encara que hi pugui haver algun professional sanitari que exerceixi el seu dret individual constitucional d'objecció de consciència, cada centre de la xarxa sanitària pública ha d'assegurar un circuit que permeti mantenir el dret de la usuària a accedir a l'AE"*. Y a continuación el protocolo firmado aclara: *"En el cas que el farmacèutic o la farmacèutica, basant-se en raons de convicció moral, no vulgui dispensar l'AE, haurà d'indicar a la persona que li demana el punt més proper on la pot aconseguir, tenint en compte les condicions d'accessibilitat a un altre centre doncs s'ha de possibilitar que el tractament es pugui fer en les condicions adequades, tant pel que fa al factor temps com al desplaçament, de forma que el retard en el tractament no pugui tenir conseqüències en relació amb les condicions d'eficàcia. Així, en primera instància, li proposarà la derivació al centre d'atenció primària o l'ASSIR més proper de l'oficina de farmàcia o del seu domicili particular, o bé l'adreçarà a l'oficina de farmàcia més propera"*. Si la paciente no pudiera acceder al medicamento en un tiempo razonable, por lo que se pudiera neutralizar sus efectos, los farmacéuticos objetores deberán entregar obligatoriamente dicho

medicamento a pesar de su conflicto de conciencia, pues pesaría más el derecho de la paciente (art. 15 CE), que su derecho a objetar.

La mediática STC 145/2015, de 25 de junio (BOE 31 de julio de 2015), dictada por el Pleno, no aporta mucha luz sobre el tema, en parte, a causa del supuesto de hecho, y, en parte, por la argumentación, escasa, esgrimida por el Tribunal. En relación al supuesto de hecho no aporta mucha luz a la temática aquí tratada porque en dicha sentencia, muy polémica y con dos durísimos votos particulares (más otro voto concurrente del mismo Ponente), trata de un cotitular de farmacia que discrepa de una sanción administrativa impuesta por la Administración autonómica por no disponer de preservativos, ni de píldoras postcoitales en *stock* en la farmacia. Por lo tanto, ni trata de un trabajador por cuenta ajena que objete por razón de convicciones religiosas, ni tan siquiera se trata de un supuesto de negativa de expedición de la píldora. Efectivamente, las farmacias deben disponer de las píldoras poscoitales y de los preservativos a tenor de la normativa sectorial de aplicación. Tal y como manifiesta con acierto uno de los dos votos particulares, no se acierta a ver dónde queda la objeción de conciencia, pues no es detectable que exista un dilema entre las convicciones religiosas de un farmacéutico y la obligación jurídica de entregar la píldora postcoital a una paciente concreta. Dicho voto particular, al contrario que la sentencia comentada, diferencia entre el cotitular de la farmacia presuntamente objetor, el otro respecto al cual no consta que tuviera tampoco un conflicto moral con la venta del producto, y el resto de farmacéuticos asalariados. De hecho, consta que fue un trabajador asalariado quien trató con el Inspector de Sanidad que motivó el procedimiento sancionador. Es evidente que tampoco la oficina de farmacia como tal puede objetar, sino que tal derecho debía haber sido ejercido o bien por los titulares o bien por algún trabajador concreto, pero realmente no parece haberse producido ningún dilema moral, por lo que difícilmente se podía objetar.

El Tribunal valoró especialmente que no se negó a ningún ciudadano el acceso al medicamento. Pero tiene razón el primer voto particular cuando indica que tal argumento no parece válido, porque es evidente que, si no disponían de dichos productos en la farmacia, obviamente no se podían suministrar. Más relevante parece el argumento de que, al tratarse de una farmacia situada en el centro mismo de Sevilla, sería fácil encontrar tal medicamento en otras farmacias que sí las dispensaran, pero, como indican los dos votos particulares, tampoco se ofrecen datos objetivos al respecto, extremo que no podía obviar el Tribunal. Aunque el Tribunal no lo indique, es factible imaginar que dicha farmacia rotara para hacer las guardias, y, si no guardaban ningún *stock* de píldoras postcoitales, sumado a que no se conoce a ciencia cierta si el resto de farmacias de la zona disponían de *stock* o si estaban dispuestas a hacer entrega de tales productos a petición de las pacientes, todo hace pensar que no se ha ponderado suficientemente el derecho a la salud e integridad física de las eventuales pacientes (art. 15 CE).

El Tribunal otorga especial relevancia al hecho de que el farmacéutico estaba registrado como objetor de conciencia en su Colegio profesional, así como el reconocimiento de la objeción de conciencia en la normativa deontológica. De hecho, aunque en ningún momento se ponga en duda, en el relato fáctico se observa que la misma Administración daba por sinceras las convicciones religiosas del farmacéutico, por lo que ni tan siquiera consideraba necesaria aportar certificación de la declaración anticipada de objeción de conciencia en el colegio profesional. La cuestión es que parece supraponderarse el valor de las normas deontológicas, que surten efecto jurídicos pero tienen la naturaleza que tienen (no superior a las normas administrativas sectoriales con rango de ley), y además

parece estéril comprobar la sinceridad de las convicciones religiosas del farmacéutico si no ha habido ningún conflicto de conciencia real.

Es interesante destacar que el Tribunal considera, sin realizar demasiado esfuerzo argumentativo (por ejemplo, se podía haber argumentado que las convicciones exteriorizadas por el objetor no eran sinceras, suficientes o coherentes respecto este extremo), que no es posible objetar en relación a la venta de preservativos en los siguientes términos: *"el demandante también fue sancionado por no disponer (y, en consecuencia, no dispensar) de preservativos en la oficina de farmacia que regenta. Vistas las razones que nos han conducido a considerar que la falta de existencias, en el establecimiento citado, del principio activo levonorgestrel 0,750 mg queda amparada por el art. 16.1 CE, es patente que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado. La renuencia del demandante a disponer de profilácticos en su oficina de farmacia no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias reconocida en el art. 16.1 CE. Ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto"* (Fundamento Jurídico Sexto).

En resumen, la sentencia comentada 1) no resuelve la problemática jurídica de los farmacéuticos por cuenta ajena respecto los eventuales conflictos de conciencia que puedan materializarse en el ejercicio de su profesión; 2) tampoco ayuda dicha sentencia a construir la dogmática necesaria sobre el derecho a la objeción de conciencia en España, tal y como pone de manifiesto el voto concurrente del mismo ponente; 3) evidencia la debilidad de los argumentos de una sentencia que merecía mayor calado jurídico por la relevancia del tema (especialmente en la descripción del dilema de conciencia si existía y la operación de ponderación de bienes); y 4) pone de manifiesto nuevamente no sólo cierta ideologización del Tribunal en deterioro de su prestigio, sino que al mismo tiempo vuelve a manifestarse los posicionamientos extremos que tanto criticaba NORBERTO BOBBIO: un cierto iusnaturalismo en el parecer mayoritario que guarda un poco las formas, pero no deja de infravalorar la legalidad vigente (no en pos de la diversidad de creencias, sino en pos de ciertas convicciones muy concretas); y en uno de los votos particulares un positivismo extremo que eleva a la sacralidad la norma, tenga el contenido que tenga, y despliegue las consecuencias jurídicas que despliegue.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tampoco ayuda demasiado, pues no consta que haya resuelto ninguna controversia referida a farmacéuticos por cuenta ajena. Lo más parecido es un supuesto en el cual también dos titulares de farmacia (no consta la intervención de trabajadores) se negaron a dispensar píldoras anticonceptivas a tres mujeres (del texto de la sentencia no se desprende que fueran postcoitales). La STEDH de 2 de octubre de 2001, caso Pichon y Sajous contra Francia, otorga prevalencia a las mujeres a obtener el medicamento, pero sin entrar a analizar en demasía las circunstancias concurrentes: *"The Court notes that in the instant case the applicants, who are the joint owners of a pharmacy, submitted that their religious beliefs justified their refusal to sell contraceptive pills in their dispensary. It considers that, as long as the sale of contraceptives is legal and occurs on medical prescription nowhere other than in a pharmacy, the applicants cannot give precedence to their religious beliefs and impose them on others as justification for their refusal to sell such products, since they can manifest those beliefs in many ways outside the professional sphere"*.

Naturalmente el supuesto que se comentará ahora no es comparable ni mucho menos con el caso español, pero sí es ilustrativo de una forma diferente de tratar de forma creativa las controversias jurídicas. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 US ___ (2014), se analiza si varias compañías capitalistas ordinarias, pero regidas por propietarios creyentes y que aplican sus creencias a los negocios, pueden oponer sus convicciones religiosas a cierta normativa de seguros. Así, tales compañías suscriben una póliza de seguro que cubre la asistencia sanitaria de sus trabajadores (una especie de mejora voluntaria de Seguridad Social, salvando las distancias). Pero como los propietarios son muy creyentes, por razones religiosas excluyen de la cobertura los métodos contraceptivos. Por razones de la legislación aplicable, si excluyen los métodos anticonceptivos el resultado es muy gravoso para las empresas; pero la otra opción disponible es retirar la cobertura a los trabajadores, lo cual por cierto también les reporta un gran perjuicio económico. El Tribunal Supremo decide aplicar la normativa de libertad religiosa a las sociedades por el hecho de que claramente están regidas por personas creyentes cuyos conceptos morales aplican a la gestión empresarial, consideran sus convicciones sinceras y en tercer lugar consideran que la normativa sobre la cobertura sanitaria vulnera su libertad religiosa. Es más, si las compañías otorgaban cobertura sanitaria a sus trabajadores ello venía motivado por las creencias religiosas de su propietarios, porque la ley no les obligaba a concertar tal cobertura.

Se reitera que dicho caso es difícil que se dé en España, y de darse su solución sería muy diferente; pero lo interesante del caso es cómo el Tribunal Supremo afronta de forma extremadamente argumentada varios casos acumulados a la vez y ponderando cada una de las alegaciones según los bienes, derechos y límites en juego. En uno de los votos particulares de la STC 145/2015, de 25 de junio (BOE 31 de julio de 2015), se afirma al final de su argumentación desde un prisma netamente positivista: "*Hoy es la dispensación de la píldora anticonceptiva, mañana podrán ser la vacunación obligatoria, o la obligación tributaria, o un largo etcétera, los supuestos afectados por la negativa a cumplir el correspondiente deber jurídico apelando al derecho a la objeción de conciencia, conformado a voluntad de quien esgrime la objeción, sin necesidad de una previsión legal al respecto*". En el caso norteamericano comentado la Administración alegaba que si el Tribunal Supremo permitía la objeción de conciencia unas calamidades jurídicas parecidas a las descritas en el voto particular podrían ocurrir: "*HHS and the principal dissent argue that a ruling in favor of the objecting parties in these cases will lead to a flood of religious objections regarding a wide variety of medical procedures and drugs, such as vaccinations and blood transfusions*". ¿Cuál fue la contestación del Tribunal Supremo a dicho alegato catastrofista? Simplemente: "*HHS has made no effort to substantiate this prediction*".

Un somero repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo los Estados Unidos de las últimas décadas (algunos casos son comentados en la presente investigación) constata que ha hecho frente a casos extremadamente complejos, muy delicados y con unas consecuencias totalmente relevantes para el país. Tampoco allí han faltado posturas catastrofistas, de un signo u otro, iusnaturalistas o positivistas en un alto grado, partidarios del *self restrain* o de la intervención más decidida del órgano jurisdiccional¹⁵⁹².

¹⁵⁹² Al respecto se puede examinar, por ejemplo, el siguiente voto particular contenido en una sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y que es partidario de restringir la actividad

En todo caso, el reconocimiento moderado de un derecho a la libertad de conciencia, combinado con normas que reconocen la diversidad, y una adecuada combinación de descentralización (normas Estatales con Tribunales Supremos estatales) y centralización (normas federales y el Tribunal Supremo del país) no ha dado lugar a la anarquía jurídica, no ha obstaculizado el progreso económico, ni científico, ni cultural. Al contrario, el sistema con sus defectos les ha permitido a los estadounidenses progresar y reinventarse en cada controversia jurídica.

6.3. Periodistas

El art. 20.1.d) CE indica que se reconocen y protegen los derechos “*a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*”. De este modo la Constitución reconoce expresamente una modalidad de ejercicio de objeción de conciencia, aunque utilizando el término "cláusula de conciencia". Tal precepto hay que ponerlo en relación con el art. 19 DUDH, el art. 19.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 10.1 Convenio de Roma. La STC 6/1981, de 16 de marzo, ha interpretado el art. 20.1.d) CE en relación a la genérica libertad de expresión en el siguiente sentido: "*La libertad de expresión que proclama el artículo 20, 1, a), es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluidos frente a la propia Ley en cuanto esta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (artículos 20, 4 y 53, 1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (artículo 20.1, d), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar, que en cierto sentido puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también sin duda todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva sobre todo de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social*" (Fundamento Jurídico Cuarto).

jurisdiccional y respetar al máximo la tarea del legislador. Es el denominado "self-restraint" judicial, que se opone al "judicial activism". Se trata de la sentencia dictada en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943): "*Tact, respect, and generosity toward variant views will always commend themselves to those charged with the duties of legislation so as to achieve a maximum of good will and to require a minimum of unwilling submission to a general law. But the real question is, who is to make such accommodations, the courts or the legislature? This is no dry, technical matter. It cuts deep into one's conception of the democratic process - it concerns no less the practical differences between the means for making these accommodations that are open to courts and to legislatures. A court can only strike down. It can only say «This or that law is void.» It cannot modify or qualify, it cannot make exceptions to a general requirement*". Parece que se refiere a normas de aplicación general, no a obligaciones contractuales que afectan sólo a las partes contratantes. En el caso de la relación laboral quizás sería la citada reflexión adecuada para el caso de la normativa de prevención de riesgos laborales, los códigos deontológicos en el ejercicio de algunas profesiones, o las leyes sanitarias en el supuesto de los profesionales sanitarios, por citar algunos ejemplos. En tales casos, la discrecionalidad de las partes y, con más razón la judicial, sería mínima.

La denominada cláusula de conciencia ha sido desarrollada en la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información. De acuerdo con dicho desarrollo normativo deberá analizarse si la modalidad de objeción de conciencia abarca también aquellas objeciones motivadas por las convicciones religiosas, ya que el art. 20.1.d) CE indica que la ley desarrollará la cláusula de conciencia "en el ejercicio de estas libertades"; o sea, el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, no en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa o ideológica. El art. 1 de la LO 2/1997 explicita cuál es la finalidad de la cláusula de conciencia: "La cláusula de conciencia es un derecho constitucional de los profesionales de la información que tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño de su función profesional". Por lo tanto, si el trabajador ejerce el derecho a la objeción de conciencia, por cumplirse con los requisitos que se explicarán a continuación, lo que se intenta con ella es garantizar la independencia, y informativa se entiende. Es decir, la objeción reconocida no tiene por finalidad aparente o directa garantizar las convicciones de los informadores, sean religiosas, sean de otro tipo; sino velar por el ejercicio correcto de los derechos a comunicar o recibir libremente información veraz. O lo que es lo mismo, las convicciones ideológicas, y aunque el precepto no lo diga probablemente también religiosas, son tenidas en cuenta a los efectos de proteger el correcto ejercicio de la profesión como informadores, una protección que sirve a su vez a otros derechos y bienes (por ejemplo, la formación de una opinión pública libre y plural).

La norma habla de "profesionales de la información", pero no especifica quiénes se entiende por tales. Si, por ejemplo, sólo deben incluirse las personas con formación académica reconocida, o si la titulación sería indiferente a los presentes efectos. A tenor de los derechos protegidos y la naturaleza de la cláusula de conciencia habría de entenderse que lo relevante es que se trate de profesionales que se dediquen a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión en los términos del art. 20.1.d) CE, siendo indiferente si poseen una titulación académica concreta para ello, sin necesidad de distinguir entre periodistas e informadores. Lo relevante es que se lleven a cabo funciones de información¹⁵⁹³. En dicho sentido la STC 199/1999, de 8 de noviembre (BOE 6 de diciembre de 1999), ha interpretado el ámbito subjetivo de aplicación de la cláusula de modo amplio: "El derecho a la cláusula de conciencia encuentra, pues, su ámbito subjetivo de aplicación en las relaciones contractuales de los profesionales de la información con las empresas de comunicación para las que trabajan, con vistas a la garantía del ejercicio de su propia libertad informativa. La afectación del derecho de información del profesional como criterio de legitimación para la invocación de la cláusula impide en términos constitucionales la elaboración de un catálogo cerrado de funciones cuyos titulares pudieran reclamarla ; máxime teniendo en cuenta la variedad de tareas en las que la libertad informativa puede verse involucrada en una sociedad en la que en la transmisión de noticias no juegan un

¹⁵⁹³ De igual parecer BLAT GIMENO, Francisco R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986, p. 193. Se ha afirmado que "deberán ser sujetos de este derecho «quienes ejerzan la actividad periodística», al margen del título universitario que ostenten (o no), puesto que se trata de un derecho individual, que cualquier ciudadano puede ejercer, y no un derecho institucional". LÓPEZ TALAVERA, M^a del Mar y BARROSO ASENJO, Porfirio: "La cláusula de conciencia periodística: perspectiva ética", en AAVV: *La libertad de las conciencias en la regulación del derecho a la información*. 1ª edición. Valencia: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2006, p. 235.

papel esencial sólo las palabras sino tanto o más las imágenes, fotografías, presentaciones gráficas o de composición que contribuyen igualmente a la descripción del hecho, a destacar ciertos aspectos de él, a lograr un enfoque ideológico determinado o a dotarle de una mayor o menor relevancia informativa según los intereses del medio, tareas todas ellas en las que además habrá de considerarse la autonomía y creatividad propias con las que opere el profesional para poder concluir que se encuentra ejerciendo su derecho a transmitir información. En definitiva, tal como afirma el Ministerio Fiscal, la delimitación subjetiva del derecho no puede hacerse con abstracción de las funciones realizadas, como tampoco limitarse indebidamente a determinadas categorías profesionales excluyendo otras potencialmente susceptibles de ser integradas en la regulación de la cláusula" (Fundamento Jurídico Cuarto).

La cláusula de conciencia otorga al profesional de la información dos facultades: la rescisión del contrato en unos supuestos de hecho (art. 2), y el reconocimiento especial del *ius resistendae* en otro supuesto (art. 3).

De acuerdo con el art. 2, en virtud de la cláusula de conciencia los profesionales de la información que presten servicios por cuenta ajena para una empresa de comunicación tienen derecho a solicitar la rescisión de su relación jurídica, es decir, del contrato de trabajo. Tal rescisión, que es reputada por la ley como "libre" (hay que interpretarlo como el otorgamiento de una facultad que se utiliza discrecionalmente por el profesional por cuenta ajena), dará lugar a una indemnización, que no será inferior a la pactada contractualmente o, en su defecto, a la establecida por la Ley para el despido improcedente; o sea, se trata de una remisión al art. 56.1 ET. Y para poder proceder a la rescisión contractual, que es la única opción jurídica ofrecida por la ley para solventar la colisión de derechos¹⁵⁹⁴, la ley prevé dos supuestos de hecho diferentes:

- 1) Cuando en el medio de comunicación con el que se esté vinculado laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica. Aunque la ley no lo explicita, habría que entender que la orientación informativa o la línea "ideológica" podría ser de naturaleza religiosa, pues no parece que tenga ningún sentido, por la finalidad de la norma, restringir su ámbito objetivo a los cambios de ideología solamente de naturaleza política. Por lo tanto, no es de aplicación la cláusula de conciencia si la empresa ha mantenido siempre la misma línea y de repente el trabajador empieza a discrepar de ella. Así se pronuncia la STSJ de Galicia de 23 marzo 1999 (AS 1999, 448): "*Nos parece obligado precisar que nuestro fallo sería de signo opuesto si la línea editorial hubiese permanecido inmodificada, pues tratándose*

¹⁵⁹⁴ Supuesto que ha de diferenciarse bien del otro mecanismo previsto por la ley, cual es el derecho a la desobediencia en el supuesto de hecho del art. 3. Así, respecto a la cláusula de conciencia se ha dicho que "*su efecto primordial es el de que permite valorar e indemnizar como despido improcedente la renuncia voluntaria del trabajador por incompatibilidad con el ideario (principios editoriales) sobrevenido (no puede invocar la cláusula si los principios regían ya cuando inició su relación con el medio) o en su caso de su traslado a otro medio del mismo grupo (no a otra sección del mismo medio, aunque un traslado interno puede tener relevancia ideológica para el periodista: en ese caso, lo que puede hacer es negarse a elaborar informaciones concretas, por razones deontológicas, sin que pueda ser sancionado por su negativa; pero el informador no puede contrarrestar activamente la nueva tendencia empresarial mediante informaciones propias de sesgo opuesto). Para justificar la aplicación de la cláusula de conciencia, ha de haber un cambio de la orientación informativa o de la línea ideológica (principios editoriales); cambio que ha de ser sustancial y patente, no sólo perceptible objetivamente por el periodista, sino por la Redacción y por el público en general". GARCÍA NORIEGA, Antonio: *Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales*. 1ª edición. Madrid: Difusión Jurídica, 2009, p. 165.*

*de discrepancia ideológica inicial la voluntaria integración en plantilla obligaba a la trabajadora -buena fe y «pacta sunt servanda»- a no desentonar con los criterios del diario, que necesariamente había de asumir quien no iba a desempeñar precisamente una actividad «neutra respecto de la ideología de la empresa» (...). Esta y no otra es la solución arbitrada por el legislador para el envés del despido -la extinción del contrato por voluntad del trabajador- en la regulación de la Cláusula de Conciencia de los Profesionales de la Información (art. 2 LO 2/1997) (...). De lo que obviamente se deduce que no cabe invocar la citada cláusula para diversidades de criterio que daten ya del inicio de la relación laboral o que sean imputables a una evolución ideológica del propio informador. Pero en el supuesto debatido, insistimos, la sentencia declarada probada -no ha de olvidarse que el relato fáctico no ha sido cuestionado- que las divergencias surgieron cuando las directrices editoriales cambiaron, lo que nos determina -precisamente- a proteger el derecho fundamental de las trabajadoras" (Fundamento de Derecho Cuarto *in fine*).*

- 2) Cuando la empresa traslade al profesional a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador. El citado género o línea debe entenderse asimismo por los motivos mencionados de tipología religiosa.

Del redactado de la ley no se desprende que la cláusula de conciencia tenga por objetivo directo proteger las convicciones religiosas del trabajador, sino garantizar su independencia informativa, su independencia profesional, cuando se produce un cambio de cierta entidad en la línea informativa o ideológica del medio de comunicación¹⁵⁹⁵. Pero en el momento que se pretende la correcta realización de la función informadora se está protegiendo al mismo tiempo las convicciones ideológicas y religiosas del trabajador. Es evidente que si la orientación profesional del trabajador viene marcada por sus convicciones religiosas, si se produce una ruptura por el cambio de línea de la empresa (por ejemplo, empresa de tendencia antirreligiosa o de religión diferente o entendida de forma diferente a la del informador) le creará un conflicto; pues deberá ejecutar la prestación contractual en contra de la orientación profesional que hasta ahora llevaba a cabo marcada por sus convicciones religiosas. Al trabajador obviamente le interesan sus convicciones religiosas que le orientan en su tarea informativa, y al legislador que ha configurado la cláusula de conciencia le interesa que lleve a cabo correctamente dicha tarea informativa, por lo que la cláusula acaba protegiendo las convicciones del trabajador¹⁵⁹⁶, del tipo que sean, siempre que sean inherentes a su orientación profesional como informador o afecten a su independencia o correcta función informativa.

Especialmente se deberían tener en cuenta las convicciones religiosas del trabajador si dichas convicciones fueran un requisito evidente para ejecutar correctamente la función informativa; y ello ocurriría de forma patente y paradigmática en una empresa de

¹⁵⁹⁵ "El presupuesto diferencial del ejercicio del derecho parece concretarse en un cambio de orientación, en una modificación de la línea ideológica del medio informativo de cierta entidad, independientemente de que comporte un perjuicio a la formación profesional del informador o un menoscabo de su dignidad. De lo contrario, la cláusula vendría a subsumirse en el artículo 50.1.a del ET y no presentaría virtualidad alguna". BLAT GIMENO: *Relaciones laborales...*, op. cit., p. 193.

¹⁵⁹⁶ "El propio legislador ha estimado que existen buenos motivos, es decir, que existe justificación para que un periodista pueda abstenerse del cumplimiento de su obligación profesional cuando, por alteración de la línea ideológica del medio de comunicación, ello lesione sus convicciones morales o religiosas y, lo que es importante, que puede hacerlo sin padecer ninguna sanción o perjuicio económico". GASCÓN ABELLÁN: *Obediencia al Derecho...*, op. cit., p. 229.

tendencia. Ha de tenerse en cuenta que las confesiones religiosas son titulares de medios de comunicación precisamente para poder difundir sus doctrinas¹⁵⁹⁷. Si el profesional prestara servicios para una empresa de información de tendencia religiosa, serían especialmente relevantes sus convicciones si su prestación de servicios tuviera relación directa con dicha tendencia. Imagínese que el profesional trata temas teológicos en el medio de comunicación. Se trata de un medio de comunicación protestante y el profesional realiza artículos o preparar informaciones doctrinales sobre la teología protestante. De repente dicho medio es comprado por una empresa de tendencia judía, que desea que la orientación del medio sea asimismo afín con el judaísmo y que sus profesionales desarrollen temáticas doctrinales judías. En tal caso actuaría asimismo la cláusula de conciencia, pues existiría un conflicto evidente entre las convicciones religiosas del trabajador, que además serían indispensables para la correcta ejecución de la prestación laboral (en un grado superior que en otro supuesto posible), y la tendencia de la empresa, lo que obstaculizaría de forma insoportable la función informadora¹⁵⁹⁸.

No ha de confundirse el cambio de línea ideológica, por ejemplo, de un periódico, con la conversión de la empresa en una empresa de tendencia. Todos los medios de comunicación, por mucho que traten de mantener cierta neutralidad, están influenciadas por líneas ideológicas¹⁵⁹⁹, y no son ni muchos menos independientes¹⁶⁰⁰, pero tal sesgo

¹⁵⁹⁷ En las "Guidelines for review of legislation pertaining to religion or belief", aprobado por la OCDE en junio de 2004, se afirma lo siguiente: "*Religious and belief groups should presumably not be particularly disadvantaged from owning or operating media facilities. When the media is operated by the State, an equitable procedure should be allowed for providing various religious or belief groups with access to the media*".

¹⁵⁹⁸ En contra: "Existen medios de comunicación privados distintos de los llamados «independientes»: los pertenecientes a agrupaciones ideológicas o confesiones religiosas, que tienen una orientación ideológica marcadamente definida y cuya finalidad principal es la de crear adhesiones a la propia ideología o creencia por la vía del convencimiento; no están obligados a la objetividad, ni a la imparcialidad, ni al pluralismo. Esta condición implica necesariamente una gran homogeneidad interna como condición para la extensión externa de la ideología o creencia, lo que puede llevar a que los principios editoriales primen en todo caso sobre la libertad de conciencia del informador, quedando excluido de su ámbito el juicio de la cláusula de conciencia". LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la libertad...*, op. cit., Vol. II, p. 292. Ciertamente, la libertad religiosa del profesional de la información se verá limitada al prestar servicios en una empresa de tendencia, pero ello no significa que cuando dichas creencias sean necesarias para la correcta prestación de servicios como informador y acaezca un cambio de la tendencia de la empresa no deba operar la cláusula. Al contrario, la cláusula de conciencia debería operar no para proteger primariamente las convicciones de trabajador (que también para el fin que se desea alcanzar), sino para proteger su independencia informativa de acuerdo con el art. 2 LO 2/1997. Si no actuara la cláusula de conciencia en los supuestos previstos por la norma en el caso de la empresa de tendencia la función informadora se vería neutralizada.

¹⁵⁹⁹ "El colectivo que presta servicios por cuenta ajena en el proceso de comunicación social se encuentra sometido a una disciplina de empresa, la que marca el medio informativo que lo ha contratado. Nos encontramos (...) ante un conflicto motivado por el ejercicio de un mismo derecho («a comunicar o recibir libremente una información veraz»), desde ópticas contrapuestas, por los dos sujetos titulares del mismo: el profesional dependiente que elabora la información y la empresa periodística. El primero necesita mantener su independencia a salvo de injerencias externas que condicionen el desempeño de su actividad comunicadora pero también de presiones internas provenientes de la dirección de la empresa. Pero, del mismo modo, no cabe desconocer que el órgano o medio difusor de la información también está amparándose en este derecho cuando sirviéndose de la prestación laboral de su personal está brindando al mercado una determinada opción ideológica". MORATO GARCÍA: *Derecho de resistencia...*, op. cit., p. 220.

¹⁶⁰⁰ "Exigir hoy día «independencia» de los medios parece utópico, pues estos pertenecen a grupos de poder económico, social, religioso o político que ponen en marcha un medio de comunicación para lanzar un determinado mensaje social. En este sentido, toda información es

no las convierte en empresas de tendencia tal y como dicha tipología de empresa es entendida en el Derecho laboral.

Así, se podría afirmar desde un punto de vista ideal que el ejercicio de la cláusula de conciencia no tiene sentido en los medios públicos, porque por imperativo legal son siempre neutrales desde un punto de vista ideológico y religioso¹⁶⁰¹. Ahora bien, como suele ocurrir, una cosa es el mundo de las formalidades y otra muy distinta la realidad. De hecho son fácilmente perceptibles los cambios en la orientación de la información en los medios públicos cuando hay un cambio de gobierno.

Lo que sí resulta evidente es que puede ser jurídicamente muy complejo determinar si un medio ha cambiado de orientación o de ideología a menos que dicha mutación sea muy patente o se haya explicitado de forma expresa; y normalmente la orientación no suele exteriorizarse si no es por meros eslóganes o en utilización de terminología genérica¹⁶⁰². Ha de tenerse en cuenta que los medios periodísticos dependen en buena medida de anunciantes de muy diversa índole, por lo que sus posicionamientos han de agradar a empresas de diferente calado, de suerte que su orientación se mantiene frecuentemente ambigua¹⁶⁰³.

parcial en tanto que es relatada desde una perspectiva particular. Sin embargo, adoptar una posición dentro del espectro ideológico no es incompatible con la exigencia ética del periodista para garantizar que la información sea información y no mera propaganda o actuar como altavoz de ofertas comerciales encubiertas". SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos: "La conciencia ética como límite de la regulación deontológica y jurídica", en AAVV: La libertad de las conciencias en la regulación del derecho a la información. 1ª edición. Valencia: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2006, p. 383.

¹⁶⁰¹ En dicho sentido: "*En los medios de comunicación de titularidad pública, la ausencia de ideario o, más exactamente, la coincidencia necesaria de éste con los valores y principios constitucionales vacía teóricamente de sentido la cláusula de conciencia. En la práctica, la disconformidad del informador no puede suscitarse con el ideario constitucional, pero sí podría darse el caso de disconformidad con la interpretación o aplicación del mismo por sus superiores en concreto. En ese supuesto, el periodista tampoco podrá ejercer la cláusula de conciencia pero sí podrá hacer uso de los medios de control administrativos e, incluso, parlamentarios, no teniendo limitada su capacidad de denuncia al respecto; y podrá ejercitar, mediante los requisitos de legitimación activa generales de la Ley, la impugnación administrativa y contencioso-administrativa de los actos y resoluciones que considere anticonstitucionales o lesivos". GARCÍA NORIEGA: Límites a la libertad..., op. cit., pp. 172-173. Desde el prisma de la religión: "Los principios de neutralidad y laicidad que deben informar la actividad de los medios públicos de comunicación sujetan también a los periodistas que desde ellos ejercen sus labores informativas". LLAMAZARES FERNÁNDEZ: Derecho de la libertad..., op. cit., Vol. II, p. 291.*

¹⁶⁰² "*En la práctica, la línea ideológica del medio no siempre es discernible: a veces, ni siquiera está explícita en documento alguno; en otros casos, los libros de estilo o los Estatutos de Redacción contienen formulaciones tan genéricas que prácticamente servirían para ideologías opuestas y hasta es frecuente que empresas periodísticas de orientación política contraria se sirvan de principios editoriales que podrían ser intercambiables entre ellas". GARCÍA NORIEGA: Límites a la libertad..., op. cit., p. 159.*

¹⁶⁰³ "*La imprecisión o ambigüedad del ideario empresarial resulta especialmente grave si tenemos en cuenta que, en la práctica, la supervivencia de muchos medios depende de la contratación publicitaria que consigan: lo que introduce a los anunciantes como sujetos activos en la orientación editorial. Obviamente, la influencia de estos terceros no suele ser formal ni visible, de modo que el periodista puede ser presionado sin que le quepa demostrar la existencia misma de la presión ni, tanto menos, su origen último. En tales circunstancias, la cláusula de conciencia resulta una herramienta realista de salida al conflicto, aunque en términos (la pérdida de empleo, que es tanto como la anulación de la capacidad expresiva del periodista - supuestamente, el bien jurídico a tutelar -) que constituyen un evidente fracaso como solución jurídica: la función pública de informar queda resentida en su núcleo". GARCÍA NORIEGA: Límites a la libertad..., op. cit., p. 160.*

Por otro lado, la ley en su art. 3 institucionaliza una especial tipología de *ius resistentiae* laboral: "Los profesionales de la información podrán negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio". Claramente se trata de una variante del derecho de resistencia, unido a la garantía de indemnidad, que debe ser interpretada según la doctrina pacífica y tradicional de la jurisprudencia social en la materia, sin especialidad ulterior. Por ejemplo, sería el caso en que se obligara al informador a confeccionar una noticia no ajustada a la realidad¹⁶⁰⁴ o la de tratar a la fuente de información de forma contraria a la *lex artis*. En este caso es claro que no se prevé la facultad del trabajador de negarse a participar en la elaboración de informaciones con la finalidad de proteger sus convicciones religiosas, sino para proteger la ética de la profesión. O lo que es lo mismo, el legislador pretende que se proteja la ética profesional, no la ética personal de cada trabajador, se base en los principios en los que se base; y dicha protección se brinda a través de una suerte de *ius resistentiae* ligado a la *lex artis* de la profesión¹⁶⁰⁵. Respecto a la ética de la profesión se puede tener en cuenta, por ejemplo, el Código Europeo de la Ética Periodística, aprobado mediante resolución por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (1993), o el Código Deontológico de la Federación de Asociaciones de la Prensa de España (FAPE)¹⁶⁰⁶. Como es habitual con el

¹⁶⁰⁴ La veracidad va unida deontológicamente a la función informativa: "El hombre posee una naturaleza que tiende al conocimiento de la verdad y para el logro de ese conocimiento requiere de la acción informativa que le ponga en pista hacia ella; que le dé forma a todos los acontecimientos circundantes de la vida humana, para a través de esa puesta en forma, de esa información, recorra el camino hacia la verdad, el cual en la misma medida va posibilitando la actualización de las potencialidades naturales del hombre". DE LA BORBOLLA RIVERO, Juan: "La protección de las conciencias en las normas jurídicas que regulan la información. Las tres edades de la regulación de la información", en AAVV: *La libertad de las conciencias en la regulación del derecho a la información*. 1ª edición. Valencia: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2006, p. 40.

¹⁶⁰⁵ En relación al art. 3 LO 2/1997 se ha afirmado lo siguiente: "La norma deja un amplio margen de interpretación al trabajador y, en ulterior instancia, al juez que tenga que pronunciarse sobre la invocación concreta del instrumento jurídico estudiado. Se despejan, no obstante, todas las dudas que pudieran surgir cuando se entra a enjuiciar la posibilidad de hacer extensible el derecho de resistencia a la inobservancia de consignas patronales contrarias a los postulados éticos y morales de una profesión. Dicho instrumento jurídico, solapándose con el valioso grado de protección que los derechos fundamentales ha otorgado a lo largo de estos años la jurisprudencia constitucional, toma como punto de partida la búsqueda de una concordancia práctica y de un adecuado equilibrio entre la obligación laboral de obediencia y el sistema de valores que rigen el buen hacer profesional de la comunidad de informadores y, haciendo gala de una diáfana declaración, hace prevalecer, aun parcialmente uno de los dos derechos enfrentados atribuyendo al trabajador una facultad que va más allá de la mera posibilidad de resolver indemnizadamente la relación". MORATO GARCÍA: *Derecho de resistencia...*, op. cit., p. 225. La autora concluye: "En atención a la literalidad de la norma, parece no abrirse paso el derecho de resistencia en aquellos casos en los que el supuesto desencadenante necesario para apelar a la cláusula de conciencia es aquél en el que el derecho de la empresa a fijar su orientación ideológica entra en contradicción con las ideas sustentadas en el propio fuero personal del informador. No se trataría ya de tutelar los principios deontológicos más elementales de un oficio, sino de salvaguardar de toda injerencia patronal las convicciones éticas y morales del trabajador, esto es, su derecho a conducirse de acuerdo a los dictados de la propia conciencia" (p. 227).

¹⁶⁰⁶ También resulta de interés el denominado Informe McBride sobre Comunicación e Información (1980). La Comisión Internacional para el Estudio de los Problemas de la Comunicación fue constituida en 1977 bajo la presidencia del irlandés Seán MacBride a instancias de la UNESCO. El Informe final de la Comisión fue presentado a la XXI Conferencia General, celebrada en Belgrado en 1980.

ejercicio del *ius resistentiae*, como excepción a la regla general de cumplimiento de las obligaciones jurídicas en el marco laboral, el trabajador debe motivar su desobediencia.

Examinado en su conjunto el art. 20.1.d) CE y la ley que la desarrolla se puede afirmar que la denominada "cláusula de conciencia" no constituye una modalidad de objeción de conciencia en su sentido clásico, pues no prevé exactamente como supuesto de hecho un conflicto entre obligación jurídica y convicciones del profesional, del tipo que sean, con el fin de proteger dichas convicciones. En este caso la protección de las convicciones se produce de forma instrumental, porque se pretende que el ejercicio de la profesión de informador se realice de manera correcta; hay una relación de instrumentalidad entre ambos derechos: uno ha de protegerse (art. 16 CE) para poder garantizarse la libertad de información¹⁶⁰⁷, que a su vez garantiza otros derechos y bienes de gran relevancia¹⁶⁰⁸. Tal y como ya dejó dicho el Tribunal Constitucional en su temprana STC 6/1981, de 16 de marzo: "*El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1, apartado 2, de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública*

¹⁶⁰⁷ La doctrina laboralista ha puesto de relieve que la cláusula protege las convicciones personales, pero al mismo tiempo protege la libertad de información: "*La cláusula de conciencia es un instrumento de protección no sólo de las propias convicciones sino de la libertad de información, contribuyendo a preservar la independencia en el desempeño de la función profesional informativa y a paliar el efecto silenciador del mercado de la comunicación. Pero opera sólo en la medida que ha habido un cambio ideológico y que éste afecte a las funciones realizadas por el trabajador dificultando o impidiendo el ejercicio de la libertad informativa del profesional en las condiciones pactadas inicialmente*". RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: "La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo", en AAVV: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 224. Dicha instrumentalidad entre convicciones personales y la función informadora se ve clara en el siguiente aserto: "*El derecho subjetivo a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, que por lo pronto protege la libertad ideológica, el derecho de opinión y la ética profesional del periodista, mantiene además una relación instrumental respecto a la libertad de información (la cláusula de conciencia preserva así el papel de la libertad de información como pieza básica del sistema democrático), que constituye verdaderamente el «presupuesto básico» para la invocación de aquél, de modo que se vulnera tan sólo si el desvío del medio de su línea ideológica originaria afecta de modo objetivo, a la vista de los diferentes factores en juego (el prestigio de los profesionales y la confianza del medio que lo integran, entre ellos) a la «transmisión de información relevante para la formación de la opinión pública»*". PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos fundamentales inespecíficos", en AAVV: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 245.

¹⁶⁰⁸ La relevancia de la libertad de información ha sido puesta de manifiesto desde los mismos orígenes del liberalismo hasta la actualidad. Una opinión clásica y, por cierto, bien informada: "*The influence of the liberty of press does not affect political opinions alone, but extends to all the opinions of men and modifies customs as well as laws*". DE TOCQUEVILLE: *Democracy...*, op. cit., p. 78. Y más adelante el autor aclara: "*When the right of every citizen to a share in the government of a society is acknowledged, everyone must be presumed to be able to choose between the various opinions of his contemporaries and to appreciate the different facts from which inferences may be drawn*". Una visión más contemporánea de las virtudes de la libertad de información: "*Radical thinkers understood that the inherent links between freedom of the press, freedom of expression, individual liberty, and the advancement of knowledge universally were too close and direct to be qualified in any way. Freedom of expression and publication, «la liberté dans le écrits», was rightly recognized by them to be an essential precondition for advancing their social, moral, and political revolution*". ISRAEL: *A revolution of the mind...*, op. cit., p. 206.

libre sin la cual no hay sociedad libre, ni por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder («verbi gratia» las prohibidas en los apartados 2 y 5 del mismo artículo 20), pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven" (Fundamento Jurídico Tercero).

Así, la cláusula de conciencia constituye una protección jurídico del correcto desarrollo de la profesión de informador, al servicio de la formación de una opinión pública libre y plural¹⁶⁰⁹, amén de otros derechos y bienes, que dará lugar al derecho a la rescisión del contrato de trabajo cuando difiera la línea ideológica de la empresa y la del trabajador, y esto implique que no se lleva a cabo correctamente la función informativa¹⁶¹⁰. Tal modalidad de objeción de conciencia, por sus especiales características, no permite la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo, como ocurre con el resto de modalidades de objeción de conciencia; porque ése es el peculiar sistema de acomodación diseñado por el legislador¹⁶¹¹. En todo caso, como ha quedado dicho, la modalidad de *ius resistentiae*, prevista en el art. 3 de la ley no prevé un supuesto de objeción de conciencia.

Ello no significa que los informadores no puedan objetar por razón de sus convicciones religiosas más allá de lo previsto en la cláusula de conciencia. Podrán objetar, pero de acuerdo con el supuesto ya analizado de la objeción de conciencia para casos atípicos, como cualquier otro trabajador por cuenta ajena¹⁶¹², pero teniendo en cuenta los derechos y bienes en juego en el sector de la información¹⁶¹³.

¹⁶⁰⁹ "En los medios privados, obviamente, la titularidad del derecho a establecer principios editoriales no le otorga al empresario un poder omnímodo sobre la orientación ideológica de la empresa y de todo lo que la configura: trabajadores, informaciones resultado de ese trabajo, etc. Más bien, consistiendo el trabajo del periodista en una actividad de contenido intelectual a través de la cual se transmiten los principios editoriales de la empresa informativa, estos y la libertad de conciencia del informador deben ser armonizados, siempre que sea posible, de la manera que mejor garantice la formación de una opinión pública libre y plural". LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la libertad...*, op. cit., Vol. II, p. 291.

¹⁶¹⁰ "Cuando la línea ideológica empresarial y la individual no coinciden, el comunicador no puede cumplir adecuadamente su deber de sinceridad y su libertad de expresión. Por eso, la cláusula de conciencia no constituye sólo un derecho frente al empresario, sino que es un método para hacer más eficaz el deber de comunicar información veraz por parte del profesional". LÓPEZ TALAVERA y BARROSO ASEÑO: "La cláusula de conciencia...", en AAVV: *La libertad de las conciencias...*, op. cit., p. 236.

¹⁶¹¹ El peculiar sistema de acomodación diseñado por el legislador, que pretende dar salida de los derechos en liza, ha sido advertido por la doctrina: "Constituye la acomodación de dos derechos en conflicto: el derecho empresarial de comunicación (derivado del art. 20 CE) y el mismo derecho individual del periodista. Hacer derivar la cláusula de conciencia del art. 38 CE - libre empresa -, sería forzado, porque mal podría este precepto resistir el plano de igualdad en que se situaría en la confrontación con los del art. 20 CE. Puesto que la posición prevalente en el conflicto de ambos derechos, en la praxis, es la de la empresa (es la que termina imponiendo su ideología en la información que finalmente llega al público) y el periodista sólo es indemnizado por la quiebra de su capacidad de informar, tal preponderancia sólo es admisible si el derecho dominante es uno tan fundamental como el del art. 20 CE. Así se entiende en la propia ley, cuya exposición de motivos hace referencia explícita a la integración efectuada por la Constitución para integrar el derecho a la cláusula de conciencia como elemento constitutivo del derecho fundamental a recibir y comunicar información". GARCÍA NORIEGA: *Límites a la libertad...*, op. cit., p. 162.

¹⁶¹² En tal sentido: "la invocación a la objeción de conciencia en el trabajo del periodista no se encierra en estos tres supuestos. Es opinión compartida por la doctrina incluir también en la protección del informador profesional la negativa a trabajar con una noticia de un modo contrario a

En todo caso, hay que decir que hasta la actualidad la utilización de la cláusula de conciencia ha sido minoritaria, y de hecho son escasos los supuestos al respecto analizados por la jurisprudencia, extremo que ha sido puesto de manifiesto por la doctrina¹⁶¹⁴.

La STC 199/1999, de 8 de noviembre (BOE 6 de diciembre de 1999), ha tenido la ocasión de analizar la cláusula de conciencia que, además, fue plasmada en el convenio colectivo de aplicación. Para el Tribunal Constitucional no se daban los requisitos para que fuera de aplicación la cláusula de conciencia: "*ni aparece acreditado que se haya producido un desvío del medio respecto de su línea ideológica originaria, ni por el trabajo del recurrente, limitado al maquetado del periódico según las instrucciones recibidas de la Redacción, podía quedar objetivamente afectada la transmisión de información relevante para la formación de la opinión pública. Desde la perspectiva constitucional del derecho a la cláusula de conciencia la conclusión de las resoluciones judiciales no resulta, por tanto, lesiva de aquél. Frente a las alegaciones del recurrente debe recordarse que, a diferencia de lo que pueda ocurrir en los Ordenamientos Jurídicos de otros países, la vinculación que nuestro art. 20.1 d) CE hace de aquel derecho al ejercicio de la libertad de información por parte del profesional frente a la empresa impide configurarlo como una mera facultad resolutoria del contrato ante discrepancias con la orientación informativa del medio cuando no afecta a dicho ejercicio*" (Fundamento Jurídico Quinto). Como se puede

sus convicciones, aunque estas no aparezcan objetivadas en unos «principios éticos de la comunicación». Es decir, se aplicaría la objeción de conciencia en sentido estricto allá donde no llega la cláusula de conciencia recogida en los supuestos legales". FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Pablo: Estatuto jurídico del profesional de la información: los colegios profesionales de periodistas. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2010, p. 278.

¹⁶¹³ "A un informador a quien se le pidiera que presentarse lo falso como verdadero en algún telediario so pena de perder su empleo – en teoría - tendría todo el derecho de oponer una objeción de conciencia, tan válida como la que pudiera oponer un médico cristiano a quien se le pide practicar un aborto, o un contador público honesto a quien se le pidiera falsear los datos fiscales de la empresa ante el erario público". TÉLLEZ MAQUEO, David Ezequiel: "La conciencia personal: su concepto, medida y libertad", en AAVV: *La libertad de las conciencias en la regulación del derecho a la información*. 1ª edición. Valencia: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2006, p. 36. En el supuesto del periodista que se le ordenara confeccionar una noticia falsa a sabiendas no habrá en puridad objeción de conciencia en su sentido más clásico, pues la objeción de conciencia concurrirá cuando entren en conflicto obligaciones jurídicas válidas y las convicciones del informador. Al informador o al contable, pro citar otro ejemplo, a quien el empresario o persona delegada por él le ordene la comisión de un delito puede lícitamente, claro está, oponerse simplemente porque el trabajador no está obligado a ejecutar una orden constitutiva de una conducta tipificada en el Código Penal. De hecho, se podría decir que hay una norma jurídica superior jerárquicamente a la orden empresarial (la ley penal) que indica que la conducta a seguir es la contraria (prohibición). No obstante, en el supuesto de duda de si la conducta concreta constituye o no una conducta punible según el Código Penal, sería de aplicación en todo caso el art. 3 de la Ley Orgánica 2/1997, que prevé en puridad un supuesto de *ius resistentiae*, no de objeción de conciencia.

¹⁶¹⁴ Por ejemplo *vid.* LÓPEZ TALAVERA y BARROSO ASENJO: "La cláusula de conciencia...", en AAVV: *La libertad de las conciencias...*, *op. cit.*, p. 248; "Es muy sintomático de la realidad mediática española que doce años después de la promulgación de la breve y, por otra parte, tardía Ley Orgánica 2/1997 «reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información», sólo se hayan dictado dos sentencias del Tribunal Constitucional, la 199/99 y la 225/02, para resolver sendos recursos de amparo interpuesto por sendos profesionales que desempeñaban sus servicios en medios de la prensa escrita". MARCO PERLES, Ginés Santiago: "Alcance y límites de la invocación a la ética de los profesionales de la información en la jurisprudencia constitucional española", en AAVV: *La libertad de las conciencias en la regulación del derecho a la información*. 1ª edición. Valencia: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2006, p. 259.

observar, y no puede ser de otro modo, se condiciona la operatividad de la cláusula a la libertad de información en beneficio de la formación de la opinión pública.

La STC 225/2002, de 9 de diciembre (BOE 10 de enero de 2003), examina un caso en que claramente concurren los requisitos de la cláusula de conciencia (Fundamento Jurídico Tercero). Ahora bien, la controversia es de calado más pragmático, ya que se discute si la extinción causal del contrato con indemnización por voluntad del trabajador 1) opera por su mera decisión a modo de autotutela inmediata, aunque después haya de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la indemnización; 2) si es preciso mantener viva la relación laboral, permaneciendo el profesional en el puesto de trabajo en el momento de formular la demanda y mientras se sustancia el proceso judicial. Y la conclusión del Tribunal, del todo lógica dada la trascendencia de los derechos y bienes en juego, es la siguiente: "*El periodista tiene derecho a preservar su independencia ante situaciones de mutación ideológica desde el momento en que la considere realmente amenazada, evitando conflictos con la empresa de comunicación (que legítimamente puede alterar su línea ideológica) y riesgos de incumplimiento que, de permanecer en ella, pudieran darse y provocarle perjuicios por razón de su legítima discrepancia ideológica con la nueva tendencia editorial. Está fuera de duda, por tanto, que esa protección tan básica como tajante ofrecida por el art. 20.1 d) CE incluye la inmediata paralización de la prestación laboral ante problemas de conciencia como los descritos, incluso con carácter previo al seguimiento de cauces jurisdiccionales y con independencia de cuáles sean los resultados del ejercicio posterior de dichas acciones*" (Fundamento Jurídico Quinto).

La sentencia tiene la virtud que, ante la falta de otros fallos que interpreten y aclaren la dinámica de la cláusula de conciencia, no sólo aclara debidamente desde un punto de vista práctico cómo ha de actuar el trabajador afectado (extremo que se agradece desde la práctica del Derecho), sino que aprovecha para reiterar cuál es el sentido de dicha cláusula. Así, se configura como un derecho subjetivo del profesional de la información, que protege su libertad ideológica, el derecho de opinión y la ética profesional del periodista. Aunque no se dice, porque tampoco guarda ninguna relación con el caso, no se ve ningún óbice para que también proteja sus convicciones religiosas si inciden en todo lo anterior¹⁶¹⁵. Por otra parte, la cláusula de conciencia no es sólo un derecho subjetivo del profesional, sino que es ante todo una garantía para la formación de una opinión pública libre (Fundamento Jurídico Cuarto).

¹⁶¹⁵ Aunque el derecho a la libertad religiosa se encuentra reconocido en la Constitución, el rol de la religión y las convicciones religiosas no son siempre fáciles en los medios de comunicación que no formen parte de empresas de tendencia religiosas: "*Most religious journalists in the United States feel marginal to the central enterprise of the paper in question. Or (...) there exists a major mismatch between the world of journalism and religion in the United States just as there is in Europe, epitomised by the markedly areligious culture of the mainstream journalists, if not always of the religious correspondents themselves. Also similar is the contrast between local and national papers (remembering, of course, the very different ways in which the press is structured in North America compared with some, if not all European societies). (...) Their role [religious correspondent] is surprisingly similar to their American counterparts, more particularly in the recognition that even the most gifted religious journalists will be relatively limited in their impact if they do not have the support of the senior management of the paper*". DAVIE: *Europe: The exceptional...*, op. cit., pp. 48-49.

6.4. Ministros de culto con relación laboral

El art. II.3 del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español, hecho en la Ciudad del Vaticano el 28 de julio de 1976, establece el derecho a no declarar por parte de los religiosos católicos: "*En ningún caso los clérigos y los religiosos podrán ser requeridos por los jueces u otras Autoridades para dar información sobre personas o materias de que hayan tenido conocimiento por razón de su ministerio*". Como se puede comprobar tal derecho es más amplio que el denominado "secreto de confesión" (sigilo sacramental), que abarca desde un punto de vista canónico el secreto de todo aquello conocido con motivo de la confesión sacramental. Así, según el art. 983.1 del Código de Derecho Canónico "*el sigilo sacramental es inviolable; por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo*".

Ahora bien, tal y como es conocido, existen ministros de culto de algunas confesiones minoritarias que están sujetos a su comunidad mediante un contrato de trabajo ordinario y prestan servicios por cuenta ajena a cambio de un salario. Precisamente dichos ministros de culto asalariados son los que interesan a los presentes efectos por razón del objeto de la investigación. Tales trabajadores tan singulares, como consecuencia de sus funciones religiosas, gozan de una protección especial, que se transforma en un derecho a ejercer la objeción de conciencia en la eventualidad de que se les obligue a declarar en ciertos supuestos¹⁶¹⁶. En el caso de las entidades religiosas registradas se recoge tal modalidad de objeción en los tres Acuerdos alcanzados hasta ahora:

- El art. 3.2 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, aprobado por la Ley 24/1992 es del siguiente tenor: "*Los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE no estarán obligados a declarar sobre hechos que les hayan sido revelados en el ejercicio de funciones de culto o de asistencia religiosa*".

- El art. 3.2 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, aprobado por la Ley 25/1992 es del siguiente tenor: "*Los ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la FCI no estarán obligados a declarar sobre hechos que les hayan sido revelados en el ejercicio de funciones de culto o de asistencia religiosa*".

- El art. 3.2 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, aprobado por la Ley 26/1992 es del siguiente tenor: "*En ningún caso las personas expresadas en el número anterior estarán obligadas a declarar sobre hechos que les hayan sido revelados en el ejercicio de sus funciones de culto o de asistencia religiosa islámica, en los términos legalmente establecidos para el secreto profesional*".

Por lo tanto, los ministros de culto que presten servicios por cuenta ajena para las entidades religiosas registradas y a las que, por consiguiente, les sean de aplicación los

¹⁶¹⁶ En Estados Unidos la obligación de declarar en materia de pensamiento y religiosa en particular ha sido siempre un tema candente, no sólo para los ministros de culto, sino en relación a todos los ciudadanos. Así, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943) es del siguiente tenor: "*The right of freedom of thought and of religion, as guaranteed by the Constitution against State action, includes both the right to speak freely and the right to refrain from speaking at all, except insofar as essential operations of government may require it for the preservation of an orderly society - as in the case of compulsion to give evidence in court*".

citados acuerdos, ante la obligación de declarar sobre hechos que les hayan sido revelados en el ejercicio de sus funciones de culto o de asistencia religiosa podrán negarse a ello¹⁶¹⁷. Sin embargo, el reconocimiento de tal derecho a la objeción de conciencia no significa que no puedan declarar, sino sólo si el deber de declarar les ocasiona un problema de conciencia con sus deberes religiosos, en cuyo caso podrán negarse a declarar, pero ello es facultativo. *A sensu contrario*, quizás sus deberes religiosos les obligan a declarar lo que hayan visto u oído. En ese caso no habría conflicto alguno, y no sería necesario ejercer el derecho a la objeción de conciencia. Por lo demás, es de destacar que en el caso del Acuerdo con la Comisión Islámica de España, a diferencia de los otros Acuerdos, y más aun respecto al mismo derecho de ministros de culto de la Iglesia Católica, se reconoce el derecho a no declarar en "*los términos legalmente establecidos para el secreto profesional*", elemento diferenciador que ha sido criticado por la doctrina y que distorsiona la especial singularidad de las funciones desempeñadas por los ministros de culto de naturaleza religiosa, no profesional¹⁶¹⁸.

En relación con lo anterior, el art. 262 LECRIM establece que "*los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante*". Sin embargo, la obligación de denunciar encuentra varias excepciones en el art. 263 LECRIM: "*La obligación impuesta en el párrafo primero del artículo anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio*". Es decir, la ley procesal criminal exime a los ministros de culto "disidentes" del deber de denunciar de la misma manera que abogados y procuradores en relación con sus clientes. Debe entenderse que la ley, cuando se refiere a los "cultos disidentes" lo hace despectivamente respecto de aquellas confesiones religiosas diferentes a la de la Iglesia Católica, que en su caso siempre se ha regido por un acuerdo aparte.

La misma terminología es utilizada nuevamente en el art. 417, 1º LECRIM respecto a la excepción a la obligación de declarar. En este sentido tal precepto establece que no podrán ser obligados a declarar como testigos "*los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio*". No se condiciona tal exención a la naturaleza jurídica del vínculo que una

¹⁶¹⁷ En relación a los supuestos de objeción de conciencia que se prevén en los Acuerdos de 1992 se ha afirmado que "*se trata de expresiones de la protección de la libertad religiosa y de conciencia en un plano estrictamente individual, (...) deducibles de nuestra legislación general al respecto. La pertenencia a una de las confesiones destinatarias de los Acuerdos actuará primordialmente como presunción en orden a la prueba de la sinceridad de las convicciones alegadas para ser eximido de la conducta en cuestión, pero no comporta ninguna protección específica por parte de los convenios, que en este campo adoptan además (...) una posición más bien restrictiva*". MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: "Diez años después. Sugerencias sobre una posible revisión de los acuerdos de 1992 con las federaciones evangélica, israelita e islámica", en AAVV: *Los acuerdos con las confesiones minoritarias. Diez años de vigencia*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2004, p. 120.

¹⁶¹⁸ Así, se ha criticado que los Acuerdos "*al menos el acuerdo con la CIE, no parecen recoger ese derecho en los términos absolutos con que ha sido reconocido a los clérigos y religiosos católicos, sino en iguales condiciones a las previstas legalmente para el secreto profesional*". MARTÍNEZ-TORRÓN: "Diez años después...", en AAVV: *Los acuerdos...*, op. cit., p. 121.

al ministro de culto con su confesión, por lo que es de aplicación también a los que mantengan una relación laboral.

En idéntico sentido que el art. 262 LECRIM comentado, el art. 134 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar establece el deber de denunciar en los siguientes términos: *"el militar que presenciare o tuviere noticia de la perpetración de cualquier delito de la competencia de la Jurisdicción Militar está obligado a ponerlo en conocimiento, en el plazo más breve posible, del Juez Togado Militar, o del Fiscal Jurídico-Militar, o de la Autoridad Militar que tuviere más inmediatos. Las personas no pertenecientes a las Fuerzas Armadas podrán efectuar la denuncia ante cualquier Autoridad o agente"*. Ahora bien, según el art. 135.5º la obligación de denunciar no alcanzará *"a los ministros de cultos religiosos, respecto de los hechos o de las personas responsables de que tuvieren conocimiento en razón del ejercicio de su ministerio"*.

Por último, ha de tenerse en cuenta que el art. 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que tendrá el carácter de intromisión ilegítima *"la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela"*. Así, aunque no parezca apropiado como se ha señalado, si se parte de una interpretación analógica que iguala a los presentes efectos la prestación de servicios por parte de un ministro de culto y el que realiza un profesional liberal, sería de aplicación el precepto indicado.

CAPÍTULO IV: LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL CONTRATO DE TRABAJO

1. EL DESPLIEGUE DE LOS DERECHOS PERSONALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Como se ha podido comprobar hasta ahora, la libertad religiosa no ha tenido un nacimiento fácil y exento de problemas. Al contrario, ha sido el fruto de la lucha constante de varias generaciones de disidentes, los considerados “heterodoxos” o incluso “herejes”, que en épocas y lugares distintos han puesto en entredicho una homogeneidad en el modo de pensar potenciada por las élites gobernantes con la finalidad de garantizar en lo posible una falsa unidad de las diferentes comunidades humanas (incluidos los Estados – nación). Una vez constatado que la libertad religiosa ha sido reconocida, aunque de forma muy diversa y cambiante, por la mayoría de sociedades occidentales (especialmente por los Estados miembros de la Unión Europea), es menester examinar cómo se inserta y qué dinámica juega dicha libertad religiosa, como derecho inespecífico, en el seno de la relación laboral. Asimismo, se analizarán los supuestos más problemáticos: festividades, días de descanso, indumentaria, etc.

En la actualidad y desde la industrialización, el contrato de trabajo multiplica de forma exponencial el nacimiento de una de las relaciones jurídicas más extendidas en las sociedades actuales, cual es la relación laboral. A pesar de los esfuerzos llevados a cabo por sus gobernantes, España no ha sido nunca una sociedad homogénea desde el punto de vista cultural o religioso, pero se ha podido comprobar que en la actualidad dicha homogeneidad es aún más quimérica. Así pues, es hora de proseguir la presente investigación con el estudio y análisis de la vigencia de los derechos fundamentales inespecíficos en el contrato de trabajo; y, concretamente, proceder al examen de la dinámica que juegan la libertad religiosa, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación en el seno de la relación laboral, todos ellos conceptos intrínsecamente relacionados. Es decir, es el momento de poner a prueba el ordenamiento jurídico español para observar si la libertad religiosa, en su caso la libertad ideológica, el principio de igualdad y la mutua prohibición de discriminación en su calidad de derechos fundamentales y libertades públicas rigen de manera óptima en la relación laboral del siglo XXI, una relación laboral cuya fisonomía ha cambiado de forma profunda desde la aparición del trabajo asalariado en España. Además, la observación de dichos fenómenos se llevará a cabo en el sentido más amplio posible: a lo largo de la relación laboral, desde los momentos anteriores a su nacimiento hasta su extinción. Recuérdese que el derecho a la igualdad y no discriminación, de acuerdo con el artículo 4.2.c) del ET y el artículo 1.3 del Convenio 111 de la OIT, acompañan la relación laboral desde el mismo momento del acceso al empleo¹⁶¹⁹, durante toda su vigencia, aunque la relación esté suspendida, y hasta la extinción misma¹⁶²⁰.

¹⁶¹⁹ Para ser más precisos, el principio antidiscriminatorio rige inclusive en la fase precontractual, es decir, es de aplicación a los tratos preliminares entre empresario y trabajador que se llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concretar el contrato. CÁMARA BOTÍA, Alberto: “Poder del

Ante las diferentes vicisitudes que pueden materializarse en una relación laboral, por ejemplo, el despido del trabajador, se podrá advertir si el ordenamiento jurídico – laboral español está preparado para hacer frente a las situaciones que pueden concurrir en los centros de trabajo actuales en relación a la libertad religiosa y que hasta ahora pocas veces se habían observado. Ya se avanza que los datos apuntan a que el ordenamiento no está efectivamente preparado para dichos retos, por lo que aparte de aportar soluciones a los casos con los instrumentos jurídicos actualmente disponibles, no se podrán obviar medidas *de lege ferenda*.

Por otro lado, la libertad religiosa en la relación laboral posee una dinámica acorde con la gran dinamicidad de la relación laboral. Así, una construcción estática de un derecho fundamental poco éxito podría tener en el contexto de un contrato bilateral, pero en el que intervienen muchos sujetos en su ejecución en el centro de trabajo, y de tracto sucesivo; un contrato cuya ejecución se desarrolla en varias fases y cuyos derechos y obligaciones se plasman en las más variadas realidades sociales. Por tal razón, es normal que desde un punto de vista lógico, déjese el calificativo de "natural" para otros ámbitos, el derecho a la libertad religiosa aparezca en un primer momento en su forma de derecho a la objeción de conciencia, ya examinado. En dicho primer momento el trabajador se niega a obedecer las obligaciones jurídicas de las cuales es destinatario por ser contrarias a sus más íntimas convicciones y, por ello, al no existir ninguna otra opción jurídica viable (frecuentemente ni siquiera alternativas materiales) sufre las consecuencias jurídicas negativas legalmente previstas. Se trata del supuesto que aquí se ha llamado objeción de conciencia *contra legem*. Ahora bien, conforme el ordenamiento jurídico evoluciona y el contrato de trabajo va abandonando su etapa más oscura, la inmediatamente posterior a la eclosión del Derecho del Trabajo desde un Derecho Civil inadecuado para regular la realidad social del trabajo por cuenta ajena¹⁶²¹, dicho ordenamiento jurídico deja un espacio para que el ciudadano - trabajador pueda prestar servicios sin ser discriminado por razón de sus convicciones religiosas. En todo caso, de una simple prohibición de discriminar, con el consecuente derecho a obtener una tutela contra situaciones que se pudieran calificar de discriminatorias, se ha evolucionado a un sistema sofisticado y complejo de normas de muy diferente naturaleza y doctrina jurisprudencial emanada de muy diversos órganos jurisdiccionales que tiene por misión erradicar de forma eficaz, y no meramente formal, toda discriminación directa o indirecta, explícita, tácita, solapada a otros motivos de discriminación.

Si bien en España una dogmática de la objeción de conciencia es del todo inexistente, ya sea en el trabajo, ya sea en cualquier otro ámbito social; no puede decirse lo mismo respecto a la tutela antidiscriminatoria. Puede afirmarse que en España, probablemente por razón de la pertenencia a la Unión Europea y sin duda también por la ingente y continuada labor del Tribunal Constitucional, la tutela antidiscriminatoria en el contexto laboral no tiene nada que envidiar a la aplicada en otros países avanzados. Eso sí, aún falta mucho por hacer, especialmente en relación a la discriminación por razones religiosas en el puesto de trabajo. La citada labor pendiente en materia antidiscriminatoria

empresario y prohibición de discriminación en el empleo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, núm. 33, p. 77.

¹⁶²⁰ En este sentido MONTROYA MELGAR, Alfredo: "El derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores". *Documentación Laboral*, 1983, núm. 7, p. 10.

¹⁶²¹ Las causas de la aparición del Derecho del Trabajo frente al Derecho Civil pueden consultarse en DE LA VILLA GIL: *La formación histórica...*, *op. cit.*, pp. 73 y siguientes.

afecta sobre todo a los trabajadores de origen extracomunitario, pero no de forma exclusiva.

Por último, un ordenamiento jurídico moderno, inserto en un Estado que se califique de "social" y de "Derecho", no puede limitarse a permitir el ejercicio "indirecto", si se permite la expresión, del derecho a la libertad religiosa. O dicho de otra manera, es imposible que se respeten las convicciones religiosas de los y las trabajadores a través de conceptuar la objeción de conciencia de forma asistemática e indebidamente restrictiva, como está ocurriendo los últimos años en España; y todo el peso de la defensa de dichas convicciones se haga recaer sobre la prohibición de discriminación. Aunque es inestimable la ayuda prestada por una aplicación óptima de la tutela antidiscriminatoria en el contexto del contrato de trabajo, una aplicación que aún puede ser profundizada y que ha de adaptarse a la realidad social actual. No cabe duda de que el sistema ha de ser completado con el ejercicio directo y no mediatizado del derecho a la libertad religiosa.

A pesar de que ha aumentado la pluralidad cultural y religiosa de la población activa española o que reside en España, es sintomático que sin haberse reformado el ordenamiento jurídico laboral no aumenten de forma ostensible los supuestos de ejercicio de libertad religiosa que son conocidos por los órganos jurisdiccionales, a diferencia de lo que sí ocurre en otros países europeos o de otros continentes. O, lo que es lo mismo, resulta muy sospechoso dicho fenómeno de falta de litigación contando con un ordenamiento laboral anclado en los años ochenta del siglo pasado en muchos aspectos, un reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia por motivos religiosos residual o simplemente adverso, y una sociedad en la que se ha constatado empíricamente la existencia de una variedad de confesiones religiosas desconocida hasta ahora. Todo ello lleva a pensar que muchos trabajadores ni siquiera se plantean ejercer un derecho fundamental cuando, si es que lo conoce el trabajador o su contraparte (la empresa), su reconocimiento no va más allá de una mera formalidad en círculos académicos y lo que ocurre es que ciertamente el trabajador "cuelga" su derecho a la libertad religiosa junto con su ropa al entrar en el centro de trabajo y ponerse el mono de trabajo.

Pues bien, el derecho a la libertad religiosa sólo será ejercido en el centro de trabajo cuando se reconozca que tal derecho va más allá de no ser discriminado en la contratación o cuando se toman medidas empresariales religiosamente adversas; o cuando se deje de sostener el convencimiento de que el mero reconocimiento formal del derecho en el texto constitucional es suficiente¹⁶²². Eso sí, es necesario determinar con la mayor claridad posible cómo despliega sus efectos tal derecho fundamental en la relación laboral, tanto de forma directa, como de forma "instrumental". Si el derecho a la objeción de conciencia tiene por misión evitar que el trabajador actúe en contra de sus convicciones y que sea sancionado por ello; y si la prohibición de la discriminación religiosa sirve a la finalidad de evitar que se lesione la dignidad de los trabajadores por

¹⁶²² Respecto a la diferenciación entre reconocimiento formal y aplicación real se ha afirmado: "*El hecho de que la Constitución reconozca el derecho a la libertad religiosa es, sin duda, un hecho importante, pero ello no quiere decir que el reconocimiento constitucional sea ya una garantía que el discurrir diario de la sociedad española esté plenamente inspirado en este derecho. Sólo desde la ingenuidad del formalismo liberal decimonónico puede realizarse esta afirmación*". MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *Constitución y libertad...*, op. cit., p. 20. Pero para dicho autor la suavización de los conflictos religiosos no han venido en España por una preponderancia de la aplicación efectiva de dicho derecho, sino más bien entiende que el proceso de secularización ha amortiguado la conflictividad en la materia.

razón de sus creencias religiosas situándolos en una situación de desigualdad injustificable respecto otros trabajadores; el derecho a la libertad religiosa anuda a su ejercicio una vertiente positiva¹⁶²³.

2. DIMENSIÓN LABORAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. Los derechos fundamentales inespecíficos y su insuficiente desarrollo legal en materia de libertad de pensamiento

El trabajador que presta servicios y que profesa una determinada religión, o que es agnóstico o ateo, no está solamente protegido por un haz de derechos específicamente laborales, sino que sigue siendo titular, aunque de diferente manera, de los derechos y libertades fundamentales consustanciales a todo ciudadano. Los derechos fundamentales, desde su reconocimiento por la entrada en vigor de la actual Constitución, poseen trascendencia en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico, pero especialmente en el Derecho del Trabajo¹⁶²⁴. No se pierda de vista que el asalariado, creyente o no creyente, está inserto en una empresa por motivo de su contrato de trabajo, además de ser un trabajador, es también un ciudadano. SAGARDOY BENGOCHEA enfatiza muy gráficamente, en referencia a los derechos fundamentales, que “*con independencia de que tales derechos hayan sido o no asumidos y explicitados por la*

¹⁶²³ "El ejercicio por parte del trabajador de las facultades constitutivas de la vertiente externa de la libertad religiosa plantea, en su versión primera y esencial, un problema de colisión entre derechos fundamentales. En consecuencia, el instrumento de protección de estas facultades, la prohibición de discriminación, no es aplicable a la vertiente interna. La negativa del empresario a cambiar un turno de trabajo a fin de facilitar al trabajador el cumplimiento de un determinado deber religioso no constituye, en sí mismo considerado, un acto discriminatorio por motivo religioso; constituirá en su caso, una violación de la libertad religiosa, entendido ésta como derecho autónomo e independiente. No obstante, no pueden ignorarse ni darse de lado las zonas de encuentro entre ambas, entre libertad religiosa y prohibición de no discriminación". VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa...", en AAVV: *Las transformaciones...*, op. cit., p. 595. En el presente trabajo se defiende que el derecho a la libertad religiosa es un derecho autónomo e independiente, en relación a otros derechos, y con matices respecto al derecho a la libertad ideológica con la cual forma un todo mayor que es la libertad de pensamiento. Ahora bien, se considera que el derecho a la objeción de conciencia fundado en motivos religiosos es un derecho instrumental que guarda una íntima relación con el derecho a la libertad religiosa. Asimismo, la prohibición de discriminación por razón de creencias religiosas como tal no es un derecho en sí, sino que tiene como contrapartida el derecho a no ser discriminado por dichas creencias religiosas, por lo que aunque posee una diferente dinámica, también está íntimamente relacionado con el derecho fundamental a la libertad religiosa del que bebe en buena parte respecto a su dogmática y adquiere su más profundo sentido.

¹⁶²⁴ En palabras de RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER, haciéndose eco de la jurisprudencia constitucional, “*los derechos fundamentales presentan una dimensión objetiva y operan, con independencia del concreto sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos, como componentes estructurales básicos que deben informar el entero ordenamiento jurídico a fin de que sea real y efectiva la implantación y el disfrute de los derechos fundamentales*”. RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER, Miguel: "Derechos fundamentales del trabajador, poderes empresariales y contrato de trabajo", en AAVV: *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 537. Para un análisis del binomio conformado por despido y derechos fundamentales *vid* PEDRAJAS MORENO, Abdón: *Despido y derechos fundamentales*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 1992, pp. 139 y ss.

legislación laboral, lo relevante y verdaderamente revolucionario, cara a sesenta años hacia atrás, es que no sólo no se discuta, sino que se defienda vigorosamente que el trabajador, al entrar en la fábrica, no cuelga, a la vez que su chaqueta para ponerse la ropa de trabajo, los derechos que la Constitución le otorga como ciudadano. Y añade: *“tendrán modulaciones, limitaciones, tipicidades de ejercicio, pero son derechos que, en su contenido, se pueden ejercitar – y debe respetarse su ejercicio por la contraparte – en el seno de la relación laboral”*¹⁶²⁵. Naturalmente, la citada posición doctrinal se ve plenamente apoyada por la doctrina constitucional.

La STC 88/1985, de 19 de julio (BOE 14 de agosto de 1985), referida a la libertad de expresión en la relación laboral, es una buena muestra de ello. El Tribunal Constitucional, en una célebre argumentación, es tajante al afirmar que *“ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)”* (Fundamento Jurídico Segundo). Dicha doctrina ha sido reiterada en ulteriores ocasiones hasta la actualidad, por ejemplo, en la STC 204/1997, de 25 de noviembre (BOE 30 de diciembre de 1997, Fundamento Jurídico Segundo). Por lo tanto, resultan anacrónicas e inconstitucionales expresiones tan tristemente comunes como son la de que el trabajador debe dejar sus ideas, sus opiniones y sus creencias en casa. Que la empresa deba mantener una postura neutral, con la excepción de las empresas de tendencia o ideológicas, no significa que el trabajador deba hacer "tabla rasa" cuando abandona su domicilio para dirigirse al puesto de trabajo.

A dicha posición doctrinal, de la que se parte en este apartado, se debería añadir una ulterior matización. Es importante señalar que los derechos fundamentales y libertades del trabajador han de respetarse también cuando el trabajador no lleva la “ropa de trabajo”, ni se encuentra en el centro de trabajo, supuesto que puede concurrir por motivos muy diversos. Por ejemplo, en el caso de que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal. En dicho supuesto, el contrato de trabajo se encuentra suspendido, pero la relación laboral, no obstante, sigue plenamente vigente, aunque de forma latente, por lo que los derechos fundamentales inespecíficos habrán de respetarse, también el derecho a la libertad religiosa.

De lo antedicho se desprende que la doctrina laboralista diferencia entre aquellos derechos fundamentales claramente laborales (como son el derecho de huelga o la libertad sindical) que, como tales, corresponden sólo a las personas en su condición de trabajadores, esté o no la relación laboral suspendida, y los que corresponden a cualquier ciudadano y, por lo tanto, también a los trabajadores¹⁶²⁶. Estos últimos son los

¹⁶²⁵ SAGARDOY BENGOCHEA: *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 23.

¹⁶²⁶ Así, GARCÍA AMADO, Juan Antonio, en AAVV: *Constitución y derechos fundamentales*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de la Presidencia, 2004, p. 834. A su vez, PALOMEQUE LÓPEZ habla de “impregnación” de los derechos no específicamente laborales al ser ejercitados por trabajadores y empresarios en el seno de la relación laboral. De esta manera dichos derechos adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: *Los derechos*

denominados derechos laborales “inespecíficos”: derecho a no ser discriminado, derecho a la intimidad y a la propia imagen, derecho al honor, derecho a la libertad ideológica, derecho a la libertad religiosa, etc.¹⁶²⁷ Dicha expresión, que ha tenido una gran acogida por la doctrina laboralista, fue acuñada por PALOMEQUE LÓPEZ, quien entiende que los derechos laborales inespecíficos “*son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de la relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer en derechos constitucionales inespecíficos*”. Y añade gráficamente: “*Son, en definitiva, derechos del ciudadano – trabajador, que ejerce como trabajador – ciudadano*”¹⁶²⁸.

Al estudiar el rol que juegan los derechos fundamentales en la relación laboral es necesario enfatizar que España es un Estado social de Derecho¹⁶²⁹. Y ésta no es ni una cualidad secundaria, ni una afirmación retórica, pues de dicha naturaleza configuradora del Estado, producto de los conflictos provocados por la industrialización, dependerá cómo es entendida la eficacia de los derechos fundamentales entre los ciudadanos. No por casualidad, la reflexión sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de Derecho privado ha ocupado de manera importante a la doctrina científica alemana en los últimos tiempos. Por su parte, la doctrina laboralista española ha entendido la trascendencia de dicho debate doctrinal y ha hecho suya gran parte de las conclusiones de los autores y jurisprudencia germánicas. Tanto el Estado alemán como el Estado español, a pesar de la turbulenta historia de ambos (especialmente en materia ideológica y religiosa), están conformados en la actualidad en Estados sociales, así como la gran mayoría de países de la Europa occidental, por lo que dicho debate teórico, con evidentes consecuencias prácticas, ha adquirido una importancia creciente conforme se ha ido avanzando en la integración europea.

laborales en la Constitución Española. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 31-34.

¹⁶²⁷ Sin lugar a dudas, principios como el de igualdad y no discriminación, entre otros, son, en palabras de SAGARDY BENGOCHEA “*manifestaciones concretas de la dignidad humana*”, y acierta este autor cuando afirma (a continuación se aludirá precisamente al concepto de Estado social) que “*la misión esencial del Derecho del Trabajo es, acaso, la de asegurar el respeto de la dignidad del trabajador. No existiría un verdadero estado social y democrático de Derecho sin el respeto de la dignidad de los hombres y mujeres que trabajan*”. Se trata del principio *pro dignitati laboratoris*. SAGARDY BENGOCHEA: *Los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 27 y 54. La visión del trabajador desde un punto de vista economicista debe ser superada. El asalariado en su puesto de trabajo no deja de ser un ciudadano, por muy minoritarias que puedan ser sus creencias religiosas, y como tal ha de ser protegido frente a cualquier actuación empresarial (o de otro trabajador) vulneradora de sus derechos fundamentales o libertades públicas. En opinión de RODRÍGUEZ - PIÑERO la protección de la personalidad y dignidad del trabajador, en concordancia con SAGARDY, es el eje de dicha protección. Para RODRÍGUEZ - PIÑERO la antedicha visión economicista, sin duda alguna, ha sido superada en nuestro Estado constitucional. RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO – FERRER: “Derechos fundamentales del trabajador...”, en AAVV: *El trabajo y la Constitución...*, *op. cit.*, pp. 533-534 y pp. 537-538.

¹⁶²⁸ PALOMEQUE LÓPEZ: “Derechos fundamentales generales...”, en AAVV: *El modelo social...*, *op. cit.*, pp. 229-230.

¹⁶²⁹ Artículo 1.1 CE. En palabras de ARBÓS MARÍN, “*desde el punto de vista teórico, el Estado social es un modelo de dominación política que deriva del Estado democrático. Como forma de estado se caracteriza por añadir a los rasgos propios del Estado democrático la inclusión de los derechos sociales en los textos constitucionales*”. ARBÓS MARÍN, Xavier: “Estado social y democrático de Derecho (II): Estado social y democrático”, en AAVV: *Temas de Derecho Constitucional (I)*. 1ª edición. Barcelona: Cedecs, 1998, p. 225.

Por una parte, el Estado español se configura como un Estado social de Derecho, con todas las connotaciones jurídicas que de ello se derivan, y cuyo concepto ha ido evolucionando desde sus orígenes en la ya lejana Constitución de Weimar (1919)¹⁶³⁰; y, por otro lado, las relaciones de trabajo, a su vez, han evolucionado rápidamente al ritmo que ha marcado la globalización de los mercados. Dicha globalización no ha afectado por igual a todos los derechos fundamentales, como resulta obvio con sólo leer la prensa diaria. Pero parece claro que sí ha otorgado una nueva trascendencia a la libertad religiosa, sin que pueda dejar de recordarse el impulso en dicha materia llevado a cabo por la Iglesia Católica a partir del Concilio Vaticano II (1962-1965)¹⁶³¹.

Dicho marco social, compuesto por dos variables escasamente estables, una jurídica y otra económica, es el terreno en el que se deben garantizar los derechos fundamentales, sobre todo por parte de los poderes públicos, y especialmente el legislador y los órganos jurisdiccionales. Dos variables que están relacionadas dialécticamente de una forma normalmente contrapuesta: 1) el Estado social de Derecho (variable jurídico - política), que tiende a proteger los derechos fundamentales en las relaciones privadas; y 2) las

¹⁶³⁰ Obviamente, sin minusvalorar el valor de la Constitución mexicana de Querétaro de 1917. Ésta no sólo fue revolucionaria en su momento, al contener principios generales relativos al trabajo, sino que también recogía preceptos concretos sobre jornada, salario, libertad sindical, entre otros muchos. Por otro lado, la Constitución de Weimar resulta fundamental para entender la misma noción de Derecho del Trabajo y la vigencia de los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral: *"Con Weimar, la constitución deja de ser únicamente la ley suprema del Derecho público, reguladora de las relaciones entre Estado y ciudadanos; se convierte también en la ley fundamental del Derecho privado, reguladora de las relaciones entre ciudadanos privados (...). Y a decir verdad, sólo después de Weimar el Derecho del Trabajo adquirirá autoridad y conciencia de su identidad, entrambas necesarias para escoger los materiales sobre los que se está edificando"*. ROMAGNOLI, Umberto: "Weimar, ¿y después?", en AAVV: *Autoridad y democracia en la empresa*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 1992, p. 21. Al respecto la doctrina española ha afirmado lo siguiente: *"La Constitución de Méjico de 1917 puede considerarse como el primer intento de conciliar los derechos de libertad con los derechos sociales, superando así los polos opuestos del individualismo y del colectivismo. Pero, sin duda, el texto constitucional más importante, y el que mejor refleja el nuevo estatuto de los derechos fundamentales en el tránsito desde el Estado liberal al estado social de Derecho, es la Constitución germana de Weimar de 1919"*. PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 39. Tal fue la importancia de Weimar para el Derecho laboral, incluida su influencia en la legislación mexicana, que en la Exposición de Motivos del Código de Trabajo aprobado por el Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926 se dice lo siguiente: *"No debe omitirse, por su significación e importancia, la labor codificadora del trabajo en que están empeñados los pueblos de la América española, aunque apenas hayan pasado de proyectos. Méjico, que, en uno y otro sentido, parece seguir a Alemania en las amplitudes de su constitución y en la tarea codificadora de las leyes de Trabajo, ofrece ya algunos Códigos, como el del Estado de Puebla, de 14 de noviembre de 1921"*. Como recuerda Montoya Melgar *"el trascendental fenómeno del acceso del trabajo, y más concretamente, de los derechos de los trabajadores asalariados, a los textos constitucionales no se produce hasta avanzado el siglo XX, primero en el famoso artículo 123 de la Constitución mexicana de Querétaro (1917) y poco después en la Constitución socialdemócrata de la República alemana de Weimar (1919)*. MONTAYA MELGAR: "El trabajo en las constituciones...", op. cit., p. 16.

¹⁶³¹ Así, desde el Concilio Vaticano II la Iglesia Católica no ha dejado de prestar atención a la necesidad incontrovertible de garantizar la libertad religiosa en una sociedad cada vez más plural para evitar el nacimiento de conflictos. De este modo en la Declaración *Dignitatis humanae* se establece que *"es evidente que todos los pueblos se unen cada vez más, que los hombres de diversa cultura y religión se ligan con lazos más estrechos, y que se acrecienta la conciencia de la responsabilidad propia de cada uno. Por consiguiente, para que se establezcan y consoliden las relaciones pacíficas y la concordia en el género humano, se requiere que en todas las partes del mundo la libertad religiosa sea protegida por una eficaz tutela jurídica y que se respeten los supremos deberes y derechos de los hombres para desarrollar libremente la vida religiosa dentro de la sociedad"* (15).

modernas relaciones de trabajo (variable económico – organizativa), cada vez más agresivas con los derechos de los trabajadores (de forma especial con los trabajadores de origen extracomunitario) a consecuencia, a su vez, del entorno económico paulatinamente más competitivo en el que se mueven las empresas españolas¹⁶³².

De hecho, con demasiada frecuencia, el legislador no sólo actúa alejándose del sentido profundo del concepto de Estado social, sino que interviene en el mundo del trabajo de forma poco ágil y a destiempo¹⁶³³. O lo que es peor, no llega a actuar¹⁶³⁴, como parece más bien el caso de la regulación de la libertad religiosa en el seno de la relación laboral, por no decir de la falta de reconocimiento expreso de la objeción de conciencia por motivos religiosos. Por dicha razón, la jurisprudencia constitucional ha ido en nuestro país, en la mayoría de las ocasiones, por delante de las normas a la hora de dotar de eficacia a los derechos y libertades fundamentales en el marco de las relaciones entre privados, y concretamente en el seno de las relaciones laborales, motivo por el cual ese rol debe calificarse como de inestimable.

Y por la misma razón son los órganos jurisdiccionales ordinarios los que, en un primer momento, han de hacer frente al desajuste entre las necesidades de una sociedad cada vez más plural y un ordenamiento jurídico parco en ofrecer soluciones; lo que conlleva a su vez que dichos órganos jurisdiccionales hayan de interpretar constantemente unos preceptos que muchas veces no fueron pensados para ser aplicados en las situaciones en que finalmente se aplican (las necesidades y conflictos relacionados con la libertad religiosa han cambiado radicalmente en las últimas décadas), con la consecuente inseguridad jurídica y descontento que ello genera para los destinatarios primarios de las normas laborales (empresa y trabajadores). Si bien la falta de concreción positiva puede facilitar una mayor flexibilidad en la resolución de los supuestos concretos y, por lo tanto, puede ser hasta cierto punto beneficiosa, tal inconcreción puede suponer en muchas ocasiones una fuente de conflictos sociales, un grado insoportable de incertidumbre para empresas y trabajadores, y una ponderación indeseada de derechos y bienes en

¹⁶³² En palabras de RIVERO LAMAS, “no cabe ignorar que la ampliación de las prerrogativas empresariales a consecuencia de las mayores exigencias de flexibilidad laboral (interna y externa) y de las nuevas formas de organización del trabajo (...) acentúan la inseguridad y la desigualdad entre las partes de la relación de trabajo y crean nuevos riesgos para la dignidad del trabajador y la afirmación de la ciudadanía en la empresa”. No obstante, este autor se muestra optimista al afirmar que se está produciendo “un proceso de afirmación de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”. RIVERO LAMAS, Juan: “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, en AAVV: *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 492.

¹⁶³³ La STC 129/1989, de 17 de julio (BOE 9 de agosto de 1989), alude a los deberes de los poderes públicos y, especialmente, del legislador, para con los derechos fundamentales: “En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales, que informan todo el ordenamiento jurídico, se erigen en componentes estructurales básicos del mismo en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política -STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 4.º-. La significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que reputa a tal fin necesarias” (Fundamento Jurídico Tercero).

¹⁶³⁴ No sin razón se ha llegado a calificar el tratamiento por la legislación laboral de los derechos inespecíficos de “desolador”. En tal sentido *vid.* DE VICENTE PACHÉS, Fernando: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. 1ª edición. Madrid: Consejo Económico y Social, 1998, p. 40.

detrimento de la libertad religiosa, como ha demostrado la jurisprudencia española de los últimos años en relación al ámbito laboral¹⁶³⁵.

En general, existe una falta de normas infraconstitucionales que regulen la relación entre derechos inespecíficos y contrato de trabajo¹⁶³⁶, especialmente en el caso de la libertad religiosa. La promulgación del Estatuto de los Trabajadores podía haberse aprovechado para realizar tal cometido; o alguna de sus innumerables reformas podía haber servido para facilitar el ejercicio de tal derecho en la relación laboral¹⁶³⁷. Aquí debe recordarse el contenido del art. 53.1 CE: "*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a*"¹⁶³⁸. Si para establecer la delimitación de un derecho fundamental es necesario

¹⁶³⁵ Siempre resulta difícil encontrar el punto exacto en el que es más conveniente interpretar el espíritu de la ley que aplicar la literalidad de una norma que por definición no puede aprehender todos los supuestos existentes en un ámbito social concreto. Una cosa es que la política legislativa haya optado conscientemente por dicha solución, siempre legítima desde un posicionamiento político dado; y cosa distinta es que exista dejadez en la labor del legislador, que es lo que aparece acontecer en materia de libertad religiosa respecto a la relación laboral. En tal caso se pueden materializar peligros evidentes y efectos indeseados como los señalados. Como antaño se dijo sabiamente: "*No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de opiniones (...). Nuestros conocimientos y todas nuestras ideas tienen una recíproca conexión: cuanto más complicadas son, tanto mayor es el número de sendas que guían y salen de ellas. Cada hombre tiene su mira, y cada hombre la tiene diversa, según los diferentes tiempos. El espíritu de la ley sería, pues, la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre*". BECCARIA: *De los delitos...*, op. cit., p. 36. Con tal cita no se pretende defender desfasados posicionamientos limitativos de la función judicial como mera "boca muerta de la ley". Al contrario, en la presente investigación se defiende la relevancia de la tarea judicial de ponderación de bienes, insustituible y deseable en un buen número de casos donde la ley no puede ofrecer una solución satisfactoria, por muy óptimo que esté configurada; pero ello no significa que las leyes deban permanecer inmutables en el tiempo. Cosa distinta es que la labor judicial deba sufrir una suerte de actualización a los nuevos tiempos: "*Da la sensación de que cuando concurren la libertad religiosa del empleado y el derecho del empleador a explotar eficientemente la empresa, la disyuntiva se resuelve siempre en términos de sacrificio de la libertad religiosa. Por ese motivo es necesario abogar por una transición hacia una mayor sensibilidad con los derechos religiosos de los trabajadores en el ámbito de la relación laboral. La solución al problema del ejercicio religioso en el contrato de trabajo no puede seguir resolviéndose en el marco de la perspectiva contractualista sino que debe pasar a tratarse (...) desde un punto de vista de concurrencia entre derechos, por un lado la libertad religiosa del trabajador y por otro el derecho del empleador a la propiedad y explotación de su empresa*". ROSSELL GRANADOS: *La no discriminación...*, op. cit., p. 113.

¹⁶³⁶ En este sentido vid. PEDRAJAS MORENO: *Despido y derechos...*, op. cit., pp. 53-77.

¹⁶³⁷ "*La decisión del legislador - del de 1980 y de los sucesivos - de no dictar una norma de tutela compensadora en el campo de los derechos personales del trabajador marcará el sentido de la protección de los derechos fundamentales en el interior de la empresa, protección que quedará confiada, de un lado, a la negociación colectiva y, de otro, a la tutela judicial y a la del TC*". VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", en AAVV: *Autoridad y democracia en la empresa*". 1ª edición. Madrid: Trotta, 1992, p. 38. El autor argumenta en este trabajo cómo el legislador perdió la oportunidad de promulgar un estatuto de los trabajadores, en desarrollo del art. 35.2 CE, que garantizara el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, más allá de lo establecido, por ejemplo, en el art. 17.1 ET.

¹⁶³⁸ Por ejemplo, respecto al mundo de las ideas políticas, que no de las religiosas, y en relación al citado art. 53.1 CE, se ha dejado dicho en la STC 11/1981, de 8 abril (BOE 25 de abril de 1981),

examinar la descripción del derecho según la misma Constitución, y los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales pueden determinarse según las reglas de colisión entre derechos fundamentales u otros bienes constitucionales; el establecimiento del contenido esencial de los derechos fundamentales es un tema muy polémico desde un punto de vista doctrinal, pero en todo caso ha de ser respetado por el poder ejecutivo y el poder judicial al llevar a cabo sus respectivas funciones¹⁶³⁹.

Al respecto no debe olvidarse el art. 81.1 CE, que es del siguiente tenor: "*son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*". Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha matizado la exigencia de la utilización de la ley orgánica para desarrollar los derechos fundamentales, que está sometida a la rigidez del segundo apartado del citado art. 81 CE. Así, por ejemplo, la STC 6/1982, de 22 de febrero (BOE 22 de marzo de 1982), matiza tal requerimiento constitucional del siguiente modo: "*el artículo 81 de la CE se refiere al desarrollo «directo» de los derechos fundamentales, pues este artículo y las otras muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la Ley orgánica en materias concretas, que, como se ha dicho, convierte a las Cortes en «constituyente permanente», no puede extremarse, con los importantes problemas de consenso interno que conlleva, al punto de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental*" (Fundamento Jurídico Sexto).

Recuérdese, tal y como se ha dejado dicho, que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa ha desarrollado de forma mínima, más allá de lo meramente programático, el art. 16 CE; y obviamente no realiza ninguna referencia al mundo del trabajo, por relevante que sea en España como mínimo desde un punto de vista meramente sociológico. Que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa enumere ciertos derechos o facultades emanados del derecho de libertad religiosa no significa que puedan materializarse de forma efectiva en el día a día si el legislador no coadyuva a dicha materialización a través de su desarrollo

dictada en Pleno, que "*la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos*" (Fundamento Jurídico Séptimo). Es decir, el desarrollo legal de los derechos fundamentales es muy flexible tal y como está diseñado y, por lo tanto, el legislador disfruta de muchas posibilidades al realizar su tarea. Además, la misma sentencia es relevante porque en su Fundamento Jurídico Octavo el Tribunal interpreta la noción de "contenido esencial". En todo caso, se ha interpretado que el citado art. 53.1 CE, puesto en relación con el art. 9.1 CE, ratifica la vinculación directa los de poderes públicos pero también los ciudadanos y sujetos particulares en general a los derechos fundamentales sin necesidad de ningún desarrollo legal: "*La interpretación sistemática de este precepto (...) avala la extensión del carácter vinculatorio de los derechos fundamentales no sólo a los poderes públicos, sino también a todos los ciudadanos. De forma que en nuestro sistema constitucional no debe existir ninguna reserva (...) para admitir una Drittwirkung de los derechos fundamentales, es decir, para extender su eficacia de las relaciones entre particulares*". PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 67.

¹⁶³⁹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. 1ª edición. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 34 (concepto polémico) y pp. 134 y siguientes (obligación de respeto).

normativo¹⁶⁴⁰, previendo exenciones y sistemas de ajuste razonable en las leyes que anticipen las controversias jurídicas¹⁶⁴¹. En definitiva, poniendo a disposición de los sujetos privados herramientas jurídicas que les permitan su ejercicio en toda su extensión, con la mayor seguridad jurídica y previsibilidad posibles tanto para los empresarios, como para los trabajadores.

La citada anomia provoca que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales laborales hayan tenido y tengan en la actualidad un papel fundamental en orden a determinar la aplicación de los conceptos abiertos y las cláusulas generales de la Constitución en los casos concretos. Dicho acerbo jurisprudencial sirve entonces como referente interpretativo para eventuales supuestos de hecho análogos que de otra manera quedarían huérfanos de toda referencia hermenéutica en la que apoyarse¹⁶⁴²; naturalmente sin perjuicio de la relevante doctrina jurisprudencial vertida en materia de derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en general son desconocidas aquí las ingeniosas y valiosas soluciones aplicadas por los tribunales estadounidenses y el Tribunal Supremo de Canadá).

Por el contrario, y tal como se puso de manifiesto con anterioridad, con frecuencia los órganos jurisdiccionales, especialmente los de instancia (aunque no se escapan de dicha tendencia otros órganos superiores), tienden en algunas ocasiones a resolver las controversias relacionadas con la vigencia de la libertad religiosa en el puesto de trabajo desde un positivismo legalista extremo. Precisamente en las leyes existentes pocas herramientas jurídicas se ofrecen para resolver supuestos cada vez más complejos y que a veces el legislador, consciente de la imposibilidad de regular legalmente todos los supuestos posibles, ha dejado de forma expresa en manos de la jurisdicción; quienes deben llevar a cabo las ponderaciones oportunas de derechos y bienes en juego, teniendo siempre en mente el grado de pluralismo cultural y religioso existente en la actualidad en la sociedad española¹⁶⁴³. Así, en ocasiones se acaban aplicando principios

¹⁶⁴⁰ ROSSELL GRANADOS: "La Ley Orgánica de libertad...", en AAVV: *La libertad religiosa...*, op. cit., p. 122.

¹⁶⁴¹ "One issue concerning accommodations made for religion is whether these should be built into the law from the beginning by the legislature. Must it be left to individuals to appeal to the courts when they feel that their religious freedom has been impaired? Human rights charters expressly protect religious freedom, and the latter should be a feasible option. For the sake, though, of clarity, and to give democratic ownership to recognition of a right of exemption, legislatures would be wise to anticipate difficulties religious believers may have. No one should assume that they can opt out of the legal system in which they live. It is far preferable that the system recognizes their difficulties and tries to meet them from the start". TRIGG: *Equality, freedom...*, op. cit., pp. 92-93.

¹⁶⁴² La excelente tarea realizada por el Tribunal Constitucional en la creación de un cuerpo doctrinal como el existente en materia de derechos fundamentales en la relación laboral, a falta de un legislador que haya tomado la iniciativa, también tiene contrapartidas. Sin ser exhaustivos, se pueden afirmar dos inconvenientes, que por otro lado eran difícilmente evitables por el máximo intérprete de la Carta Magna. El primero, el excesivo casuismo y falta de sistematicidad de la doctrina jurisprudencial, debido, sobre todo, al modo de regulación del recurso de amparo. Y en segundo lugar, que el Tribunal Constitucional haya tenido que suplir al legislador en vez de controlarlo, que es una de sus funciones genuinas y sobre la cual sería deseable que centrara sus esfuerzos.

¹⁶⁴³ "Nuestro ordenamiento axiológico constitucional responde a una estructura abierta y dinámica, corolario del pluralismo político, consagrado también en nuestra Ley de leyes como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro estatuto de derechos y libertades se halla, de este modo, fundado en un orden político pluralista, acorde con una sociedad abierta. Esta estructura pluralista es la que legitima a los representantes parlamentarios para una concreción y desarrollo

o derechos de valor infraconstitucional o secundarios (como el abuso de derecho o una buena fe contractual supraponderada) en lugar de aplicar preceptos y reglas, que frecuentemente se encuentran en normas internacionales, que fueron especialmente diseñados para promover la efectiva vigencia del derecho a la libertad religiosa; también en el puesto de trabajo. Ello conlleva que los trabajadores acaben por no ejercer el derecho a la libertad religiosa, a no impugnar órdenes contrarias a su conciencia religiosa y a que las normas laborales acaben moldeando las conductas de los trabajadores sin que dichas normas sean flexibles y se adapten a los trabajadores a los que van dirigidas (de ahí la cada vez mayor relevancia de los códigos de conducta y los códigos éticos aplicados por las empresas, cuya utilidad y efectiva aplicación una vez son adoptados son a veces muy dudosas)¹⁶⁴⁴.

Todo ello constituye una evidente paradoja. La etapa actual de la globalización se caracteriza por una profusa regulación jurídica de todos los ámbitos sociales (los Boletines legislativos oficiales son testimonio mudo de la infinitud e inverosimilitud de materias sobre la cual se legisla todas las semanas del año), y España no es ninguna excepción. Sorprende, pues, que se legisle hasta el detalle sobre las temáticas más variopintas, y no se pase legislativamente de la mera superficialidad del derecho a la libertad religiosa, marco en el que existe una cuasi anomia. Ingenuamente se podría pensar que la falta de regulación general en la materia afectaría por igual a los practicantes de las confesiones mayoritarias y los de las minoritarias, pero tal aserto no sería jurídicamente correcto. Si durante décadas se ha estado legislando desde el prisma de las tradiciones, costumbres y, en definitiva valores, de la confesión religiosa mayoritaria (infinitud de normas, como muchas de las laborales, insertan sus raíces en una época en que la Iglesia Católica era religión oficial del Estado), resulta patente que la falta de regulación en la materia afectará especialmente a las confesiones religiosas minoritarias y, por lo tanto, a los trabajadores que ajustan su estilo de vida a sus doctrinas. Frente a la profusión de reglamentaciones en muchas materias a las que el legislador ha dado prioridad de forma reiterada, la época actual se caracteriza por dejar espacios de la realidad social para que el Estado o las empresas actúen mediante métodos extrajurídicos, pues no quedan vinculados por normas jurídicas en relación a ciertos vacíos legales¹⁶⁴⁵. Y todo apunta a que el ejercicio de la libertad de pensamiento (libertad ideológica y libertad religiosa) en el puesto de trabajo es uno de dichos ámbitos de anomia donde el legislador no parece estar interesado en actuar; por lo que los

legislativo de los derechos fundamentales, acorde con las aspiraciones sociales expresadas por las mayorías. De igual modo, el propio proceso hermenéutico constitucional actúa como un cauce abierto a las distintas exigencias y alternativas prácticas, es decir, como una instancia crítica capaz de «ponderar los bienes», a fin de resolver y canalizar los conflictos que puedan darse entre los diversos valores e intereses tutelados por la normativa constitucional". PÉREZ LUÑO: Los derechos fundamentales..., op. cit., pp. 134-135.

¹⁶⁴⁴ Obviamente hay muchas otras razones obstaculizan el ejercicio y vigencia del derecho a la libertad religiosa en sede laboral, unos obstáculos que son compartidos con el resto de derechos fundamentales: "La inefectividad de los derechos fundamentales puede lograrse (..) por las simples vías de hecho de la inaplicación o no ejercicio de esos derechos. La inexistencia o debilidad de las organizaciones sindicales. la situación del mercado de trabajo favorable a los empresarios o la lentitud en la resolución de los conflictos laborales son algunas circunstancias que dan cuenta del porqué los derechos fundamentales de los trabajadores, pese a su formal reconocimiento, puedan quedar relegados en la cotidiana experiencia jurídico-laboral a simples enunciados normativos vacíos de contenido". VALDÉS DAL-RÉ: "Poderes del empresario...", en AAVV: *Autoridad y democracia...*, op. cit., pp. 28-29.

¹⁶⁴⁵ CAPELLA HERNÁNDEZ: *Fruta prohibida...*, op. cit., pp. 49-50.

sujetos privados deberán en parte autocomponer sus conflictos, que lógicamente afectarán con suma frecuencia a los trabajadores cuyo modo de pensar no se ajuste con los valores mayoritarios del sistema jurídico - político, que son normalmente los únicos tenidos en cuenta por el ordenamiento jurídico¹⁶⁴⁶.

El principio de buena fe es justamente una de las instituciones centrales para guiar las conductas de los empresarios y trabajadores en la materia, pero no por ello deja de ser un concepto jurídico indeterminado, cuya aplicación necesita, en la mayoría de las ocasiones, del auxilio jurisdiccional¹⁶⁴⁷. El principio de buena fe, en opinión del Tribunal Constitucional, debe presidir las relaciones entre las partes del contrato de trabajo, por lo que está presente en un gran número de sus sentencias¹⁶⁴⁸, lo que parece del todo lógico, pues dicha figura brinda la posibilidad de que el Derecho no tenga que interpretarse y aplicarse rígidamente, para hacerse más flexible, justo y progresivo¹⁶⁴⁹. Cosa distinta es que a veces se erija en un obstáculo a la efectiva aplicación del derecho a la libertad religiosa. Como se tendrá ocasión de tratar, la buena fe no es una figura apta para limitar los derechos fundamentales, sino para guiar su aplicación en el ámbito laboral. En palabras de la STC 4/1996, de 16 de enero (BOE 19 de febrero de 1996): "*aunque la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno que el trabajador quede privado de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Pero no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad con un significado de sujeción indiferenciada del trabajador al interés empresarial, pues ello no se ajusta al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional*" (Fundamento Jurídico Cuarto).

¹⁶⁴⁶ Se señala la tendencia de los sistemas democráticos seculares de "olvidar" los valores de las creencias minoritarias que son precisamente los que difieren de los valores públicos compartidos en SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO: *Musulmans a Catalunya...*, op. cit., p. 66.

¹⁶⁴⁷ DEL REY GUANTER, Salvador: "Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general". *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1995, núm. 186, Tomo I, p. 203.

¹⁶⁴⁸ Por ejemplo, STC 106/1996, de 12 de junio (BOE 12 de julio de 1996), que, a su vez, cita otras referencias jurisprudenciales (Fundamento Jurídico Quinto). Para un estudio del alcance del principio de buena fe respecto los derechos fundamentales en el contrato de trabajo *vid.* GIL Y GIL, José Luis: "El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador". *Aranzadi Social*, 2003, núm. 13. Versión electrónica: www.westlaw.es (BIB 2003, 1246). Para dicho autor el principio de buena fe no es solamente un principio general del Derecho, sino que es un verdadero principio constitucional, aunque implícito.

¹⁶⁴⁹ MONTOYA MELGAR, Alfredo: *La buena fe en el derecho del trabajo*. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 2001, p. 14. Para CONDE MARÍN el principio de buena fe tiene tres funciones: informadora del ordenamiento jurídico, integración e interpretación de las normas y, finalmente, una función correctora y limitativa en la interpretación de los derechos. CONDE MARÍN, Emilia: *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración en el contrato de trabajo*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2007, pp. 57-66. Dicha autora también examina el principio de buena fe como limitación en el ejercicio de los derechos de las partes en el contrato de trabajo (pp. 229-234).

Es indiscutible que la Constitución impregna todas las instituciones laborales, incluida, por supuesto, la del despido, que por sus características, es una fuente idónea de vulneración, o como mínimo de obstaculización del ejercicio y garantía, de los derechos fundamentales¹⁶⁵⁰; como lo es, en general, la relación de trabajo en sí¹⁶⁵¹. Por dicha razón, todas las instituciones del Derecho del Trabajo, sin excepción, han de ser estudiadas y aplicadas a la luz de la norma fundamental. Es gráfico constatar que la doctrina jurisprudencial constitucional, en relación a la eficacia de los derechos fundamentales *inter privados*, ha sido construida fundamentalmente en supuestos de hecho ligados a relaciones laborales. Posteriormente, la doctrina creada a la luz de vulneración de derechos en relaciones de trabajo ha sido aplicada a otras relaciones jurídicas entre privados, en lo que se ha dado en llamar “laboralización” de la Constitución¹⁶⁵².

La Carta Magna no es sólo norma de normas, en el sentido kelseniano, sino que sus preceptos, con algunas matizaciones, son de aplicación directa, aunque no hayan sido desarrollados legislativamente¹⁶⁵³. Naturalmente, dicha idea no obvia la conveniencia, incluso la necesidad, de que *de lege ferenda* la delimitación de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, ya sea desarrollándolos, ya sea limitándolos, sea realizada mediante ley¹⁶⁵⁴. La positivación de los derechos fundamentales no sólo es

¹⁶⁵⁰ El Tribunal Constitucional ha tenido que dedicar una especial atención a la institución del despido, fuente constante de conflictos jurídicos, en cuya dinámica los derechos constitucionales juegan un papel especialmente importante. *Vid.*, como muestra de lo dicho, la STC 47/1985, de 27 de marzo (BOE 19 de abril de 1985), que conoce de un despido causalmente ideológico que afecta a una profesora que presta servicios en un centro educativo privado con cierto ideario, es decir, una “empresa de tendencia”.

¹⁶⁵¹ “En la conformación social que conocemos, los poderes del empresario - la empresa en cuanto poder privado - constituyen una real amenaza para la afirmación de los derechos del trabajador. Y ello no por considerar tales poderes como intrínseca u ontológicamente insidiosos o perversos, sino, más sencillamente, por el hecho cierto de que la lógica empresarial (sus principios y valores) actúa naturaliter como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo así su desarrollo”. VALDÉS DAL-RÉ: “Poderes del empresario...”, en AAVV: *Autoridad y democracia...*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁵² DEL REY GUANTER: “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 193.

¹⁶⁵³ RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO – FERRER: “Derechos fundamentales del trabajador...”, en AAVV: *El trabajo y la Constitución...*, *op. cit.*, pp. 533-534. La STS de 16 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5283), afirma que “según tiene precisado la jurisprudencia de este Tribunal y la doctrina sentada por el Constitucional, la Constitución, en cuanto norma suprema del ordenamiento jurídico, es de aplicación inmediata en lo que concierne a los derechos fundamentales y, también, que los valores y principios que proclama deben inspirar la aplicación de cuantos preceptos lo integran” (Considerando Primero).

¹⁶⁵⁴ Incluso la negociación colectiva podría jugar un importante papel en el desarrollo de los derechos fundamentales en la relación laboral en equilibrio con los intereses empresariales (art. 37.1 CE). Aunque no haya obstáculo legal para ello, se puede afirmar que los convenios colectivos han sido muy tímidos a la hora de regular dichos aspectos (en las pocas ocasiones que lo han hecho), y simplemente se han abstenido en la mayoría de veces. La STC 177/1988, de 10 de octubre (BOE 5 de noviembre de 1988), alude al principio de autonomía colectiva como limitadora del derecho a la igualdad: “El principio reconocido en el art. 14 de la Constitución, reflejado luego, aunque con matices propios, en la propia legislación laboral (arts. 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores), no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos. No es ya que el principio de igualdad no se oponga a toda diferencia de trato, como en general ocurre. Ha de tenerse en cuenta también, como en otras ocasiones ha puesto de manifiesto este Tribunal, que en el ámbito de las relaciones privadas, en el que, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, el Convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se

necesaria para el establecimiento de fronteras entre unos y otros, sino que ha de dirigirse asimismo a asegurar su contenido esencial en casos problemáticos y necesitados de una respuesta adecuada, como es el supuesto de las controversias surgidas como consecuencia de las convicciones religiosas del trabajador¹⁶⁵⁵.

La preeminencia de la Constitución conlleva una ulterior implicación. Lo que se ha denominado por la doctrina “bloque laboral de constitucionalidad” supone que el contenido del Derecho del Trabajo no sólo está formado por normas escritas, sino que dicha disciplina jurídica, asimismo, está compuesta por los valores y principios constitucionales que la ordenan y estructuran como sistema jurídico¹⁶⁵⁶. Curiosamente, de la lectura de la Constitución se podría concluir que el contrato de trabajo no ha sido constitucionalizado, ya que, por motivos diversos, éste no aparece recogido en la Sección I, Capítulo II, Título I, de la Carta Magna.

Y es que el reconocimiento constitucional del contrato de trabajo se produce indirectamente, a través de los denominados derechos fundamentales no laborales en el ámbito laboral. Dichos derechos se convierten en laborales al ser ejercitados por trabajadores en el contexto de una relación jurídico – laboral¹⁶⁵⁷, cual es el caso del derecho a la libertad religiosa¹⁶⁵⁸. Ello sin perjuicio, claro está, de que muchos de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución para todos los ciudadanos hayan sido, a su vez, plasmados expresamente en la normativa laboral para facilitar su ejercicio por parte de todos los trabajadores. Por ejemplo, como es perfectamente conocido, el artículo 17 ET recoge el derecho a la no discriminación por causa de la religión profesada.

manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica”. El principio de autonomía colectiva limita claramente, *per se*, el derecho a la igualdad ya que “*da paso al establecimiento de regulaciones diferenciadas en razón de la empresa, del sector o de cualquier otro ámbito territorial y funcional apropiado y legítimo para la negociación de condiciones de trabajo. El Convenio colectivo es por definición una norma «sectorial», por lo que la diferenciación por sectores productivos es prácticamente inseparable de la noción de negociación colectiva (ATC 643/1986, de 23 de julio)*” (Fundamento Jurídico Cuarto). Por lo tanto, el convenio colectivo no sólo puede actuar para desarrollar los derechos fundamentales y garantizar su ejercicio, sino que también puede actuar como fuente de limitaciones.

¹⁶⁵⁵ La experiencia histórica, y la española no es ninguna excepción, indica que el contenido esencial de las libertades y los derechos fundamentales han de vigilarse especialmente aunque el ordenamiento jurídico se inserte formalmente en un Estado de Derecho: “*I must establish a society in which there must be some frontiers of freedom which nobody should be permitted to cross. Different names or natures may be given to the rules that determine these frontiers: they may be called natural rights, or the word of God, or Natural Law, or the demands of utility or the «permanent interests of man»; I may believe them to be valid a priori, or assert them to be my own ultimate ends, or the ends of my society or culture. What these rules or commandments will have in common is that they are accepted so widely, and are grounded so deeply in the actual nature of men as they have developed through history, as to be, by now, an essential part of what we mean by being a normal human being. Genuine belief in the inviolability of a minimum extent of individual liberty entails some such absolute stand. For it is clear that it has little to hope for from the rule of majorities; democracy as such is logically uncommitted to it, and historically has at times failed to protect it, while remaining faithful to its own principles*”. BERLIN: *Four essays...*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁶⁵⁶ DEL REY GUANTER: “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 193.

¹⁶⁵⁷ DEL REY GUANTER: “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pp. 194-195.

¹⁶⁵⁸ *Vid.* SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando: “El marco constitucional de los derechos laborales”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1997, nº 3, pp. 77-78.

2.2. La eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares y sus limitaciones

En el caso de la vigencia de la libertad religiosa en el seno de la relación laboral es especialmente importante determinar su eficacia y límites como derecho fundamental inespecífico, ya que, al ejercerse el derecho a la libertad religiosa es posible que pueda afectar otros derechos, fundamentales o no, y bienes jurídicos. Para que pueda ejercerse el derecho a la libertad religiosa en el seno de la relación laboral la conducta, acción o suceso que se produzca ha de caer dentro del objeto del derecho a la libertad religiosa, al encuadrarse dentro del presupuesto de hecho de la norma de aplicación; elemento que ya se ha examinado con anterioridad. Es entonces cuando el derecho desplegará su eficacia en el seno de la relación laboral como derecho fundamental inespecífico. Es muy probable que la antedicha eficacia (consecuencia jurídica) sea atenuada o limitada, al materializarse una interacción conflictiva con otro derecho, bien o valor protegido constitucionalmente. El ejercicio del derecho incluso puede interaccionar de manera conflictiva con otros elementos jurídicos cuya protección constitucional no quede tan clara, como podría ser el caso de una cláusula pactada entre las partes del contrato de trabajo (el inveterado principio *pacta sunt servanda*). De esta forma, una vez delimitado el objeto del derecho, hay que proceder a examinar los límites que pudieran concurrir en su ejercicio y eficacia.

La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, llamada *Drittwirkung der Grundrechte* por la doctrina alemana¹⁶⁵⁹, aparece, desde el punto de vista histórico, cuando los ciudadanos tienen garantizado un mínimo de seguridad frente a las actuaciones del Estado, frente al poder público¹⁶⁶⁰. La eficacia entre particulares es una eficacia “horizontal”¹⁶⁶¹, que dogmáticamente se diferencia de la eficacia “vertical”, que es la que produce efectos frente al Estado. En ese momento, que realmente corresponde a una lenta evolución comprensiva de un largo lapso de tiempo, algunos sujetos privados pasan a ostentar grandes cuotas de poder (social, económico, político...), constituyéndose en una amenaza para la integridad de los derechos fundamentales de otros sujetos privados¹⁶⁶². El período de tiempo referido es el de transición entre el Estado liberal al Estado social de Derecho, cuya duración difiere de país a país¹⁶⁶³.

¹⁶⁵⁹ Al respecto, debe citarse la inestimable obra del jurista alemán HANS CARL NIPPERDEY.

¹⁶⁶⁰ Hasta ese momento la principal preocupación para los sujetos privados era protegerse de la tiranía y de la arbitrariedad del poder público, de ahí incluso que el término "libertad" tuviera un sentido más restrictivo que en la Modernidad: "*The struggle between Liberty and Authority is the most conspicuous feature in the portions of history with which we are earliest familiar, particularly in that of Greece, Rome, and England. But in old times this contest was between subjects, or some classes of subjects, and the Government. By liberty, was meant protection against the tyranny of the political rulers*". STUART MILL: "On liberty", en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., p. 88.

¹⁶⁶¹ Incluso se ha apuntado la “eficacia social” como sinónimo de la “eficacia horizontal”. La denominación de “eficacia social” no parece correcta, pues los derechos fundamentales si producen efectos jurídicos siempre los producen en un ámbito social determinado. Así pues, no puede existir una tipología de eficacia jurídica que no sea social.

¹⁶⁶² DEL REY GUANTER: “Derechos fundamentales...”, op. cit., pp. 188-189.

¹⁶⁶³ El paso de un tipo de Estado a otro no sólo determina la ampliación de la eficacia de los derechos fundamentales, sino que contribuye a un ensanchamiento de su contenido. PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 22-25. Como afirma dicho autor, “en su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también

El origen de la doctrina de la *Drittwirkung* coincide temporal e ideológicamente con la decadencia de la dicotomía liberal Estado – sociedad. En el constitucionalismo clásico la norma fundamental se limita a definir la estructura y funcionamiento de los poderes políticos y el Código Civil representa el máximo exponente del estatuto jurídico de la sociedad. En cambio, en el Estado social la Constitución configura la posición de los poderes políticos y de los ciudadanos en la vida política, pero también en la dinámica social¹⁶⁶⁴. La teoría de los derechos públicos de GERBER y JELLINEK es contestada por la inmensa mayoría de la doctrina. La Constitución vincula a los poderes públicos y a los particulares, así también los derechos fundamentales regulados en la Carta Magna. De este modo, desaparece la estanqueidad formal entre el Estado y la sociedad, entre el ámbito público y privado¹⁶⁶⁵. Es decir, desaparecen las divisiones artificialmente creadas por el liberalismo clásico.

La tesis de la *Drittwirkung* aparece por vez primera en una sentencia del Tribunal Constitucional alemán de fecha 15 de enero de 1958, el denominado caso Lüth (BVerfGE 7, 198), cuya doctrina ha sido posteriormente reiterada en otras sentencias¹⁶⁶⁶. Y a partir de aquí, dicha doctrina ha influido otros ordenamientos jurídicos, como el español.

El poder en manos de particulares, y, por lo tanto, el consiguiente riesgo de vulneración de los derechos fundamentales, ha ido aumentando de conformidad con la evolución de la economía de mercado. Una vez más, el dogma liberal de la igualdad formal entre particulares se muestra insuficiente para describir y, por lo tanto, regular satisfactoriamente la realidad social. Pero es precisamente en la relación laboral donde el

frente a los demás miembros del cuerpo social. Concebidos inicialmente como instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipotencia del Estado, se consideró que los derechos fundamentales no tenían razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango donde se desarrollan las relaciones entre particulares. Este planteamiento obedecía a una concepción puramente formal de la igualdad entre los diversos miembros de la sociedad. Pero es un hecho notorio que en la sociedad neocapitalista esa igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en la esfera privada de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos. De ahí que el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho haya supuesto, en este plano, la extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al seno de las relaciones entre particulares" (pp. 22-23).

¹⁶⁶⁴ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales: el paradigma de *Drittwirkung* laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1991, núm. 3, pp. 70 y siguientes. DE VEGA GARCÍA señala con meridiana claridad cuál es el *quid* de la doctrina de la *Drittwirkung*. Para dicho autor "de lo que se trata es de discutir si la situación de oligopolio social de los grupos y poderes privados, no determina que la autonomía de la voluntad quede reducida, en el plano real, sólo a la autonomía de esos poderes privados, y la igualdad ante la ley se convierta en pura justificación y legitimación de las desigualdades de hecho". DE VEGA GARCÍA, Pedro: "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)". *Responsa Iurispritorum Digesta*, 2003, vol. 5, p. 57.

¹⁶⁶⁵ CÁMARA VILLAR, Gregorio: "El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la Constitución Española", en AAVV: *Derecho Constitucional*. Vol. II. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 1999, p. 59.

¹⁶⁶⁶ Los efectos prácticos de la doctrina constitucional en Alemania han sido muy relevantes por su efecto expansivo: "Con esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha abierto ampliamente el Derecho Privado a la influencia del Derecho Constitucional. Ha contribuido decisivamente a que los derechos fundamentales determinen hoy no sólo la vida estatal, sino toda la vida jurídica en la República Federal, y a que la impregnen hasta en los menores detalles. En varios aspectos, sin embargo, este logro tiene sus costes". HESSE: *Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 59.

citado peligro de vulneración de los derechos fundamentales, a consecuencia de la posición de sujeción y subordinación derivadas de la ajenidad y dependencia (se trata de una relación jurídica desequilibrada en la cual la autonomía de la voluntad se ve fuertemente matizada), es susceptible de materializarse con mayor facilidad en forma de afectación de la esfera jurídica del trabajador; incluida, por supuesto, la vulneración de su derecho a la libertad religiosa¹⁶⁶⁷. Por ejemplo, la STC 129/1989, de 17 de julio (BOE 9 de agosto de 1989), alerta de que la garantía que deben proporcionar poderes públicos y, especialmente, el legislador, en relación a la vigencia de los derechos fundamentales “*puede resultar singularmente apremiante en el ámbito laboral, en el que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador*” (Fundamento Jurídico Tercero).

Además, ni todas las relaciones *inter privados* están caracterizadas de igual manera, ni la dinámica ciudadano - Estado es intercambiable por la de ciudadano - ciudadano, al ser muy diferentes¹⁶⁶⁸. La doctrina diferencia dichas relaciones según la intensidad del interés general en contraposición al interés particular¹⁶⁶⁹. Precisamente, la relación jurídico –

¹⁶⁶⁷ Incluso en los Estados Unidos, tradicionalmente más preocupados por la relación entre ciudadano y poder político, se va advirtiendo cada vez más el riesgo de vulneración derechos fundamentales del ciudadano - trabajador en el contexto de la relación laboral: “*In the context of the workplace, the individual actors relate to their to their companies not as citizens, but as employees. Although workers are citizens of a nation (ordinarily, but not always, the nation in which they work) and many adult citizens work in private sector, the moral status of citizens and employees is distinct, particularly vis-à-vis the institutions of the state and the company. The fact that these respective institutions are potentially and actually coercive in different ways makes an analogy between politics and the workplace incomplete. It is right, in general terms, to see greater potential coercion and actual coercion in what governments do that in what companies do. Yet is also important to consider the ways in which the companies potentially exercise coercion over their employees. To the extent that coercion is possible in turning over certain powers in the employment contract as it is in the social contract, then the concern about institutional religion and the moral aim to guarantee free religious exercise have some application in the workplace*”. HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 94.

¹⁶⁶⁸ “No puede llegarse a un efecto directo entre terceros cambiando simplemente el destinatario de los derecho frente al Estado. Esto es, en parte, imposible por razones conceptuales - un ciudadano no puede tener, por ejemplo, frente a otro ciudadano, ningún derecho a que éste expida o no determinadas leyes - y, en parte, está excluido porque, como subrayan todos los representantes de la teoría del efecto directo entre terceros, las normas de derecho fundamental tienen en la relación ciudadano/ciudadano, debido a que ambos son titulares de derechos fundamentales, una «fuerza de efecto» diferente a la que existe en la relación ciudadano/Estado”. ALEXYS: *Teoría de los derechos...*, op. cit., pp. 477-478. Así, el trabajador no puede requerir a la empresa que le reconozca el derecho a la libertad religiosa del mismo modo que podría requerirlo del Estado; ni tampoco es acreedor frente a la empresa de un derecho prestacional como en ocasiones podría serlo frente al estado en postulación de las facultades otorgadas por varios de sus derechos fundamentales, lo que no obvia que en ocasiones sí puede reclamar una conducta positiva por parte de la empresa en aras al reconocimiento de su derecho.

¹⁶⁶⁹ Un ejemplo actual se puede encontrar en los Alardes que se celebran en Irún. En dicho acontecimiento social se da una fuerte tensión entre el principio de no discriminación por razón de sexo y el derecho fundamental a la libertad de asociación. Vid. AAVV: *Los Alardes: una perspectiva jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares*. 1ª edición. Irún: Casino de Irún, 2000. Es particularmente interesante la Ponencia titulada “*Prohibición de discriminación y autonomía privada*” de BILBAO UBILLOS, Juan María, pp. 97-120. Por otro lado, si se examina, a modo de ejemplo, la relación jurídica del trabajador autónomo económicamente dependiente con su cliente (exámínese el Capítulo III del Título II de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo), bajo este prisma se puede afirmar que es una relación entre

laboral es una de las más intervenidas por el legislador¹⁶⁷⁰, por concurrir en muchas ocasiones intereses públicos y, por lo tanto, la intensidad en ella del principio de igualdad debe ser mayor¹⁶⁷¹, tal y como se examina al tratar de la objeción de conciencia.

La doctrina alemana¹⁶⁷², y consecuentemente también la española, ha venido diferenciando entre la eficacia mediata, indirecta o refleja de los derechos fundamentales (*mittelbare Drittwirkung*)¹⁶⁷³ y la eficacia inmediata o directa (*unmittelbare Drittwirkung*). Se está ante la eficacia mediata cuando es requerida la previa actuación de los poderes públicos. La sentencia, como acto del poder público (*öffentliche Gewalt*), viola el derecho fundamental, y es ese acto el que puede ser impugnado, no directamente el acto realizado por el particular. La eficacia inmediata, por el contrario, es predicable en las relaciones jurídicas entre particulares sin la intervención de una autoridad pública, por lo que de ella se deriva lo que se podría denominar una “eficacia social”¹⁶⁷⁴, aunque el término puede resultar ciertamente equívoco.

El Tribunal Constitucional alemán se decantó en un principio por la eficacia inmediata y después, en una segunda etapa, por la mediata¹⁶⁷⁵. Pese a la división de la doctrina iusconstitucionalista española, compartida con otros países¹⁶⁷⁶, el Tribunal Constitucional

privados en la que el interés general y, por lo tanto, la intervención de la Administración, es menor que en la relación laboral, pues se trata de una relación mercantil sujeta al Derecho privado. Sin embargo, por sus características, como son una fuerte dependencia y la desigualdad de las partes contratantes, se configura como una relación muy parecida a la relación de trabajo, por lo que el interés general es más alto que en cualquier otra relación jurídica que se pueda establecer entre profesionales.

¹⁶⁷⁰ ALONSO OLEA, Manuel: “Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1983, núm. 16, pp. 606-607.

¹⁶⁷¹ MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel: “El principio de igualdad en la relación de trabajo (Un apunte sobre la eficacia *inter privatos* del artículo 14 de la Constitución) (I)”. *Actualidad Laboral*, 1996, núm. 32, p. 637.

¹⁶⁷² La postura de la doctrina germana es la siguiente: “*In der deutschen Grundrechtsdogmatik werden die Begriffe überwiegend dahingehend verstanden, daß eine unmittelbare Drittwirkung vorliegt, wenn der einzelne Bürger neben dem Staat als Normadressat der Grundrechte verstanden wird. Die sehr unterschiedlichen Theorien zur mittelbaren Drittwirkung gehen übereinstimmend davon aus, daß die Grundrechte selbst nicht den einzelnen verpflichten. Sie entfalten aber dennoch zwischen Privaten Wirkung, beispielsweise weil sie eine objektive Werteordnung konstituieren, die im Recht generell zu beachten sei, oder weil der Richter die Grundrechte wegen ihrer Schutzfunktion bei der Auslegung des Privatrechts zu beachten hat. Durch die Konstruktion einer mittelbaren Drittwirkung soll dabei meist eine abgeschwächte Bindung Privater an die Grundrechte erreicht werden*”. GANTEN, Ted Oliver: *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*. 1ª edición. Berlín: Duncker & Humblot, 2000, pp. 26-27.

¹⁶⁷³ “*Si el presupuesto de la Drittwirkung mediata es la concepción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, el objetivo que motiva su aparición y que la condiciona en todo su desarrollo es la idea de la protección de la voluntad como motor del tráfico jurídico y del Derecho Privado en general*”. NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 172-173.

¹⁶⁷⁴ MOLINA NAVARRETE: “Bases jurídicas y presupuestos...”, *op. cit.*, p. 64.

¹⁶⁷⁵ Para un interesante estudio doctrinal alemán de la problemática de la eficacia de los derechos fundamentales en el Derecho privado *vid.* STARCK, Christian: “Derechos fundamentales y Derecho privado”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2002, núm. 66, pp. 65-89. Dicho artículo enfatiza las similitudes y problemas a las que se enfrenta el sistema constitucional alemán y el español al tratar de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas. Al final del estudio, se pueden encontrar cinco casos paradigmáticos a los que ha dado solución el Tribunal Constitucional alemán.

¹⁶⁷⁶ Según MARTÍNEZ ROCAMORA, ni en el Derecho anglosajón, ni en el Derecho continental puede hablarse de una formulación clara y plenamente aceptada de la doctrina de la eficacia frente a terceros. MARTÍNEZ ROCAMORA: “El principio de igualdad... (I)”, *op. cit.*, p. 621.

no se ha decantado de forma abierta por una teoría u otra¹⁶⁷⁷. Téngase en cuenta que la Constitución Española, al igual que la mayoría de constituciones europeas no contiene un artículo equivalente al art. 18.1 de la Constitución Portuguesa, que reconoce explícitamente la eficacia directa frente a los particulares de los derechos fundamentales. Dicho precepto es del siguiente tenor: “*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”¹⁶⁷⁸.

Por lo tanto, se hable de eficacia mediata o inmediata, se reconoce una eficacia al fin y al cabo, por lo que aquí, aunque se comparta la teoría de la eficacia inmediata, no se entrará a fondo en un debate sobre el que existen un buen número de estudios de gran calidad y que merecería un desarrollo mucho más extenso, no necesario para la aprehensión correcta de la idea a la que se pretende llegar. Además, de lo que no duda la doctrina es de la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales específicamente laborales y de los derechos inespecíficos en la relación laboral (artículo 9.1 CE)¹⁶⁷⁹, que es lo decisivo¹⁶⁸⁰. Es decir, no cabe duda de la eficacia del derecho a la libertad religiosa

¹⁶⁷⁷ RIVERO LAMAS: “Derechos fundamentales...”, en AAVV: *El trabajo y la Constitución...*, op. cit., p. 493. La imputación a un órgano jurisdiccional de la violación cometida originariamente en el seno de una relación jurídico – privada, técnica utilizada por el Tribunal Constitucional, conforma la denominada doctrina de la asunción judicial. Al respecto *vid.* BILBAO UBILLOS, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1ª edición. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 135 y ss.

¹⁶⁷⁸ Otra excepción la constituye la nueva Constitución Federal Suiza. El art. 35.1 de la Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, aprobada por referéndum el 18 de abril de 1999, afirma que “*die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen*”. Y en su apartado 3 aclara que “*die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden*”.

¹⁶⁷⁹ “Sin perjuicio del distinto significado que debe atribuirse a los términos «sujeción» (deber negativo) y «vinculación» (deber positivo) de los artículos 9.1 y 53.1 de la CE y de las necesarias matizaciones en la aplicación del principio de igualdad, la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones laborales parece incuestionable”. BLAT GIMENO: *Relaciones laborales...*, op. cit., p. 43. En un sentido parecido: “Los jueces y Tribunales laborales no han dudado de la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en las relaciones con el empresario o, por expresar con mayor exactitud la idea, no se han planteado la cuestión, ni tan siquiera a efectos dialécticos, de la inaplicación de los derechos reconocidos en la CE al contrato de trabajo, dando por sentado que tales derechos desarrollan una eficacia pluridireccional, incluidos los que no son típicamente laborales. Así, la prohibición de discriminación, la libertad de expresión o el derecho a la intimidad, por citar algunos ejemplos significativos de esos derechos, se han concebido como derechos subjetivos plenos de los trabajadores ejercitables en la relación jurídico-laboral y, como tales, susceptibles de ser protegidos, mediante tutela judicial”. VALDÉS DAL-RÉ: “Poderes del empresario...”, en AAVV: *Autoridad y democracia...*, op. cit., p. 44.

¹⁶⁸⁰ La eficacia *erga omnes* del principio de igualdad, que se tratará *infra*, por lo tanto, vincula a poderes públicos y ciudadanos, aunque de diferente manera. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos: *Despidos discriminatorios y libertad sindical*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1983, p. 28. Para NARANJO DE LA CRUZ “los derechos fundamentales no son derechos públicos subjetivos dirigidos, únicamente, frente a los poderes públicos, sino que, tomando como base la propia Constitución, vinculan a los particulares con el alcance que se deduzca en cada caso de los preceptos constitucionales”. NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos...*, op. cit., pp. 210 y ss. Para el autor, el carácter normativo inmediato de la Constitución en cuanto los derechos fundamentales incide en todas las relaciones reguladas por los diversos sectores del ordenamiento sin que sea necesaria intervención alguna por parte del legislador. La Constitución no garantiza solamente un ámbito de inviolabilidad frente al Estado, sino un *status socialis*, una posición jurídica del individuo que debe ser respetada por todos, los poderes públicos y los sujetos privados.

en la ejecución del contrato de trabajo¹⁶⁸¹. Asimismo, y dejando al margen que dicha prohibición ha sido desarrollada legalmente por el Estatuto de los Trabajadores, tampoco cabe duda alguna sobre la eficacia directa del principio de no discriminación en las relaciones laborales, que hace tiempo dejó de ser una mera formalidad para pasar a encontrar su fundamento en una verdadera eficacia material¹⁶⁸².

De hecho, la discusión entre partidarios de la eficacia mediata y de la inmediata realmente se centra básicamente en una cuestión procesal, de legitimación activa, y no de Derecho material. El problema de fondo es el acceso al recurso de amparo constitucional, es decir, el desarrollo legislativo del artículo 53.2 CE que se ha producido por el artículo 41.2 LOTC¹⁶⁸³. Este último hace referencia a los poderes públicos y no a los particulares, y sobre este extremo discurre en España el debate doctrinal¹⁶⁸⁴: “*El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes*”.

Constatada la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales, y entre ellos del derecho a la libertad religiosa, es necesario matizar tal afirmación, pues tal eficacia no puede ser configurada como ilimitada¹⁶⁸⁵. Cuando se resuelven conflictos entre sujetos

¹⁶⁸¹ Para un análisis de la eficacia horizontal de la libertad religiosa *vid.* BARRERO ORTEGA: *La libertad religiosa...*, *op. cit.*, pp. 126-132.

¹⁶⁸² “*El principio constitucional de no discriminación se proclama aquí en igual grado de exigencia frente a los poderes públicos que frente a los privados. De ahí que la doctrina más atenta haya reconocido desde el primer momento la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*”. GOÑI SEIN, José Luis: *El respeto a la esfera privada del trabajador*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1988, p. 41. El mismo sentido: “*Probablemente ningún derecho fundamental ha experimentado una transformación tan importante en su concepto material y en su vinculabilidad jurídica como el derecho a no ser discriminado. En lo que concierne al primer aspecto, el derecho ha transitado de una noción formal a una noción material; y en lo que se refiere a su vinculabilidad, la interdicción de no discriminación, de ser concebida como un derecho estrictamente oponible frente a los poderes públicos, ha pasado a ser un derecho de directa aplicación en la esfera privada y, muy señaladamente, en las relaciones laborales*”. VALDÉS DAL-RÉ: “Persona del trabajador...”, en AAVV: *La igualdad ante la ley...*, *op. cit.*, p. 1319.

¹⁶⁸³ Sin duda alguna el desarrollo legislativo optó por un sistema anticuado, más bien del Estado liberal que del Estado social de Derecho. Se establece un sistema de garantías a favor del particular únicamente frente a las actuaciones del Estado. PALOMEQUE LÓPEZ se mostró ya en el año 1983 muy crítico con el citado desarrollo legal. Una vez tenidas en cuenta las reflexiones doctrinales coetáneas, dicho autor afirmaba que quizás el art. 41.2 LOTC no iba “contra la letra” de la Constitución, pero sí contra el espíritu del art. 53.2 CE. El tratamiento del art. 41.2 equivalía “a la expulsión efectiva del amparo constitucional” del ámbito de las relaciones laborales. *Vid.* PALOMEQUE LÓPEZ: *Despidos discriminatorios...*, *op. cit.*, p. 89.

¹⁶⁸⁴ Respecto a ello sí que se ha manifestado el Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en la STC 47/1985, de 27 de marzo (BOE 19 de abril de 1985), el Tribunal Constitucional afirma que “*sin entrar a delimitar aquí hasta dónde alcanza la dimensión entre particulares de los derechos fundamentales y libertades públicas, esto es, la denominada eficacia respecto de terceros, es claro que el presente recurso no podría ni siquiera existir si en el caso no estuviera involucrado, además, y después del Centro docente y su Profesora, algún poder público al cual se le pudiera atribuir la violación del derecho fundamental invocado, que en este caso es el de la libertad ideológica, tal poder público, implicado en este caso, es el Magistrado de Trabajo y, en cuanto que confirmó su Sentencia, el TCT*” (Fundamento Jurídico Quinto).

¹⁶⁸⁵ “*La inserción del derecho fundamental en el conjunto de una Constitución de carácter normativo, y la consideración del hombre como persona que se desarrolla en el seno de una sociedad formada por el conjunto de todos ellos, conlleva ineludiblemente la aceptación de la*

privados, no sólo hay que preservar otros derechos fundamentales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. Así, la STC 2/1982, de 29 de enero (BOE 26 de febrero de 1982), confirmó que “*en efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites, que, como señalaba este Tribunal en sentencia de 8 de abril de 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 25 de abril), en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos*” (Fundamento Jurídico Quinto). El establecimiento de límites al disfrute de los derechos en las relaciones jurídicas horizontales es justamente uno de los problemas teóricos más complejos de resolver, y dicho establecimiento en la relación laboral no es precisamente una excepción, sino lo contrario, tal y como muestra la jurisprudencia de un buen número de países occidentales.

No es lo mismo solventar la problemática que conlleva el ejercicio por parte del ciudadano de los derechos fundamentales frente al Estado, y en especial la resolución de conflictos jurídicos provocados por la eventual colisión de derechos fundamentales; que al supuesto mucho más complejo de un ciudadano que los ejerce frente a otro. En el primer caso se está ante un supuesto en el que uno sólo de los sujetos de la relación jurídica es titular de derechos fundamentales y en el segundo ambos sujetos lo son¹⁶⁸⁶, y en el que la eventual ponderación de derechos será más compleja por tratarse *prima facie* de derechos que poseen una dinámica parecida y a los que debe otorgarse por lo tanto un similar peso. Y en el caso de la relación laboral se está en una relación jurídica, de tracto sucesivo, en la que aunque hay dos sujetos que son parte en el contrato de trabajo (al menos en un contrato de trabajo ordinario, tipo, no de grupo), la ejecución del contrato se realiza en un centro de trabajo donde suelen interactuar otros trabajadores, tanto de una empresa como de otras empresas o trabajadores autónomos (de ahí, por ejemplo, la necesidad de coordinar las tareas preventivas). Además, pueden entrar en

posibilidad de imposición de límites a los derechos fundamentales”. NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos...*, op. cit., p. 82.

¹⁶⁸⁶ “Actualmente se acepta, en general, que las normas de [derecho] fundamental influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto entre terceros o un efecto horizontal. Lo que se discute es cómo y en qué medida ejercen esta influencia. Con la pregunta acerca de cómo influyen las normas de derecho fundamental en la relación ciudadano/ciudadano, se trata de un problema de construcción. La pregunta de en qué medida lo hacen, formula un problema material, es decir, un problema de colisión. Tanto el problema de construcción como el de colisión resultan de una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre el titular de un derecho fundamental y un no titular de un derecho fundamental. En cambio, la relación de ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales”. ALEXYS: *Teoría de los derechos...*, op. cit., pp. 468-469. A la hora de armonizar, delimitar y limitar dos derechos en conflicto, no se puede perder de vista que se está ante un problema jurídico con un componente ético muy relevante: “*There is no better test of an account of human rights than the plausibility of what it has to say about rights in conflict. There is no better way to force thought about human rights to a deeper level than to try to say something about how to resolve conflicts involving them. If one human right conflicts with another, or with some other moral consideration, then we try to resolve the conflict by somehow or other weighing the conflicting items. To weigh them, we have to decide what give them their weight in the first place. If we favour the personhood account, for example, then we are forced to decide between a deontological and a teleological understanding of the value of personhood. That abruptly brings us to the heart of normative ethics*”. GRIFFIN, James: *On human rights*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 57.

juego otras personas como pueden ser clientes, proveedores, etc. A ello cabe añadir que no se está en presencia de una relación jurídica en la que los dos sujetos se encuentren en una situación de igualdad, en el mismo plano jurídico. Por lo tanto, el estudio de los problemas causados por la colisión de derechos fundamentales y su concreto alcance y límites es especialmente problemático en el caso de la relación laboral¹⁶⁸⁷.

En materia de límites de los derechos fundamentales, desde un punto de vista doctrinal, incluida la doctrina vertida por el Tribunal Constitucional, se ha diferenciado entre un gran número de tipologías de límites, lo que ha provocado la consiguiente confusión en su utilización: límites inmanentes y no inmanentes, internos y externos, implícitos y explícitos, intrínsecos y extrínsecos, constitucionales y no constitucionales, etc. Con la finalidad de disipar cualquier género de duda, se partirá solamente de dos tipologías diferentes, los límites intrínsecos y los límites extrínsecos¹⁶⁸⁸:

1) Límites intrínsecos: derivan y cabe deducirlos de la propia naturaleza y características de cada derecho en orden a la función social para la cual haya sido reconocido y garantizado; es decir, establecen la extensión del propio derecho. Realmente se trata de la delimitación del derecho que se trate, de la determinación de su ámbito funcional, de la identificación de sus fronteras¹⁶⁸⁹; lo que ya se ha llevado a cabo al tratar del objeto de los

¹⁶⁸⁷ En este sentido se ha afirmado que *“las relaciones entre los derechos fundamentales y los poderes empresariales constituye uno de los temas que más número de aristas presenta en la actual definición del Derecho del Trabajo. La dificultad de enfrentarse a dicho estudio radica en la enorme pluralidad de factores que deben ser tomados en consideración a la hora de proceder a su análisis y, singularmente, en la necesidad de utilizar herramientas conceptuales que trascienden el ámbito laboral para situarse de lleno en el área de Derecho constitucional”*. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: *“La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”*, en AAVV: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 257.

¹⁶⁸⁸ Por ejemplo, se puede citar a PEDRAJAS MORENO: *Despido y derechos...*, op. cit., pp. 42-43. O también CÁMARA VILLAR: *“El sistema de los derechos...”*, en AAVV: *Derecho Constitucional...*, op. cit., Vol. II, pp. 59-61.

¹⁶⁸⁹ La doctrina alemana ya en los años sesenta del siglo XX aclaraba la cuestión en los siguientes términos: *“Die Grundrechte nicht als ein System unbegrenzter Freiheit versteht, sondern in ihnen gegenständlich abgegrenzte Verstärkungen des rechtlichen Schutzes für bestimmte Rechte und Freiheiten sieht. Dann wird es möglich, den Kernbereich, die Wesengarantie eines Grundrechts aus seiner historisch-verfassungsrechtlichen Sinnggebung zu bestimmen und hier den Anspruch fremder Macht nachdrücklich abzuwehren, umgekehrt aber einzusehen, daß sich an seinen Randzonen, in denen es nur um weitere abgeleitete Nebenfolgerungen handelt, das Grundrecht in die allgemeine gesetzliche Ordnung einfügen muß”*. SCHEUNER, Ulrich: *“Die Religionsfreiheit im Grundgesetz”*, en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977, pp. 375-376. La doctrina española ha afirmado que el derecho fundamental está formado por tres círculos concéntricos de distinto grosor con sus propias características y dinámicas: *“Observada la figura desde el exterior, la primera circunferencia que encontramos recibe el nombre de «delimitación»; la segunda «límites, y la tercera «contenido esencial»”*. NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos...*, op. cit., p. 32. La delimitación de un derecho fundamental es *“el ámbito máximo de extensión de este derecho, su definición jurídica, esto es, la determinación de las facultades que, en un primer momento, la Norma Fundamental parece incluir en su protección. Por ser este «ámbito máximo de extensión», su consideración se ha de realizar, pues, al margen, y con anterioridad a toda imposición de límites de los derechos fundamentales”* (p. 35). Además, *“la consecuencia más relevante de la entrada en lo que denominamos ámbito de delimitación de un derecho fundamental es que la conducta, facultad, o bien que en él se encuentra goza de una protección iusfundamental prima facie, que será definitiva a menos que se demuestre la posibilidad de imponerle un límite constitucionalmente admisible”* (p. 39).

derechos a la libertad ideológica y religiosa. Recuérdesse que la definición del ámbito de aplicación del derecho a la libertad religiosa se lleva a cabo en el art. 3.2 LOLR.

2) Límites extrínsecos: son los establecidos por el mismo ordenamiento jurídico, el constitucional incluido. En propiedad, en lugar de "límites" en este supuesto habría que hablar de "limitaciones", ya que se trata de cortapisas o restricciones en el ejercicio del derecho. El art. 3.1 LOLR aclara que *"el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática"*¹⁶⁹⁰.

Así, si el art. 3.1 LOLR sí incurre en dicha imprecisión terminológica al hablar de "límites" en lugar de "limitaciones", no ocurre lo mismo con el art. 29.2 de la Declaración de Derechos Humanos, el art. 9.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, o el art. 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶⁹¹. La Constitución establece limitaciones de forma explícita en un buen número de ocasiones cuando regula los derechos fundamentales. Para empezar, el art. 10.1 CE ya advierte como punto de partida que *"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"*. De tal precepto se infiere que la dignidad o los derechos de los demás, por ejemplo, se erigen como límites al ejercicio propio de los derechos¹⁶⁹².

El art. 16.1 CE expresa que se garantizan las libertades ideológica, religiosa y de culto, *"sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley"*¹⁶⁹³. Obviamente, la limitación en el ejercicio del

¹⁶⁹⁰ Unos límites muy parecidos a los enunciados por el Tribunal Supremo del Canadá en la sentencia dictada en el caso *Ross v. New Brunswick School District* (1996): *"Indeed, this Court has affirmed that freedom of religion ensures that every individual must be free to hold and to manifest without State interference those beliefs and opinions dictated by one's conscience. This freedom is not unlimited, however, and is restricted by the right of others to hold and to manifest beliefs and opinions of their own, and to be free from injury from the exercise of the freedom of religion of others. Freedom of religion is subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health or morals and the fundamental rights and freedoms of others"*.

¹⁶⁹¹ BONET NAVARRO, Jaime: "Los límites al ejercicio de los derechos de la libertad religiosa", en AAVV: *Las dimensiones jurídico-públicas de la Dignitatis Humanae*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006, pp. 155-157. En dicho trabajo se realiza una interesante comparación entre las limitaciones del derecho de libertad religiosa en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y en la *Dignitatis humanae*.

¹⁶⁹² En dicho sentido: *"Practices which compromise the basic dignity and humanity of individuals cannot be acceptable in order to accommodate difference"*. FREDMAN: *Discrimination law...*, op. cit., p. 31.

¹⁶⁹³ En *Dignitatis humanae* la Iglesia Católica también limita el derecho a la libertad religiosa, tanto de los católicos como de los no católicos, al respeto del orden público: *"el derecho a la libertad religiosa no se funda en la disposición subjetiva de la persona, sino en su misma naturaleza. Por lo cual, el derecho a esta inmunidad permanece también en aquellos que no cumplen la obligación de buscar la verdad y de adherirse a ella, y su ejercicio, con tal de que se guarde el justo orden público, no puede ser impedido"* (2). La Iglesia Católica entiende que se hace *"injuria a la persona humana y al orden que Dios ha establecido para los hombres, si, quedando a salvo el justo orden público, se niega al hombre el libre ejercicio de la religión en la sociedad"* (3). Dichas ideas son completadas al tratar de los límites del ejercicio del derecho (7).

derecho sólo puede producirse, como bien indica la Constitución, en cuanto a sus manifestaciones externas, pues nunca podría operar respecto al derecho a la libertad religiosa como autodeterminación del individuo para conformar sus propias convicciones¹⁶⁹⁴. Además, desde el punto de vista formal (lingüístico) sería especialmente complejo, por no decir imposible, conceptualizar o prever en los supuestos de hecho de las normas jurídicas la experiencia religiosa interior que pueda experimentar un individuo¹⁶⁹⁵; sobre la cual el individuo es plenamente autónomo y libre¹⁶⁹⁶.

Como se puede deducir de una atenta lectura de la Carta Magna, la norma fundamental no ofrece ninguna definición de lo que ha de entenderse por “orden público”. Se trata de un concepto jurídico indeterminado¹⁶⁹⁷, que no sólo es utilizado en varios preceptos de la Constitución, sino que ha aparecido en muchas normas en el Derecho español a lo largo del tiempo y se puede encontrar en la actualidad en infinidad de normas vigentes, muchas de las cuales forman parte del Derecho Administrativo, y que bebe de las fuentes doctrinales del liberalismo¹⁶⁹⁸. Y a poco que se examine su contenido en cada una de las

¹⁶⁹⁴ Después de afirmar que las limitaciones afectan a la manifestación positiva del derecho que, como se ha dicho, no puede ser de otra manera, PORRAS RAMÍREZ afirma asimismo que tampoco afecta a la dimensión negativa de la libertad religiosa, esto es, no se puede obligar al creyente a manifestar la adscripción a una determinada confesión religiosa en contra de su voluntad. PORRAS RAMÍREZ: “La libertad religiosa...”, en AAVV: *Derecho y factor...*, op. cit., p. 54. Sin embargo, la afirmación del autor ha de ser matizada en el sentido de que en dicho caso no se está ante un problema de limitación del ejercicio del derecho, sino que si así fuera el caso se estaría directamente ante una vulneración directa del derecho, a su núcleo conceptual, bien que en su dimensión negativa.

¹⁶⁹⁵ “La experiencia religiosa como tal es, evidentemente, tan irracional como cualquier experiencia. (...) Se caracteriza por su absoluta incomunicabilidad (...). Tiene un carácter específico y se presenta como conocimiento, pero no se deja reproducir adecuadamente con los medios de nuestro aparato lingüístico y conceptual. Y es además cierto que toda experiencia religiosa pierde su sustancia tan pronto como se intenta formular racionalmente y pierde cada vez más cuanto se avance en su formulación conceptual”. WEBER: *La ética protestante...*, op. cit., p. 137, nota al pie 137.

¹⁶⁹⁶ “The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign”. STUART MILL: “On liberty”, en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., p. 95. Naturalmente, dicho posicionamiento del liberalismo más clásico ha de ser matizado en el caso del ordenamiento jurídico español. Por ejemplo, en la actualidad no existe un derecho a la eutanasia.

¹⁶⁹⁷ En dicho sentido: “A esta redacción cabe objetar la mención del orden público, que es un concepto jurídico indeterminado, que sobre la experiencia histórica muy bien puede introducir entre nosotros el miedo a que el derecho fundamental de libertad ideológica y religiosa pueda quedar vacío de contenido y legitimarse de este modo eventuales arbitrariedades administrativas. Este innegable riesgo puede quedar atenuado e incluso puede llegar a anularse si dotamos a este límite del orden público del contenido de ser mera traducción de los valores constitucionales”. TORRES GUTIÉRREZ: “El desarrollo postconstitucional...”, op. cit., pp. 244-245.

¹⁶⁹⁸ Así, por ejemplo, el orden público limitaba el derecho a la tolerancia religiosa reconocido por las leyes vigentes bajo el reinado de Federico Guillermo III de Prusia (1797-1840). De este modo, se otorgaba contenido a la tolerancia religiosa al mismo tiempo que se limitaba su ejercicio por medio de conceptos como “tranquilidad pública” u “orden civil”: “Der Staat muß jede Religionspartei, deren moralische Lehren nichts enthalten, was der öffentlichen Ruhe und Sicherheit zuwider wäre, dulden”. Y se aclara a continuación: “Er muß jeder solchen Religionspartei die freie Übung des Gottesdienstes nach ihrem System gestatten, soweit dadurch die bürgerliche Ruhe und Ordnung nicht gestört wird”. CONRAD, Hermann: “Religionsbann, Toleranz...”, en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz...*, op. cit., p. 182. John Stuart Mill a pesar de defender las libertades individuales no olvidó nunca que el ciudadano ejercía sus derechos en sociedad: “Though society is not founded on a contract, and though no good purpose is answered by inventing a contract in order to deduce social obligations from it, everyone who receives the protection of society owes a return for the

normas se podrá comprobar que en cada caso posee un sentido diferente según su contexto. Especialmente reiterada fue su utilización durante el régimen franquista para restringir o incluso negar el ejercicio de muchos derechos, entre ellos el de libertad religiosa.

La doctrina ha distinguido entre un orden público material o externo, y una concepción formal del orden público. El orden público material o externo se corresponde a la idea de un estado de paz, a la ausencia de disturbios, altercados o desórdenes. O lo que es lo mismo, el orden público excluye una situación en la que se pusiera en riesgo la integridad de personas o bienes, una situación que obstaculizara el normal desarrollo de la convivencia ciudadana. En cambio, la noción de orden público formal es más amplia que la material o externa, ya que consiste en una situación de orden general que consistiría en el respeto de las instituciones, los usos, las costumbres y los valores compartidos¹⁶⁹⁹. Es, pues, en relación a la noción de orden público formal, cuando en cierta manera penetra en los aledaños de lo metajurídico, respecto a la cual hay que ser especialmente cauto si hay involucradas minorías religiosas, cada una de ellas con características y necesidades propias¹⁷⁰⁰.

Teniendo en cuenta el contexto en que se utiliza el término “orden público” en el art. 16.1 CE y la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha entendido que dicho orden público operaría cuando se produjera una crisis de la pacífica convivencia ciudadana en perjuicio del normal disfrute de las libertades y derechos individuales¹⁷⁰¹, y también como un elemento integrante del bien común¹⁷⁰². El orden público también puede ser entendido

benefit, and the fact of living in society renders it indispensable that each should be bound to observe a certain line of conduct towards the rest. This conduct consists, first, in not injuring the interests of one another, or rather certain interests, which, either by express legal provision or by tacit understanding, ought to be considered as rights; and secondly, in each person's bearing his share (to be fixed on some equitable principle) of the labours and sacrifices incurred for defending the society or its members from injury and molestation. These conditions society is justified in enforcing, at all costs to those who endeavour to withhold fulfillment". STUART MILL: “On liberty”, en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., p. 147.

¹⁶⁹⁹ POLO SABAU: *Dimensiones de la libertad...*, op. cit., pp. 96-97.

¹⁷⁰⁰ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha tenido que conjugar en un gran número de ocasiones las diferentes manifestaciones del orden público con la rica pluralidad religiosa existente en dicho país, muchas veces en relación al ámbito laboral. En la sentencia dictada en el caso *Sherbert v. Verner*, 374 US 398 (1963) uno de los magistrados se expresa en los siguientes términos: “*Religious scruples of Moslems require them to attend a mosque on Friday and to pray five times daily. Religious scruples of a Sikh require him to carry a regular or a symbolic sword (...). Religious scruples of a Jehovah's Witness teach him to be a colporteur, going from door to door, from town to town, distributing his religious pamphlets (...). Religious scruples of a Quaker compel him to refrain from swearing and to affirm, instead. (...) Religious scruples of a Buddhist may require him to refrain from partaking of any flesh, even of fish. The examples could be multiplied, including those of the Seventh-day Adventist, whose Sabbath is Saturday and who is advised not to eat some meats. These suffice, however, to show that many people hold beliefs alien to the majority of our society - beliefs that are protected by the First Amendment but which could easily be trod upon under the guise of «police» or «health» regulations reflecting the majority's views*”.

¹⁷⁰¹ BARRERO ORTEGA: *La libertad religiosa...*, op. cit., p. 197.

¹⁷⁰² “*Todo lo que pertenece al orden público forma parte integrante del bien común, pero no todo lo que forma parte del bien común, del general welfare, constituye una exigencia del orden público*”. GONZÁLEZ DEL VALLE, José María: “Límites de la libertad religiosa”, en AAVV: *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (Comentarios a su articulado)*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006, p. 107. Sobre el concepto de orden público y libertad religiosa asimismo vid. MINTEGUÍA ARREGUI, Igor: “La noción de orden público como límite de la libertad religiosa”, en AAVV: *Derechos humanos, minorías culturales y religiosas en Colombia y en España*. 1ª edición. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2008, pp. 161-181.

como referido a la necesidad o conveniencia de garantizar unas condiciones materiales de vida dignas para hacer posible una convivencia social armónica; es decir, el orden público equivaldría a una situación o estado de normalidad¹⁷⁰³. A tenor de la STS núm. 54-2002 de 5 febrero (Sala Civil, RJ 2002, 1600), el orden público "está constituido por los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en una época determinada (SSTT de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979), y de otra, una notable concepción de la doctrina científica aprecia como tal los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas; asimismo, una moderna posición de la ciencia jurídica señala que el orden público constituye la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnere, y que, básicamente, hoy han de tenerse en cuenta, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución" (Fundamento de Derecho Segundo). Una subespecie de orden público sería el denominado orden público económico, también definido por la sentencia: "un importante parecer doctrinal se refiere a esta figura como consecuencia de la intervención del Estado en la vida económica, la cual se manifiesta a través de normas imperativas y de los principios básicos del orden económico, aunque no se hayan traducido en normas de aquella categoría, que deben limitar la autonomía privada en el sentido de que no puede desenvolverse en contra de los mismos; se define así el orden público económico como el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos".

En todo caso, no puede perderse de vista que la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, en su art. 3.1, aclara que los elementos constitutivos del orden público en relación a la libertad religiosa están constituidos por la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública. Especialmente la moralidad pública es un elemento muy cambiante en el tiempo, dinámico y de contenido indeterminado¹⁷⁰⁴. En una sociedad plural como la actual, dicho límite debe considerarse un tanto anacrónico y residual¹⁷⁰⁵, y en todo caso ha de interpretarse de forma prudente teniendo en cuenta sus consecuencias restrictivas y la indeterminación de su formulación constitucional y legal, lo

¹⁷⁰³ PORRAS RAMÍREZ: "La libertad religiosa...", en AAVV: *Derecho y factor...*, op. cit., p. 59.

¹⁷⁰⁴ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictada en el caso *Reynolds v. United States*, 98 US 145 (1878), aunque no habla de orden público por ser una noción muy tradicional en Europa, sí que rechaza que el derecho a la libertad religiosa permita actos que son penalmente punibles como la poligamia. Y para tal rechazo se argumenta que se trata de una institución odiosa en los Estados Unidos y es ajena a sus tradiciones. Como se verá, los argumentos vertidos por el Tribunal serían inaceptables en la actualidad (algunos muestran un claro desconocimiento y actitudes racistas hacia las culturas africanas y asiáticas), pero que fueron aceptados según la moralidad de la época: "*Polygamy has always been odious among the northern and western nations of Europe, and, until the establishment of the Mormon Church, was almost exclusively a feature of the life of Asiatic and of African people. At common law, the second marriage was always void (2 Kent, Com. 79), and from the earliest history of England, polygamy has been treated as an offence against society. After the establishment of the ecclesiastical courts, and until the time of James I, it was punished through the instrumentality of those tribunals not merely because ecclesiastical rights had been violated, but because upon the separation of the ecclesiastical courts from the civil the ecclesiastical were supposed to be the most appropriate for the trial of matrimonial causes and offences against the rights of marriage, just as they were for testamentary causes and the settlement of the estates of deceased persons*".

¹⁷⁰⁵ Así lo entiende PORRAS RAMÍREZ: "La libertad religiosa...", en AAVV: *Derecho y factor...*, op. cit., pp. 55-56.

que requiere que toda decisión limitativa haya de ser especialmente argumentada¹⁷⁰⁶. Precisamente, si hay en juego derechos de minorías religiosas, es decir, de personas que poseen una cosmovisión y una moral que, por definición, y pese a que puedan existir coincidencias, no son compartidas por la mayoría; la aplicación del difuso concepto de "moralidad pública", que probablemente recogerá el sentir y la modo de ver las cosas de dicha mayoría, ha de ser realizada con exquisita prudencia¹⁷⁰⁷.

Dicho artículo de carácter orgánico hay que ponerlo en relación con el art. 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que contiene límites a las restricciones del ejercicio de la libertad religiosa: *"no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás"*.

Por último, la cláusula del orden público, como cláusula limitativa del ejercicio de libertad religiosa, debería ser aplicada de forma restrictiva y no puede aceptarse que sea aplicada como una cláusula abierta. Al respecto, la STC 46/2001, de 15 de febrero (BOE 16 de marzo de 2001), una sentencia de necesaria referencia para examinar el concepto de religión en el ordenamiento español¹⁷⁰⁸, después de negar la configuración del orden público como cláusula abierta, sostiene que dicho orden público *"no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales 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», tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es*

¹⁷⁰⁶ "Liberty of conscience is to be limited only when there is a reasonable expectation that not doing so will damage the public order which the government should maintain. This expectation must be based on evidence and ways of reasoning acceptable to all. It must be supported by ordinary observation and modes of thought (including the methods of rational scientific inquiry where these are not controversial) which are generally recognized as correct. Now this reliance on what can be established and known by everyone is itself founded on the principles of justice". RAWLS: *A theory of justice...*, op. cit., p. 213.

¹⁷⁰⁷ Resulta evidente que el concepto de "moralidad pública" se construye frecuentemente a partir de materiales sociales correspondientes a la mayoría que comparte dicha moral, que es por tanto, la moral mayoritaria. En pocas palabras, si la legislación es permeable a la visión de la mayoría, más permeable será un concepto jurídico cuyo fundamento es precisamente la moralidad, no la individual, sino la pública, la colectiva, la mayoritaria. Así, se ha afirmado que *"statutes may be a mere legal shell and demand by their express terms to be filled out with the aid of moral principles; the range of enforceable contracts may be limited by reference to conceptions of morality and fairness; liability for both civil and criminals wrongs may be adjusted to prevailing views of moral responsibility. No «positivist» could deny that these are facts, or that the stability of legal systems depends in part upon such types of correspondence with morals. If this is what is meant by the necessary connection of law and morals, its existence should be conceded"*. HART: *The concept...*, op. cit., p. 204. Que la moral impregna el Derecho es un dato empírico que ni siquiera el más acérrimo de los positivistas podrá negar, y más cuando la misma legislación hace referencia explícitamente a la moral, realiza una remisión a la moral colectiva. Ahora bien, la tarea del legislador democrático en una sociedad plural ha de ser la de crear el Derecho de forma que todos los ciudadanos puedan cumplir con la ley sin tener que renunciar a sus convicciones, excepto en aquellos puntos en los que la convivencia esté en juego o respecto los valores básicos que cimenten de la sociedad de que se trate.

¹⁷⁰⁸ Un interesante comentario sobre dicha sentencia puede encontrarse en PALOMINO LOZANO: *Religión y derecho...*, op. cit., pp. 337-345.

pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto" (Fundamento Jurídico Undécimo). La concreción *ad causum* de la cláusula de orden público debe someterse primero al principio de *favor libertatis* y luego determinar dicha cláusula con el significado menos restrictivo, sin perjudicar la efectiva tutela del bien jurídico protegido¹⁷⁰⁹.

Una traslación de la cláusula del orden público en sede privada y, que, por lo tanto, es de especial aplicación a la relación laboral, es la tradicionalmente contenida en el art. 1255 CC: "*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*"¹⁷¹⁰.

Otros condicionantes, que juegan un rol muy relevante especialmente en el seno de la relación laboral y que no son limitaciones *strictu sensu*, son los principios y cláusulas de aplicación general a toda relación laboral, como son el principio de buena fe o la figura del abuso de derecho. Se trata de condicionantes o elementos que ayudan a la delimitación del ejercicio de los derechos cuya extensión es siempre discutida por la doctrina laboralista en cuanto al contrato de trabajo. Que la buena fe tenga un valor especial en el Derecho del Trabajo, o que la privatística figura del abuso de derecho sin duda también sea de aplicación a la relación laboral, no significa que puedan erigirse de forma inmotivada como obstáculos insalvables en el ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral, ya que no son limitaciones expresamente recogidas como tales por el ordenamiento jurídico. En otro apartado se insistirá en esta idea y se matizará su dinámica.

En otras ocasiones las limitaciones derivan de manera mediata o indirecta de la misma Constitución¹⁷¹¹: derechos fundamentales cuya titularidad ostentan terceros, la preservación de otros valores o bienes constitucionalmente protegidos, la moral vigente (dicho concepto ha de ser utilizado con gran cautela), el orden público y el bien común. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional nº 57/1994, de 28 de febrero, afirma que los "*derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7.º y 2/1982, fundamento jurídico 5.º, entre otras)*" (Fundamento Jurídico Sexto). Doctrina que ha sido reiterada, por ejemplo, en la STC 58/1998, de 16 de marzo, Fundamento Jurídico Tercero. La libertad de pensamiento, como abstracción, puede ser ilimitada: pero el ejercicio de una facultad derivada de dicha libertad en un momento y

¹⁷⁰⁹ SEGLERS GOMÉZ-QUINTERO: *La laicidad...*, op. cit., p. 18.

¹⁷¹⁰ "*El orden público lo forman las líneas maestras del ideal de una comunidad, en aquel hondo nivel donde los principios jurídicos lindan apretadamente con los principios económicos, políticos y morales, en la misma médula del pensamiento filosófico de esa comunidad; se alegará entonces, para defender no ya la súper-estructura normativa - que ya posee sus propios medios de defensa - , sino las actuales aspiraciones deontológicas de la comunidad, la dirección histórica que ha tomado como colectividad, que encuentran en este amparo una relativa garantía de incolumidad*". OJEDA AVILÉS, Antonio: *La renuncia de derechos de los trabajadores*. 1ª edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, p. 46.

¹⁷¹¹ Respecto a las restricciones de los derechos fundamentales se ha indicado que "*una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su creación puede tener el carácter de una intervención pero no de una restricción*". ALEXY: *Teoría de los derechos...*, op. cit., p. 244. De ello el autor infiere que "*las normas pueden ser restricciones a los derechos fundamentales, sólo si son constitucionales*".

espacios concretos conlleva una relevancia social, por lo tanto, deber ejercerse en un espacio libre de concurrencia con otros derechos con los que resulte incompatible¹⁷¹². De este modo, se puede afirmar que la Constitución puede llevar a cabo limitaciones de los derechos fundamentales de forma directa y según se desprenda de su texto; o bien, a través de normas de rango inferior que puedan calificarse de indirectamente constitucionales porque han sido autorizadas expresamente por la Constitución para que impongan la limitación correspondiente, a la vez que han delimitado la competencia para ello¹⁷¹³.

Ulteriores restricciones pueden venir dadas por la aplicación del citado art. 10.2 CE. En este sentido, recuérdese que la Declaración Universal de los Derechos Humanos prevé dos tipos de límites a los ejercicios de los derechos. Así, el art. 29.2 afirma que *“en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”*. Y el apartado tercero del mismo artículo advierte que los derechos y libertades reconocidos *“no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”*.

En todo caso, debe tenerse presente que la dignidad de la persona siempre ha de quedar inalterada, tal y como ha recordado el Tribunal Constitucional en la STC 57/1994, de 28 de febrero: *“la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona, aunque «sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser tomada en consideración por este Tribunal como referente» (STC 120/1990, fundamento jurídico 4.º)”* (Fundamento Jurídico Tercero).

¹⁷¹² *“La libertad del individuo es siempre una libertad corpórea, situada en el espacio y el tiempo, y por lo mismo con plena relevancia social. Por consiguiente, exige siempre para sí un espacio libre de índole física y social. Ese espacio libre, sin embargo, lo comparte sin fronteras precisas ni establecidas de una vez para siempre la libertad de uno con la libertad de todos los otros, que reclaman para sí una libertad que debe realizarse en el mismo espacio libre. En el sentido indicado la libertad es, pues, algo absoluto e incondicional, mas no lo es el espacio de su concreto desarrollo”*. RAHNER: *Tolerancia, libertad...*, op. cit., p. 23.

¹⁷¹³ *“Los derechos constitucionales, en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos sólo mediante, o sobre la base de, normas con rango constitucional. Por ello, las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución, que normas de rango constitucional autorizan a imponer restricciones. La restricciones de rango constitucional son directamente constitucionales; las restricciones de rango inferior a la Constitución, indirectamente constitucionales”*. ALEX: *Teoría de los derechos...*, op. cit., pp. 248-249. Sobre las restricciones indirectamente constitucionales hay que añadir que la competencia para imponerlas se ha de expresar de forma clara en las denominadas cláusulas de reservas explícitas que son *“aquellas disposiciones de derecho fundamental, o partes de disposiciones de derecho fundamental, que autorizan expresamente llevar a cabo intervenciones, restricciones y limitaciones”* (pp. 253-254).

Tal y como indica el art. 4 LOLR "los derechos reconocidos en esta Ley ejercitados dentro de los límites que la misma señala serán tutelados mediante amparo judicial ante los Tribunales ordinarios y amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional en los términos establecidos en su Ley Orgánica". A sensu contrario se entiende que el ejercicio extralimitado del derecho a la libertad religiosa no gozará de la tutela legal correspondiente. O mejor dicho, no gozará de dicha protección jurídica en aquella vertiente del ejercicio que quede fuera de sus límites.

Por si la operación jurídica para determinar las limitaciones no fuera suficientemente compleja, el establecimiento de tales limitaciones también debe ser limitado. Toda limitación debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate (art. 53.1 CE): "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)"¹⁷¹⁴.

Por lo tanto, en orden a que las numerosas restricciones existentes no neutralicen la eficacia de los derechos fundamentales, es necesario tener presentes tres principios¹⁷¹⁵:

1) Principio de relevancia constitucional: La posición preferente de los derechos fundamentales obliga a que sólo puedan sufrir limitaciones que constituyan en sí mismas bienes o valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la Constitución. De ello se deriva una doble delimitación: la necesidad de la limitación y la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone.

2) Principio de mutua condicionabilidad: Obligación de integrar armónicamente los deberes derivados del reconocimiento de limitaciones a los derechos fundamentales y el ámbito de existencia personal y social del derecho constitucionalmente garantizado.

3) Principio de favor o interdicción de cualquier interpretación *contra cives*: La fuerza expansiva de los derechos fundamentales obliga a interpretar sus limitaciones con criterios restrictivos y en sentido favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos. Es decir, se debe optar por la interpretación que mayor viabilidad y vigor otorgue al derecho fundamental, a la mayor efectividad posible (*principium libertatis*). Así, la STC 1/1989, de 16 de enero (BOE 20 de febrero de 1989), afirma que "es cierto que este Tribunal ha sostenido -y debe continuar sosteniendo- que la interpretación de los preceptos legales ha de hacerse a la luz de las normas constitucionales y especialmente de aquéllas que proclaman y consagran derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos y que, en caso de duda, la interpretación que debe prevalecer es la que dote de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental" (Fundamento Jurídico Tercero). Es decir: *in dubio pro libertate*. Como se puede observar en el apartado sobre la objeción de conciencia, al tratarse de un derecho constitucional no fundamental, en dicho caso la interpretación ha de ser por el contrario restrictiva, lo que parece lógico si se tiene en cuenta que la objeción de conciencia es la excepción a la regla, cual es la posibilidad de no obedecer una obligación jurídica válidamente establecida. De ahí la relevancia de

¹⁷¹⁴ Como se pone de manifiesto, por si no fuera poco, a todas las citadas tipologías cabe añadir la aplicación de valores, principios y el concepto de contenido esencial, "un misterioso contenido esencial del que jamás se ha oído decir que no haya sido respetado". GONZÁLEZ DEL VALLE: "Límites de la libertad...", en AAVV: *La libertad religiosa...*, op. cit., pp. 116-117.

¹⁷¹⁵ MOLINA NAVARRETE: "Bases jurídicas y presupuestos...", op. cit., pp. 64 y 84-85.

analizar ante cualquier controversia jurídica si se está ante una objeción de conciencia por razón de las convicciones religiosas, o ante el ejercicio directo del derecho a la libertad religiosa, que por definición goza de una regulación jurídica más beneficiosa, al menos en teoría, pues en la práctica tal interpretación extensiva es inmotivadamente restringida en sede laboral.

Si se ejerce el derecho a la libertad religiosa en el ámbito laboral es difícil, casi de laboratorio, que no se vea afectado ningún derecho, fundamental o no, o bien jurídico; porque dicho ejercicio se produce en el marco de un contrato bilateral y sinalagmático, características básicas del contrato de trabajo. Además, el ejercicio de dicho derecho se lleva a cabo en un centro de trabajo, por lo que no sólo existe la posibilidad de colisión con derechos del empresario, sino también con los de otros trabajadores, incluso con los derechos de la Administración, al ser la relación laboral una relación jurídica parcialmente intervenida por el poder público (por ejemplo, en materia de prevención de riesgos laborales). En supuestos de colisión de derechos¹⁷¹⁶, el Tribunal Constitucional ha venido utilizando de forma pacífica y reiterada como criterios delimitadores el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad (por ejemplo en la STC 154/2002, de 18 de julio [BOE 7 de agosto de 2002], Fundamento Jurídico Octavo). Según el Alto Tribunal, una medida restrictiva de un derecho fundamental debe superar el juicio de proporcionalidad. Así, la proporcionalidad se erige como un límite a la operación de limitación de los derechos fundamentales; utilizando terminología religiosa, especialmente acorde con el contenido del presente trabajo, dicho principio actúa como "canon" de constitucionalidad. Por un lado, se examina la actividad limitadora que se desea aplicar y, por otro, se comprueba si resulta proporcional. A su vez, la proporcionalidad se desglosa en tres elementos¹⁷¹⁷:

- 1) Juicio de adecuación o idoneidad: aptitud de tal medida en orden a la consecución del objetivo propuesto.
- 2) Juicio de necesidad: constatación de la no existencia de otra medida más moderada, o menos gravosa y restrictiva, para la consecución del mismo propósito con igual eficacia.
- 3) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto: ponderación o equilibrio por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto¹⁷¹⁸.

¹⁷¹⁶ Se ha definido la colisión de derechos y bienes del siguiente modo: "*La Norma Constitucional protege derechos y bienes que, considerados en su significado abstracto - aquél que respecto a los derechos fundamentales da lugar a su delimitación -, al margen de cualquier conexión entre sí, provocan una serie de colisiones en su sentido de protección. Se produce el conflicto entre dos derechos constitucionales, cuando una conducta que resulta amparada por el alcance correctamente delimitado de uno de ellos, constituye una intromisión en el espacio de invulnerabilidad que circunscribe, prima facie, otra disposición iusfundamental. Algo similar se produce en el conflicto entre un derecho fundamental y otro bien constitucionalmente protegido*". NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos...*, op. cit., p. 74.

¹⁷¹⁷ La STC 186/2000, de 10 de julio (BOE 11 de agosto de 2000), es muy ilustrativa al respecto, al aplicar el juicio de proporcionalidad en el estudio de un caso de instalación de videocámaras en el puesto de trabajo. Fuera del ámbito estrictamente laboral *vid.* STC 120/1990, de 27 junio (BOE 30 de julio de 1990), dictada por el Pleno. Especialmente su Fundamento Jurídico Octavo.

¹⁷¹⁸ La STC 136/1996, de 23 de julio (BOE 12 de agosto de 1996), en un caso de despido de una mujer embarazada, afirma, después de un breve repaso jurisprudencial de la modulación de los derechos fundamentales en la relación laboral, que "*los derechos del trabajador deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, pero no basta con la afirmación del interés empresarial, sino que tales exigencias organizativas deben venir*

Como se puede observar, no existe una fórmula cerrada que permita la fácil solución de cada caso, sino simplemente criterios generales que han de ser aplicados caso por caso teniendo en cuenta las diferentes circunstancias que puedan concurrir. Se trata de una tarea ardua, no exenta de problemas jurídicos, pero del todo inevitable, como muestran los ordenamientos jurídicos equiparables al español. La inseguridad jurídica que pueda generar el hecho de que no exista ninguna fórmula "matemática" que ofrezca de forma ágil y automática la solución correcta, viene compensada por varios hechos:

- 1) Existen criterios jurídicos asentados que evitan la arbitrariedad o una inseguridad jurídica excesiva, y que eximen al operador jurídico de hacer recaer su análisis en la mera intuición.
- 2) Aunque ningún caso es igual, sí que pueden detectarse tendencias en el ejercicio de la libertad religiosa en unas circunstancias similares y que a la larga puede conllevar que se cree una doctrina jurisprudencial con criterios aún más afinados y menos abiertos que permitan resolver de forma similar supuestos de hecho similares.
- 3) La aplicación de los antedichos criterios permite ajustar las diferentes normas, que por definición no pueden tener en cuenta todos los matices de una sociedad plural, a casos concretos que pueden ser muy cambiantes y en los que concurren elementos de trascendencia jurídica muy diferentes y variados.

Como ya se ha dejado dicho en reiteradas ocasiones, en primer lugar el legislador debería legislar respecto aquellos supuestos más generales y donde la intervención legislativa sea más idónea. Por ejemplo, respecto la regulación laboral de los festivos semanales. En segundo lugar, la negociación colectiva podría ajustar y facilitar aún más el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, sin sobrepasar su ámbito de actuación, y de acuerdo con las características de la actividad económica de que se trate. Por ejemplo, una regulación tendente a facilitar las obligaciones del Ramadán a los numerosos trabajadores musulmanes que prestan servicios en el sector de la construcción. Una tarea que también puede ser muy relevante en el ámbito de empresa, pues el convenio de empresa puede facilitar el ejercicio de la libertad religiosa teniendo en cuenta unas circunstancias muy concretas relativas a la empresa en su conjunto o a diversos centros de trabajo en particular. Tampoco cabe perder de vista la relevancia que tiene el contrato de trabajo, ya en su versión inicial, ya en ulteriores novaciones, que mediante pacto podría ayudar a ambas partes a acomodar la prestación de servicios a las necesidades religiosas del trabajador. Por ejemplo, en el caso de variaciones sobrevenidas de dichas necesidades religiosas, como puede ser la conversión religiosa del trabajador. Por último, habrán de aplicarse los principios antedichos y ponderar los intereses en juego, de ahí la importancia de la labor jurisdiccional en la gestión diaria de la diversidad.

Como es conocido, la dogmática del juicio de proporcionalidad aplicada por el Tribunal Constitucional español, y por ende por el resto de órganos jurisdiccionales, para solucionar colisiones entre derechos no es fruto de su jurisprudencia, al igual que ocurre con la dogmática del efecto horizontal de los derechos constitucionales. Al respecto, resulta ineludible citar a ROBERT ALEXI. Dicho jurista alemán diferencia entre dos tipologías de normas jurídicas, las reglas y los principios. A diferencia de otros autores,

especialmente cualificadas por razones de necesidad, siendo preciso acreditar que la restricción del derecho del trabajador es el único medio razonable para el logro del legítimo interés empresarial' (Fundamento Jurídico Séptimo).

ALEXY distingue entre ambos tipos de normas otorgándoles unas características que guardarán una gran trascendencia en la operación jurídica que interesa aquí, cual es la resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Para el citado autor los principios son aquellas normas que "*ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*". De este modo, configura los principios como mandatos de optimización, ya que pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento depende de las posibilidades jurídicas y las posibilidades reales. Las posibilidades jurídicas son determinadas mediante principios y reglas opuestos.

Por el contrario, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no, pues contienen determinaciones en el ámbito fáctico y jurídicamente posible. Si la regla es válida, ha de cumplirse en sus exactos términos. Dadas las características anudadas a las reglas, cuando se produce un conflicto entre reglas sólo puede solucionarse mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de invalidez de una de las reglas en conflicto a través de su expulsión del ordenamiento jurídico. El autor constata la imposibilidad de que sean válidas dos reglas contradictorias entre sí.

Por tales razones, cuando se produce una colisión según la tipología de norma su solución será distinta. Los conflictos entre reglas son considerados conflictos de validez, que pueden ser solucionados mediante otras reglas como son las de *lex posterior derogat legi priori* o la de *lex specialis derogat legi generali*. En caso de colisión entre principios, un principio debe ceder frente al otro, sin necesidad de que deba considerarse inválido el principio que cede, o que haya de introducirse una cláusula de excepción. En este caso, hay que decidir qué principio prevalece a través de la oportuna ponderación¹⁷¹⁹.

En el apartado dedicado a la objeción de conciencia, se puede apreciar cómo se soluciona la colisión entre una norma jurídica de origen secular y una obligación derivada de una norma de un ordenamiento jurídico religioso; o cómo se diferencia entre tipologías de objeción de conciencia según si opera o no una cláusula de excepción. En el caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español resulta evidente que se ha acogido a la doctrina germana del principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) para solventar las colisiones entre el derecho a la libertad de conciencia y otros derechos en juego, incluidos los supuestos de ejercicio de tal derecho en el contexto de una relación laboral¹⁷²⁰. Al respecto, ROBERT ALEXY subdivide el principio de proporcionalidad según tres subprincipios: idoneidad, necesidad (medio más benigno) y proporcionalidad

¹⁷¹⁹ ALEXY: *Teoría de los derechos...*, op. cit., pp. 63 y siguientes.

¹⁷²⁰ Naturalmente en todos los países de una forma u otra han de solucionarse los conflictos entre derechos y bienes, y el ejercicio de los derechos fundamentales nunca es considerado como ilimitado, previéndose supuestos en que es necesaria su modulación. Un ejemplo de la doctrina inglesa es el siguiente: "*There is a necessary conflict between free speech on the one hand and the protection of people's reputation or the need to suppress criticism of the authorities in time of a major emergency on the other. (I assume that in both cases the reasons for suppressing libellous or critical expression are also reasons for suppressing libellous or critical expression are also reasons for not holding individuals to have a duty to protect the freedom to express such views). If in these circumstances the reasons against free expression override those in favour of free expression, then while it is true that one has a right to free expression, one does not have a right to libel or to criticise the government in an emergency. A general right is, therefore, a prima facie ground for the existence of a particular right in circumstances to which it applies. Rights can conflict with others rights or with other duties, but if the conflicting considerations defeat the right they cannot be necessarily coextensive in their scope*". RAZ: *The morality...*, op. cit., p. 184.

en sentido estricto, que el autor califica como mandato de ponderación propiamente dicho. Si los principios son mandatos de optimización de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes; el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (mandato de ponderación) incide en la relativización de los posibilidades jurídicas. En cambio, los subprincipios de necesidad e idoneidad derivan del carácter de los principios como mandatos de optimización de las posibilidades fácticas¹⁷²¹. O dicho de otro modo¹⁷²²:

1) Principio de idoneidad: excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado. Es una expresión de la idea del "óptimo de Pareto": una posición puede ser mejorada sin perjudicar a otra.

2) Principio de necesidad: entre los medios igualmente idóneos deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo (otra expresión del "óptimo de Pareto").

3) Proporcionalidad en sentido estricto: expresa el sentido de la ponderación respecto de las posibilidades jurídicas y parte de la regla llamada "ley de ponderación": cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

3. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA RELACIÓN LABORAL: TEORÍA GENERAL DE SUS LÍMITES Y PONDERACIÓN DE DERECHOS

3.1. Las diversas manifestaciones del derecho a la libertad religiosa en la relación laboral

En el caso del ejercicio de la libertad religiosa en el seno de la relación laboral son de interés aquí especialmente sus límites extrínsecos, que obligan a una cuidadosa ponderación de los derechos en juego. Ya que, entre otros efectos desastrosos para la vida jurídica y económica, el principio de autonomía de la voluntad podría verse neutralizado, cuando es el eje sobre el que se sustenta buena parte de la relación laboral. Como se ha apuntado, los límites a los derechos fundamentales se justifican en la necesidad de garantizar otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos¹⁷²³, cuya

¹⁷²¹ ALEXY: *Teoría de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 91-95. O dicho por el mismo autor en un artículo posterior: "Estos tres principios expresan en su conjunto la idea de optimización. Los principios que mandatos de optimización exigen una optimización respecto de las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización respecto a las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización respecto a las posibilidades jurídicas". ALEXY, Robert: "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2011, núm. 91, p. 13.

¹⁷²² ALEXY: "Los derechos fundamentales...", *op. cit.*, pp. 13-19.

¹⁷²³ HÄBERLE, Peter: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. 1ª edición. Granada: Comares, 2003, p. 68. Para el Tribunal Constitucional no existen derechos ilimitados. Así, "todo derecho tiene sus límites, que, como señalaba este Tribunal en sentencia de 8 de abril de 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 25 de abril), en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos" (STC 2/1982, de 29 de enero, BOE 26 de febrero de 1982, Fundamento Jurídico Quinto). Es más, "si los derechos fundamentales se integran recíprocamente formando un sistema unitario, si son elementos constitutivos del cuadro integral de la Constitución y se encuentran en

titularidad pueda ostentar el empresario, otros trabajadores o incluso el Estado, dado el alto nivel de intervención pública en la relación de trabajo. La plena aceptación de la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales conlleva relevantes implicaciones jurídicas, sociales y, naturalmente, económicas; pues en la ponderación de derechos en cada caso donde se produzca un conflicto se pueden potenciar unos derechos en detrimento de otros, que a veces quedarán sin desplegar sus efectos, postergados; y en otros casos solamente modulados, frente a la preponderancia de otros¹⁷²⁴.

Aquí ha de partirse de lo ya argumentado en apartados precedentes. El derecho a la libertad religiosa ha de reconocerse también al trabajador durante la ejecución del contrato de trabajo aunque, como los otros derechos fundamentales, podrá ser limitado a través de la oportuna ponderación, de acuerdo con otros derechos, bienes e intereses en juego, que se deberán tener en cuenta; y no obsta a su eficacia que el derecho no haya sido desarrollado legalmente en conexión con la relación laboral¹⁷²⁵. Tal derecho a la

una relación de recíproco condicionamiento con los otros bienes constitucionales, entonces se concluye que su contenido y sus límites deben ser determinados teniendo en cuenta también otros bienes constitucionales reconocidos más allá de ellos. Por medio de sus límites, los bienes constitucionales entran en relación entre sí. El principio en base al cual deben ser determinados los límites y contenidos de los derechos fundamentales, y a través del cual se resuelven los conflictos que pueden surgir entre bienes constitucionales vecinos, es el principio de la ponderación (o del equilibrio entre bienes: Güterabwägung)".

¹⁷²⁴ Respecto la ponderación de derechos fundamentales en caso de colisión y su eventual resultado es muy gráfica la STC 104/1986, de 17 de julio (BOE 13 de agosto de 1986): "*El derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del art. 20.1.a) y d), aquí en juego, citado como tal de modo expreso en el párrafo 4 del mismo artículo de la Constitución, sino que según el 18.1 de la Constitución es en sí mismo un derecho fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión (artículo 20.1.a) y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d) resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras*" (Fundamento Jurídico Quinto). Una operación de ponderación de derechos fundamentales de mayor complejidad puede examinarse en la STC 107/1988, de 8 de junio (BOE 25 de junio de 1988, Fundamento Jurídico Segundo).

¹⁷²⁵ Sobre la falta de desarrollo legislativo del derecho a la libertad religiosa en el marco de la relación laboral se han de realizar varias observaciones: "*Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias. Pero tanto las obligaciones y las prohibiciones del primer tipo como las obligaciones del segundo, aun estando implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, de hecho no sólo son a menudo violadas, sino que a veces no se encuentran ni siquiera normativamente establecidas. Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de los segundos, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna, que debe ser colmada por la legislación*". FERRAJOLI: *Los fundamentos de los derechos...*, op. cit., p. 26. Dicha tesis es desarrollada en pp. 45-52. Como se ha tenido ocasión de comprobar, los derechos fundamentales inespecíficos, entre los cuales se encuentra la libertad religiosa, son perfectamente reconocidos en la relación laboral. No obstante, sí bien es cierto que las normas antidiscriminatorias protegen parcialmente dicho derecho a la libertad religiosa en sede laboral y como desarrollo del art. 14 CE (por ejemplo, art. 17 ET), lo cierto es que el derecho fundamental a la libertad religiosa, al igual que el instrumental derecho a la objeción de conciencia, no ha sido desarrollado por la normativa

libertad religiosa, que en el contrato de trabajo ha de considerarse como un derecho inespecífico, tiene una vertiente negativa, la típicamente liberal, que es la que garantiza un espacio de no intromisión de terceros; y la vertiente positiva, que es la que permite al creyente, en este caso al trabajador-creyente, ajustar su conducta a sus convicciones. Así, la vigencia del derecho a la libertad religiosa en el puesto de trabajo se garantiza de varios modos: 1) en los supuestos más extremos y cuando no haya ninguna medida legal o recurso material más al alcance del trabajador, dicho trabajador puede defender su conciencia mediante el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, que le permite desobedecer puntualmente respecto al cumplimiento de una obligación jurídica apta para lesionar sus convicciones (relación de causalidad), en supuestos tipificados por la Constitución o la ley, o en supuestos no tipificados; 2) el trabajador que es objeto de discriminación por razón de sus convicciones religiosas, puede utilizar las medidas antidiscriminación previstas legalmente, que precisamente configuran la tutela jurídica más desarrollada para defender las convicciones religiosas del trabajador en el ordenamiento español; 3) y, finalmente, pero no menos importante, el trabajador puede ejercer el derecho a la libertad religiosa directamente, tanto para defender dicho derecho en su sentido negativo, cuando sufre algún tipo de injerencia en sus convicciones; como desde un punto de vista positivo, de forma activa, cuando es necesario remover obstáculos jurídicos para la óptima expansión del derecho. Y precisamente, este es el aspecto más discutible, pero menos discutido en España, de la eficacia jurídica del derecho a la libertad religiosa; pues es el que determinaría históricamente que el Derecho del Trabajo concibiese dicho derecho desde un punto de vista liberal, o desde una visión acorde con el Estado de Derecho acorde con la contemporaneidad globalizada y plural en la que se inserta.

Si la objeción de conciencia ha sido muy discutida, siempre ha levantado recelos y ha avivado furibundas discusiones jurídicas; en cambio, el ejercicio en su vertiente positiva de derecho a la libertad religiosa, ha sido en general siempre rechazado, como algo casi obvio, axiomático; aunque cada vez más se pueden localizar nuevos esfuerzos doctrinales que intentan determinar si es posible avanzar respecto a los posicionamientos más clásicos¹⁷²⁶. Pero si se deja sin efecto tal aspecto en el Derecho del Trabajo se

laboral, y el art. 16 CE ha de ser aplicado según su configuración constitucional; y, en su caso, de acuerdo con las previsiones de la Ley Orgánica a la Libertad Religiosa. Obviamente existen los Acuerdos firmados con las religiones minoritarias y algunos convenios colectivos regulan algunos aspectos eminentemente prácticos. Sin embargo, la falta de garantías previstas de forma expresa en normas jurídicas de rango infraconstitucional no significa que se produzca la "laguna" a que se refiere FERRAJOLI. La falta de desarrollo legislativo, puede producir, y de hecho se producen, problemas de aplicación en los centros de trabajo. Pero existe sin duda suficiente "material" normativo para garantizar su aplicación en el marco de la relación laboral, y a falta de desarrollo legislativo recae sobre la espalda de los órganos jurisdiccionales la responsabilidad de reconocer la potencialidad de tal derecho.

¹⁷²⁶ En dicho sentido: *"Significa ello que la libertad religiosa del trabajador se agota en realidad en un derecho de igualdad y no discriminación por motivos religiosos, pero que no comprende el derecho a exteriorizar y cumplir todo lo que la propia religión prescribe. El trabajador que profesa una religión en España goza así pues de plenas garantías antidiscriminatorias"*. LASAOSA IRIGOYEN, Elena: "Incidencia de las libertades ideológica, religiosa y de culto en el contrato de trabajo", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014, p. 12. Y eso es todo. El trabajador con convicciones religiosas, según el posicionamiento doctrinal mayoritario, sólo puede disfrutar en la relación laboral de la tutela antidiscriminatoria y del derecho a la libertad religiosa en su sentido negativo, pero por el camino se ha sacrificado su vertiente positiva, y sin olvidar el derecho a la objeción de conciencia, el cual muchas veces incluso es pasado por alto.

produce un retroceso automático en dicha disciplina jurídica que la retrotraería al sistema constitucional español de la época dorada del liberalismo, cuando el derecho a la libertad religiosa se concebía como el refugio del hombre de negocios, del propietario, como paradigma del sujeto privado titular de todos los derechos civiles; para que se respetaran sus creencias principalmente frente al poder político.

No resulta necesario volver a explicar las virtudes de la doctrina de la *Drittwirkung* para darse cuenta que si se entiende que el derecho a la libertad religiosa permite al creyente ajustar su conducta o su no-conducta (abstención) también frente a sujetos privados, no se acabaría de entender por qué razón el trabajador al ponerse el mono de trabajo deja de ser ciudadano, deja de ser creyente, y en esa tesitura, también puede dejar en la puerta del centro de trabajo otros derechos. Desde un punto de vista contractualista o del máximo rendimiento económico, probablemente ningún derecho fundamental tiene cabida en el centro de trabajo si no es expresamente aceptado por una norma iusprivatista (*unmittelbare Drittwirkung*). Aunque se reitera aquí que resulta muy discutible desde un punto de vista empírico, más bien al contrario, que sea beneficioso económicamente obstaculizar la diversidad y sus manifestaciones en el tráfico comercial, como se explica en varios apartados de la presente investigación y demuestran exitosos programas de Responsabilidad Social Empresarial.

Así pues, en el presente trabajo se defiende que, aunque sea por coherencia con el significado del derecho a la libertad religiosa, el trabajador tiene el derecho a comportarse en lo posible de acuerdo con sus convicciones también en el puesto de trabajo. Y sólo deberá neutralizarse o modularse dicho derecho si hay razones de peso para ello. Desde dicho prisma, se postula aquí el derecho a que sean modificadas las condiciones de trabajo, leve o sustancialmente según cada supuesto, para que dichas condiciones de ejecución del contrato de trabajo se ajusten al derecho de libertad religiosa del trabajador, a modo de acomodación, de ajuste razonable. Es decir, aquí se parte de la tesis que el derecho a la libertad religiosa, correctamente delimitado en su extensión, otorga al trabajador por cuenta ajena una facultad de solicitar al empresario (o, subsidiariamente al Juzgador) que las condiciones de trabajo sean adecuadas al citado derecho de libertad religiosa; rompiendo el tabú que ha pesado sobre tal idea de forma mayoritaria hasta ahora. Y si tal derecho no ha de ser neutralizado porque el trabajador se haya excedido en el ejercicio de su derecho (por ejemplo, por concurrencia de abuso de derecho), como mucho podrá ser modulado si existen derechos o bienes a tenerse en cuenta, que deberán ser oportunamente ponderados, según la operación que ya ha sido analizada en un apartado precedente y sobre la cual aún se realizaran ciertas matizaciones.

Es decir, si el derecho a la libertad religiosa en su máxima extensión, en su ejercicio positivo, da lugar a un eventual derecho del trabajador a ver acomodadas sus condiciones de trabajo de acuerdo con sus convicciones; en la eventualidad, como probablemente ocurrirá, de que tal derecho friccioné o colisione con otros derechos o bienes, habrá que realizar la oportuna operación de ponderación, y establecer los límites estrictamente necesarios sobre la extensión del derecho, o sobre los otros derechos. Y tal colisión no ha de concebirse como una patología jurídica, sino como un efecto natural de la existencia y funcionamiento de un centro de trabajo plural donde prestan servicios ciudadanos que disfrutan de sus plenos derechos. Así, a modo de resumen esquemático, en sede laboral el ejercicio directo del derecho a la libertad religiosa se podría llevar a cabo de dos modos distintos:

1) De forma reactiva o negativa: cuando la empresa u otros trabajadores coartan al trabajador para participar en actos de culto, acontecimientos religiosos, realizan proselitismo no deseado, le obligan a declarar sus creencias religiosas, etc.; interfiriendo también en su vida privada¹⁷²⁷. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 570/2001 de 11 septiembre (AS 2001, 4083) un directivo postula la nulidad de su despido porque entiende que fue despedido realmente por no profesar las creencias religiosas de la dirección de una empresa informática. Así, el trabajador denuncia que la Dirección utilizaba y circularizó documentos con directrices de la citada confesión y él al no aplicarlas y no ceder al supuesto adoctrinamiento al que fue sometido fue despedido. Por el relato fáctico de la sentencia es evidente que no se trata de una empresa ideológica.

2) De forma activa o positiva: cuando el trabajador desea ajustar su prestación de servicios a sus convicciones religiosas, porque tal y como están configuradas en un momento dado, obstaculizan el pleno desarrollo del derecho¹⁷²⁸. Tal ajuste debería ser razonable y una vez comprobado que el ejercicio del derecho se lleva a cabo correctamente y, si es el caso, una vez ponderados todos los derechos y bienes en juego. Las posibilidades de ajustes razonables y la combinación de derechos y bienes en juego son casi infinitas, por lo que habrá que estar caso a caso¹⁷²⁹, pero siempre partiendo de la base que si no hay colisión, o habiéndola no ha de aplicarse límite alguno al derecho a la libertad religiosa, tal derecho se mostrará en su máxima expansión.

¹⁷²⁷ "El empleador no puede pretender que los trabajadores a su servicio se comporten en su vida privada acorde con las exigencias morales de la religión que él profesa, y en modo alguno puede tratar de interferir en dichas decisiones, ni mucho menos perjudicar laboralmente a quien no decida acatar sus postulados (piénsese, por ejemplo, un empresario estricto que no fuera capaz de aceptar el divorcio de uno de sus operarios)". AAVV: *Inmigración, religión y trabajo...*, op. cit., p. 37. La facultad de control en la vida privada ha de matizarse en algunos supuestos de relaciones laborales en empresas de tendencia.

¹⁷²⁸ Contraste entre el derecho en su vertiente negativa y positiva: "Es pacífico y está generalmente admitido que la libertad religiosa no atribuye a su titular exclusivamente un derecho de rechazo, frente a posibles coacciones, para asistir a actos de culto, para formar parte de una asociación religiosa, etc., sino que también incluye, igualmente, el derecho a disponer de los medios jurídicos para llevar a cabo la opción positiva, si así lo prefiere el sujeto libremente. Estos caracteres propios de la libertad religiosa - de cualquier derecho de libertad, en realidad - se extienden también a la específica manifestación designada con el nombre de libertad declarativa". ROCA FERNÁNDEZ: *La declaración de la propia...*, op. cit., p. 19. En el caso de la doctrina anglosajona: "The idea is that religious freedom is a moral and political good, because the right to hold religious beliefs and put them in practice must be at the centre of what it is to be human. That does not mean that we cannot equally come to reject such beliefs. If we cannot live according to our judgements about what is most important in human life, and our part in some greater scheme of things, we are not really free to live our lives as we wish. Any doctrine of what it is for humans to be free has to take into account what it is to be human. Democracies have to accommodate disagreements even about this most basic of judgements". TRIGG: *Equality, freedom...*, op. cit., p. 18.

¹⁷²⁹ "La noción de «prácticas religiosas» puede ser entendida en un sentido amplio, comprensivo de todo lo que vale para mostrar la creencia religiosa: gestos, símbolos, vestimenta, fiestas o ceremonias, por ilustrar la idea con algunos ejemplos significativos. En definitiva, la práctica religiosa se identifica con todas aquellas expresiones que dotan de visibilidad, en privado o en público, a una religión. En segundo lugar, las prácticas religiosas tienen, en unos casos, una naturaleza positiva, tal y como sucede, por ejemplo, cuando se porta el velo islámico, el yarmulke hebreo o el turbante sikh; en otros casos, en cambio, proyectan una naturaleza negativa, exteriorizándose en el rechazo a ejecutar actos contrarios a la convicción religiosa (manipulación de determinados alimentos)". VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa...", en AAVV: *Las transformaciones del derecho...*, op. cit., pp. 594-595.

Eso sí, en ambos casos el trabajador que pretenda ejercer el derecho a la libertad religiosa, lo deberá manifestar expresamente, de forma motivada para que el empresario y, en su caso, el juez puedan fiscalizar tal petición; y al mismo tiempo deberá sostener unas convicciones religiosas sinceras, del modo que ya se ha explicado al desarrollar la problemática de la objeción de conciencia.

De este modo, el problema no está en el reconocimiento del derecho a la libertad religiosa en la relación de trabajo en sí, de forma abstracta, que nadie niega; sino en su aplicación práctica, es decir, en la fijación de sus límites, la forma en que se exterioriza realmente en la prestación laboral. Al analizar la figura de la *accommodation* estadounidense se podrá observar que no se trata sino de examinar cómo se pueden ajustar las condiciones del trabajo a las convicciones religiosas en cada caso concreto. De facto, tal figura de origen norteamericano no es más que un instrumento que obliga a realizar una ponderación a partir de un hecho indiscutible, y que ya nadie a estas alturas pone en duda: la libertad religiosa ha de ser reconocida en el puesto de trabajo. Así pues, en los Estados Unidos ya no se discute la vigencia del derecho a la libertad religiosa en el puesto de trabajo; o incluso si el ejercicio de tal derecho permite en algunos supuestos alterar las condiciones de trabajo, que es un efecto lógico de lo anterior. Eso se da por obvio, porque si la libertad religiosa no diera derecho a alterar las condiciones de trabajo sería como no reconocer directamente la vigencia del derecho. ¿De qué sirve que a un trabajador de creencias judías se le reconozca el derecho a la libertad religiosa si se le obliga a trabajar el sábado? Lo que se le reconoce formalmente se le niega desde un prisma material. O bien presta servicios el sábado, y podría considerar que ha dejado de ser un judío respetuoso con el descanso sabático, o bien abandona el puesto de trabajo, que sería lo más probable si sus convicciones religiosas son sinceras¹⁷³⁰.

Así, en Estados Unidos, donde prima el pragmatismo en el tráfico jurídico y económico, la discusión consiste en determinar hasta qué punto debe el empresario realizar ajustes a las condiciones de trabajo. Esa es la cuestión, porque si no se está dispuesto a que el derecho a la libertad religiosa pueda afectar de ningún modo a las condiciones de trabajo, que por definición son dinámicas, de tracto sucesivo, evolutivas, lo que se estaría diciendo es que tal derecho sólo se reconoce formalmente, pero no realmente. Se reconocería que la empresa puede durante la relación laboral alterar unilateralmente las condiciones contractuales de forma temporal o definitiva según sus intereses, muchas veces amparados por derechos infraconstitucionales; y, en cambio, en el caso de las necesidades religiosas el contrato de trabajo debería quedar petrificado en el momento que se firmó, otorgando un valor superior a los principios contractuales por encima de cualquier necesidad religiosa, ésta sí amparada formalmente en un derecho fundamental que a su vez está reflejado en innumerables instrumentos de Derecho Internacional, y que ha sido desarrollado en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa¹⁷³¹.

¹⁷³⁰ Muchos creyentes simplemente no pueden dejar sus convicciones religiosas en la puerta de la oficina o de la fábrica, porque son una parte inescindible de su ser: "*For many employees, religious or spiritual beliefs and practices are an essential and inseparable part of their life. Even in so-called secular workplaces, workers do not and cannot fully leave them behind*". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., pp. 160-161.

¹⁷³¹ En contra de un contractualismo que deje vacía de contenido la libertad religiosa: "*El pluralismo religioso no puede ser tratado como un mero problema de intercambios contractuales. Es éste un enfoque que, al instalarlo en el tráfico económico, banaliza el sentido profundo del pluralismo religioso cuyo objetivo, rectamente entendido, no es quebrantar los impulsos históricos a favor de la secularización de la sociedad sino renovar esos impulsos, acreciendo la fortaleza de*

Gran parte de la doctrina se ha mostrado hasta ahora en contra de que el ejercicio del derecho a la libertad religiosa permita al trabajador solicitar con garantías de éxito que se ajusten las condiciones de trabajo a sus necesidades religiosas¹⁷³². Es más, parte de la doctrina y la jurisprudencia esgrimen la neutralidad que debe ostentar la empresa privada en materia religiosa. No debe malinterpretarse la noción de neutralidad de la empresa. Por ejemplo, las empresas estadounidenses están acostumbradas a realizar ajustes de sus condiciones de trabajo y no por eso son menos neutrales que las empresas españolas; ni en el país del liberalismo han quedado anulados los principios contractuales básicos.

Cuando, por citar un ejemplo, una gran empresa en Estados Unidos introduce facilidades en sus condiciones de trabajo para ayudar a los trabajadores musulmanes para que puedan cumplir con sus obligaciones religiosas al mismo tiempo que cumplen con las laborales, no significa que no sea ya neutral (o que se haya convertido en empresa de tendencia, o que se gestione la empresa según los postulados del islam), porque de hecho también actuará probablemente del mismo modo con los trabajadores creyentes de otras confesiones. Y tal y como se realizan los esfuerzos oportunos con la finalidad de que exista igualdad de trato entre mujeres y hombres, y se promueve que los trabajadores discapacitados puedan integrarse asimismo a la estructura de la empresa. Remover los obstáculos para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores nunca puede ser visto como una pérdida de la neutralidad. Y menos aún cuando tal remoción de obstáculos implica a las minorías religiosas, raciales, étnicas, etc. Cuando realmente se falta al principio de neutralidad de las empresas, que no sean de tendencia o ideológicas, es cuando saltan las alarmas de la tutela antidiscriminatoria, porque se está favoreciendo unos grupos (normalmente los que ostentan las convicciones mayoritarias o forman otras mayorías: de origen, culturales, lingüísticas...) en detrimento de otros; o cuando se coloca en peor posición a cierta categoría de trabajadores, tal y como se analiza en el apartado correspondiente de la presente investigación.

En pocas palabras, dicha "neutralidad" malentendida sobre la que se hace eco parte de la doctrina española, configurada como un *laissez faire laissez passer*, un dejar a su curso la ejecución del contrato, sin intervención empresarial alguna salvo las mínimas, según los principios contractuales al uso (*pacta sunt servanda*, autonomía de la voluntad, etc.), como el Estado policía en plena época del liberalismo clásico, no deja de ser una barrera que impide al derecho a la libertad religiosa desplegar sus efectos en un gran número de casos, especialmente en el caso de la minorías religiosas. La neutralidad tendría sentido

*la propia secularización. En su versión primera y esencial, el tan mencionado pluralismo obliga a reconocer que, para determinadas religiones, existen deberes dotados de un contenido profundamente sagrado cuyo exacto cumplimiento pide un esfuerzo de acomodación a la sociedad secularizada. La inactividad laboral durante el sabbath constituye un buen ejemplo de esta idea (...). Ante cada supuesto de hecho, el órgano judicial ha de ponderar los derechos en juego y, en consecuencia, resolver la colisión con arreglo al canon de proporcionalidad". VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa...", en AAVV: *Las transformaciones del derecho...*, op. cit., p. 606.*

¹⁷³² "Al propio tiempo que existe una obligación de neutralidad empresarial frente a las convicciones ideológicas, religiosas o de otro tipo de sus empleados, ese principio de neutralidad empresarial también exime a la empresa de la obligación de introducir cambios en sus sistemas de organización del trabajo para posibilitar que el trabajador ejercite tales derechos". CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: "Libertad ideológica y contrato de trabajo", en AAVV: *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 62.

entre sujetos estrictamente iguales; pero cuando los sujetos son desiguales y ocupan asimismo posiciones distintas, la neutralidad acaba cargando al débil, que es a quien perjudica siempre el mantenimiento de cierto *status quo*. Por ejemplo, si una empresa se mantuviera "neutral" frente a la discapacidad, entendida como el trato de igual forma tratar a todos los sujetos, tal abstención empresarial significaría que los únicos que encontrarían obstáculos en el trabajo son precisamente los trabajadores con algún tipo de discapacidad¹⁷³³.

El contrato de trabajo ni prevé normalmente el derecho a la acomodación de forma explícita (quizás en un futuro se negocien estas cuestiones en el contrato de trabajo, pero desde luego no se hace en la actualidad), ni el legislador ha desarrollado en sede laboral el derecho a la libertad religiosa, más allá de la tutela antidiscriminatoria. O sea, que la pretendida neutralidad significa a efectos prácticos que el trabajador ha de "colgar" su derecho fundamental en el mismo momento que cuelga su ropa de calle y se pone el mono de trabajo. Si dicha "neutralidad" empresarial se erige como la regla general a seguir se debería reconsiderar la vigencia de los derechos inespecíficos en el puesto de trabajo en España. El ejercicio de un derecho fundamental, salvo excepciones (buena fe en la ejecución del contrato de trabajo, abuso de derecho, etc.), ha de ser ejercitable en el puesto de trabajo, y como mucho ha de ser modulado, pero una cláusula contractual por sí sola, como ejemplo, no posee virtualidad suficiente para evitar el ejercicio del derecho fundamental de que se trate, sino hay en juego como mínimo otro derecho fundamental. Dicha ponderación en sede laboral ha de ser realizada bajo el principio de buena fe, que no es un límite, sino un parámetro de interpretación. La "neutralidad" empresarial tal y como es defendida por parte de la doctrina, de los autores y jurisprudencial, es entender el derecho fundamental a la libertad religiosa en su sentido negativo, puramente liberal, como el establecimiento de un espacio de no injerencia¹⁷³⁴.

¹⁷³³ "The status quo, without legal intervention, requires the out-group to bear the full cost: women bear the cost of child-bearing and childcare; disabled people bear the cost of disability; and ethnic minorities bear the cost of their own cultural or religious commitments. Whatever cost is not borne by employers or the State is left to the shoulders of those who are least able to bear it. At the same time, little notice is taken on the fact that society does bear the cost of the specific characteristics of dominant groups, be they male, able-bodied, or in the ethnic majority. Thus working time, the built environment, or religious or cultural holidays and dress already cater for the dominant groups. Substantive equality aims to redistribute these costs in ways which are fairer to all". FREDMAN: *Discrimination law...*, op. cit., p. 31

¹⁷³⁴ "Las colisiones que se producen entre el cumplimiento de los deberes derivados de la relación contractual y el derecho a la libertad religiosa, tiene como escenario siempre la esfera externa de este último, puesto que (...) el agere licere no sólo es objeto de protección constitucional, sino que dota de contenido el derecho mismo de libertad religiosa. En estos casos la técnica de ponderación/modulación utilizada por el TC otorga prevalencia al contrato de trabajo y a los deberes de él derivados, dejando en manos de la voluntad concordataria de ambas partes, la posibilidad de invertir esa preferencia. Es más considera que el empresario sólo vulnera el derecho a la libertad religiosa del trabajador cuando impide su ejercicio, pero no cuando lo dificulta o, sencillamente, no hace nada para facilitarlo". SALAS PORRAS, María: "El poder de dirección del empresario como elemento modulador del derecho fundamental del trabajador a la libertad religiosa. Revisión de la jurisprudencia española procedente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014, p. 13. Una crítica a la noción de libertad sólo en su sentido liberal negativo: "Commitments to a religious community or tradition, with attendance requirements on behavior in all spheres of life, including work, are what tend to differentiate «religious people» from others. It is the nature of these commitments that seems to confound liberal thinkers about what place religion should play in pluralistic contemporary society. After all, Western Enlightenment philosophies have celebrated and given priority to individual

Pero el trabajador no sólo necesita un espacio de no injerencia (no discriminación, objeción de conciencia, que no se le obligue a asistir a un acto de culto en la jornada laboral, que no se le falte al respeto en cuanto a sus convicciones, etc.); sino que desea ajustar su día a día a sus convicciones, antes y después de entrar al centro de trabajo; ser coherente con su cosmovisión también en aquel lugar donde invierte tantas horas y donde, en puridad, no ha abandonado la "esfera pública"¹⁷³⁵.

Los puestos de trabajo en la actualidad, en plena globalización, cuando la pluralidad ya está aquí¹⁷³⁶, no pueden verse desde el prisma clásico de "trabajo por salario"¹⁷³⁷, como un compartimento estanco que provoca una doble vida, un dualismo extremo (dentro - fuera del trabajo, vida profesional - vida privada, disfrute de derechos ciudadanos - sometimiento a la disciplina laboral) y un empresario que simplemente se limita a poner orden y optimizar la productividad. Tal visión no sólo es inconstitucional, pues obvia que la empresa es también un ser social, sino que además tampoco es viable económicamente. Los trabajadores en la actualidad hacen pivotar buena parte de su plan de vida en el trabajo, que no sólo constituye una fuente de sustento, sino de creación de identidad, de fuente de formación, de medio para su progreso social. Así, el trabajador cuando accede al puesto de trabajo cada vez más lo observa como una parte inescindible de su vida, no como un compartimento aparte en el binomio trabajo - ocio, mas un lugar

autonomy - and the related value of individual choice. The view of freedom that is privileged in the liberal worldview is that of negative freedom, by which individuals are most free when they have the least external interference into their autonomy. Religiously based commitments entail precisely the kind of heteronymous influences (that is, literally, the law or rule of others) that Immanuel Kant famously rejected in his classic essay «What Is Enlightenment?». Obligations to an external source of morality - especially since some of these obligations can clearly work against one's self interest - are not easily understood within a narrow view of the rational, autonomous self". HICKS: Religion and the workplace..., op. cit., pp. 89-99.

¹⁷³⁵ Una idea que también es señalada en parecidos términos por la doctrina estadounidense respecto los ciudadanos de su país y que es generalizable a cualquier ciudadano de un país occidental: "*The workplace is a community, a place where nearly all Americans spend a great deal of time, where friendships and relationships are initiated and developed, where life challenges are encountered, and where we find opportunities to contribute to society. But the workplace is also a place where some workers pray with other workers and discuss their religious beliefs and practices. Many American workers refuse to conduct their lives in one way n their Sabbath, and in entirely different manner on the other days of the week, and thus they endeavor to integrate their religious and work lives. It should not surprise us, then, that an increasing number of Americans of all faiths find the workplace an appropriate and fitting site to express their religious and spiritual values". HICKS: Religion and the workplace..., op. cit., p. 89-99.*

¹⁷³⁶ La pluralidad existente al puesto de trabajo ya no admite por más tiempo una aproximación simplista del fenómeno: "*Diversities of various kinds (beliefs, traditions, practices, dress, speech) are fundamental elements that contribute to the need for a complex approach to religion and the workplace. If everyone in an organization held the same beliefs and engaged in the same practices, an institutional establishment of a specific religious or spiritual system of beliefs and practices would not be as morally or practically troubling as it is under the condition of diversity (even if such a situation did not exist, however, the institutional establishment of a particular religion in a workplace would still raise moral concerns)". GREGORY: Encountering religion..., op. cit., p. 1.*

¹⁷³⁷ Una observación muy exacta es la siguiente: "*Hace tiempo que circula una formulación significativa: ¿hacer una carrera o hacer una vida? La pregunta puede reflejar un sentimiento, que se extiende progresivamente, según el cual la calidad humana de la actividad profesional también empieza a verse como parte de la construcción de un proyecto de vida que valga la pena, sin reservar la calidad humana y el sentido de la vida para el tiempo libre o para el futuro. Para expresarlo gráficamente, la pregunta que cabe plantear en el mundo profesional es si la gente sólo sabe hablar de dinero o si la gente aprende a hablar sólo de dinero cuando no le dan oportunidad de hablar de nada más". LOZANO: La empresa ciudadana..., op. cit., p. 40.*

en el cual se desarrolla como persona, por lo que no desea abandonar allí las convicciones que le guían en el resto de esferas vitales (por ejemplo, en la toma de decisiones). De este modo, cada vez más los trabajadores se sienten ciudadanos en sus trabajos y en su seno ejercen sus derechos: libertad de expresión, ideológica, religiosa (también en su vertiente atea), etc.; razón por la cual el sostenimiento del derecho a la libertad religiosa en su mero sentido negativo simplemente consigue que se mantenga durante un tiempo más y de modo artificial la escisión entre el trabajador y el ciudadano, aunque ello tenga fecha de caducidad.

Es fácil constatar que a día de hoy ni la autonomía de la voluntad plasmada en los contratos de trabajo, ni la negociación colectiva han establecido mecanismos eficaces para evitar las controversias o solventar los conflictos jurídicos que pudieran nacer del ejercicio del derecho a la libertad religiosa en la relación laboral¹⁷³⁸. No se dice tampoco nada nuevo cuando se afirma que en la actualidad la situación no está suficiente madura como para que una empresa y un trabajador negocien las condiciones de trabajo de acuerdo con las necesidades religiosas del trabajador; quien quizás es incluso un trabajador migrante y miembro de una confesión religiosa minoritaria. Si como norma

¹⁷³⁸ Obviamente, del fracaso de la autonomía de la voluntad y de la negociación colectiva no se puede inferir que lo que no esté pactado no es posible: "*La libertad ideológica o religiosa no implica derechos de «resistencia» del trabajador, dado que la relación laboral tiene una base consensual, y al trabajador siempre le quedaría la opción de dimitir. Cosa distinta es que en el momento de celebración del contrato las partes puedan decidir, con amparo en la libertad de contratación y dentro de los límites impuestos por el orden público laboral, dotar de relevancia jurídica a las creencias religiosas del trabajador, concertando condiciones laborales (jornada, horario, descansos...) que resulten compatibles con dichas creencias. Pero, en ausencia de cláusulas o estipulaciones expresas, negociadas individual o colectivamente, la empresa se considera un ámbito «laico», que no tiene por qué alterar su funcionamiento para adaptarse a los hábitos religiosos de los trabajadores*". CAVAS MARTÍNEZ: "Libertad ideológica...", en AAVV: *Libertad de empresa...*, op. cit., pp. 62-63. Al respecto hay que realizar varias matizaciones: 1) lógicamente si la autonomía de la voluntad o la negociación colectiva pueden ayudar a compatibilizar el derecho a la libertad religiosa con las necesidades empresariales (libertad de empresa, art. 38 CE) sería lo óptimo. Si, por ejemplo, el trabajador cambia de convicciones de forma sobrevenida, cuando ya se está ejecutando el contrato de trabajo, no se ajustaría ni a la Constitución ni a las normas internacionales en materia de libertad religiosa que el trabajador sólo pudiera dimitir, sin ponderación de los derechos en juego, ni ningún ulterior intento de ajustar las condiciones de trabajo. Pues si eso es así, es lo mismo que negar que el trabajador pueda cambiar de convicciones, extremo amparado por el art. 16 CE, un derecho de carácter fundamental que *a priori* queda por encima de los principios contractuales; 2) La libertad religiosa y la ideológica no implican automáticamente el eventual ejercicio del *ius resistentiae*, cierto. Pero es obvio que la doctrina jurisprudencial ha admitido que para defender los derechos fundamentales se pueden desobedecer órdenes empresariales, según se ha analizado en otro apartado. Lo que habrá que ver es si en cada caso puede operar o no, pero no se puede descartar de forma generalizada, apriorística, como tampoco se puede admitir de forma generalizada. 3) cosa distinta es si la empresa ha de adaptar sus condiciones para no vulnerar el derecho a la libertad religiosa. No hay que confundir una desobediencia, que puede ser instrumentada por el derecho a la objeción de conciencia, con el ajuste de las condiciones de trabajo (novación); igual que no hay que confundir si una trabajadora embarazada se puede negar a cumplir una orden que pueda afectarle a ella o a la salud del feto con la necesidad de adaptación de las condiciones de trabajo de acuerdo con su estado temporal de salud (art. 26 LPRL). En este trabajo se defiende que la empresa, si se dan los requisitos, ha de adaptar su "funcionamiento" para no vulnerar el derecho a la libertad religiosa, como debe hacerlo para no vulnerar otros derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a la salud, art. 15 CE). Ahora bien, la cuestión es analizar cuándo y en qué condiciones, pero por principio ha de dejarse claro que la empresa está sometida a la Constitución como cualquier otro sujeto privado, y en este ámbito es de aplicación la teoría de la *unmittelbare Drittwirkung*.

general los contratos firmados son normalmente parecidos a lo que se entiende comúnmente por un contrato de adhesión en el que, como mucho, y si es posible, se negocia el salario y el resto de las cláusulas contractuales son presentadas por la empresa al trabajador, quien las acepta o rechaza en su conjunto, pero sin ningún tipo de negociación previa¹⁷³⁹. Pues imagínese el poder de negociación de un trabajador migrante que sostenga convicciones religiosas minoritarias: su poder de negociación será casi nulo¹⁷⁴⁰. Además, dado el tenor restrictivo de la jurisprudencia constitucional y laboral¹⁷⁴¹ y la falta de desarrollo legal del derecho en sede laboral, en la actualidad

¹⁷³⁹ "En la contratación de trabajo la contratación individual singular tiene un papel muy secundario. En cuanto regulación contractual, se da normalmente un fenómeno de «predisposición» del contenido contractual por parte del empresario, mediante cláusulas decididas y preparadas por éste o mediante simple remisión a normas o reglas o usos impuestos por el empresario en la empresa y sobre las que éste decide unilateralmente, entremezclando (...) la «adhesión» voluntaria a una propuesta contractual con la «sumisión» a un poder unilateral a la que el trabajador se obliga". RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER, Miguel: "Poder de dirección y derecho contractual", en AAVV: *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. 1ª edición. Madrid: La Ley 2005, p. 13. "Cierto es que cada vez son más infrecuentes las negociaciones singulares llevadas a cabo para cada uno de los contratos celebrados por una empresa. La contratación de un trabajador se traduce en la integración del mismo en unidades productivas ya ordenadas, con una estructura organizativa y funcional previamente determinada y el contenido contractual aparece normalmente glosado a través de cláusulas generales que se incorporan a cada pacto contractual y que han sido elaboradas unilateralmente con anterioridad. Esto es, las opciones en el momento de la suscripción del contrato se reducen a la aceptación del mismo o a su rechazo - hecho que comportaría un nuevo ofrecimiento del puesto vacante, esta vez a persona distinta de dicho trabajador -. Sólo cuando se trata de personal altamente cualificado y muy especializado en alguna de las fases de la producción, de actividades en áreas de pleno empleo o de prestaciones de servicios que se mueven en un espacio de estrecha confianza entre empleador y empleado, este pacto contractual no opera como un contrato de adhesión y generalmente es fruto de una verdadera transacción e intercambio de intereses entre las dos partes". MORATO GARCÍA: *Derecho de resistencia...*, op. cit., p. 102. Como se verá, en estos casos el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y la objeción de conciencia serán más moduladas cuando se pretenda alterar el devenir de la ejecución del contrato. Si se ha contratado a un especialista para un determinado momento del proceso productivo no parece razonable que se admita que el trabajador se exonere de llevar a cabo dicho proceso para el que ha sido expresamente contratado. Precisamente en estos casos el contrato recoge mucho mejor la voluntad de ambas partes que en otros supuestos, por lo que la autonomía de la voluntad deberá a priori prevalecer.

¹⁷⁴⁰ Fenómeno sociológico negativo que también ocurre en los Estados Unidos: "It is relevant to state that people of minority religious traditions - some who are immigrants to the US in recent years or decades, including Muslims, Hindus, and Latin American Catholics, Pentecostals, and evangelicals - often hold little socioeconomic power and arguably often do not enter into the labor market with the ability to make fully voluntary decisions about employment. They may not, therefore, be in a strong position to make requests for religious understanding or accommodation, not to mention salaries, benefit, and safety measures". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 170.

¹⁷⁴¹ Una crítica doctrinal en tal sentido: "Cuando lo que se pretende es un ejercicio positivo de un derecho, esto es, en los casos en los que el empleado hace uso de un derecho para desplegar una determinada conducta que, de por sí, se contrapone al esquema técnico y organizativo de la empresa, habrá que proceder a realizar una ponderación adecuada a los intereses implicados, respetando, obviamente, la más adecuada definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego. Sin embargo, la jurisprudencia laboral denota en múltiples ocasiones una clara influencia de la lógica contractual y tiende a verificar si la conducta del empleado encierra o no un exceso o extralimitación conforme a las pautas contractuales, en lugar de preconizar el ejercicio de un derecho fundamental como límite al devenir de los poderes empresariales. En buena técnica jurídica, no cabe entrar en estos supuestos a dirimir si la conducta del trabajador respeta o no las exigencias del principio de proporcionalidad. Estamos, en cambio, en terreno propicio para la aplicación del mentado principio cuando se advierte una actuación empresarial

tampoco la mayoría de empresarios percibe que el derecho a la libertad religiosa sea un derecho que tenga que ejercerse de ningún modo en los centros de trabajo; como ocurría años atrás con la igualdad de sexos o con la prevención de riesgos laborales. Si no se percibe que el derecho a la libertad religiosa deba ejercerse en el trabajo no hay razón para negociar un clausulado relativo a ello en el contrato de trabajo. Y si el conflicto se produce durante la ejecución del contrato de trabajo, ello será considerado como una anomalía que ha de ser resuelta por el juez, por lo que difícilmente ambas partes en el uso de la autonomía de la voluntad se sentarán a negociar una novación contractual que permita la continuación de la ejecución del contrato de trabajo en unas condiciones laborales que satisfagan ambas partes. Tal postura, contrasta con la postura de las empresas norteamericanas, que son conscientes, como se ha explicado al tratar de la objeción de conciencia, que parten de la carga de acomodar las condiciones de trabajo o bien justificar por qué no se pueden ajustar, o que no existe tal obligación como excepción a la regla general (por ejemplo, porque el trabajador no sostiene unas convicciones religiosas sinceras). Así, cuando se produce la controversia en muchas ocasiones se renegocia el contrato de trabajo o se alcanza un pacto judicial.

Tampoco por vía de los convenios colectivos se han llegado a establecer mecanismos de ajuste de las condiciones de trabajo, más allá de algunas excepciones en los convenios colectivos que se suelen citar en los artículos doctrinales sobre la materia, que precisamente son aquellos en los que la gran mayoría de trabajadores o un buen número de ellos en un sector y zonas geográficas concretas suelen pertenecer a una confesión minoritaria. De esta manera, allí donde las confesiones minoritarias de algún modo se han convertido mayoritarias en un sector, en una empresa o en una zona geográfica determinada a veces el convenio colectivo prevé dicha singularidad. Así, por ejemplo, en algún caso se facilita a los trabajadores musulmanes que puedan celebrar el Ramadán, extremo que ellos agradecen para poder llevar a cabo de forma correcta las oraciones, el ayuno y las reuniones familiares; y por otro lado las empresas pueden evitar en lo posible los riesgos laborales que el ayuno puede comportar y mantienen una óptima política de personal.

Pero normalmente ni siquiera se realizan tales ajustes mínimos, porque por definición los miembros de las confesiones minoritarias, que son los que los requieren en un mayores grado, valga la redundancia, están en minoría en muchos centros de trabajo y sectores. Y no sólo están en minoría, sino que muchos de ellos disfrutan de un poder de negociación bajo como consecuencia de su origen inmigrante, humilde extracción social y económica, formación profesional escasa, dificultades idiomáticas, etc. Como mínimo, paulatinamente van desapareciendo de la negociación colectiva aspectos claramente contrarios a la libertad religiosa, como son la categorización como sanción disciplinaria de las expresiones blasfemas, o la previsión convencional de permisos retribuidos para acudir a actos religiosos que se limiten por naturaleza a una confesión determinada o a unas de ellas, sin que se prevean permisos equivalentes para las demás (por ejemplo, la primera

positiva o explícita que constriñe el pleno disfrute de los derechos de la ciudadanía de la empresa. Una correcta aplicación de este criterio exige entrar a valorar la medida empresarial coercitiva de un bien jurídico (aunque pueda constatarse como los tribunales ordinarios invierten indebidamente el objeto destinatario del examen, que no es otro que el ejercicio del poder empresarial, y ocasionalmente pasan a medir el incumplimiento laboral imputado al trabajador que manifiesta un comportamiento contrario a la decisión patronal)". MORATO GARCÍA: Derecho de resistencia..., op. cit., p. 91.

comunidad). En todo caso, la negociación colectiva es un instrumento ideal para afrontar los retos del derecho a la libertad religiosa, aunque a día de hoy sea un instrumento infrutilizado en dicha materia, y por lo tanto se está desaprovechando que se trata de normas que pueden individualizar las situaciones por sectores económicos, zonas geográficas o por empresas¹⁷⁴².

Respecto la categorización como sanción disciplinaria de las expresiones blasfemas en los convenios colectivos téngase en cuenta la Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre blasfemia, insultos religiosos e incitación al odio contra las personas en base a su religión, que se trata en el apartado sobre normativa internacional. En la mayoría de países de la Unión Europea la blasfemia ha dejado de ser una conducta penalizada, pero se mantiene dicho delito en algunos países en los que existe una Iglesia Oficial, como es el caso de Finlandia o Grecia. En España la blasfemia fue abolida por la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio¹⁷⁴³. El canon 1369 del vigente Código de Derecho Canónico prevé la blasfemia, pero no la define: "*Quien, en un espectáculo o reunión públicos, en un escrito divulgado, o de cualquier otro modo por los medios de comunicación social, profiere una blasfemia, atenta gravemente contra las buenas costumbres, injuria la religión o la Iglesia o suscita odio o desprecio contra ellas debe ser castigado con una pena justa*".

En todo caso, el régimen disciplinario laboral debe ir dirigido a mantener el orden en la ejecución del contrato de trabajo, ya sea en las relaciones entre trabajadores y empresario, ya sea entre trabajadores, ya sea entre trabajador y tercero (clientes, proveedores, trabajadores de otras empresas que prestan servicios en el mismo centro de trabajo, etc.). Tipificar como conducta sancionable la blasfemia en un convenio colectivo constituye extender el Derecho laboral a un ámbito en el que es incompetente, cual es el puramente religioso, lo que a su vez provoca la eventual vulneración del derecho a la libertad religiosa de los sujetos implicados. La normativa laboral ha de ser netamente neutral delante del hecho religioso, una neutralidad bien entendida, y ha de ir encaminado exclusivamente a garantizar el derecho a la libertad religiosa de los sujetos que intervengan en el contrato de trabajo. Así, una norma laboral no es apta para regular la relación entre un sujeto y Dios, que es precisamente lo que regula la blasfemia. Así pues, si lo que se pretende regular es la afrenta o la falta de respeto a una persona, la conducta debe ser tipificada de forma diferente. Por ejemplo, mediante el establecimiento

¹⁷⁴² El convenio puede ayudar al ejercicio de la libertad religiosa y evitar los conflictos de derechos, o ayudar a resolver dicha colisión. Incluso puede coadyuvar a convertir las objeciones de conciencia en objeciones de conciencia *secundum legem*. Tal es la visión de la autora, que sostiene "*la necesidad de una flexibilización del Derecho desde nuestra propia tradición jurídica, propiciando un sistema que reconduzca las objeciones de conciencia previsibles hacia las opciones expresamente amparadas, cuando se adivina el rechazo ético de determinados sectores de la sociedad. Lo anterior puede arbitrase mediante la estipulación de cláusulas de conciencia, extrayendo de los Acuerdos con las confesiones toda su virtualidad para ajustar precepto religioso y norma jurídica, a través de los convenios colectivos para la acomodación en el ámbito laboral, o en el terreno del Derecho de familia y persona, dando juego a instrumentos como la mediación y el arbitraje*". COMBALÍA SOLÍS, Zoila: "La necesidad de flexibilización del derecho y la objeción de conciencia en una sociedad plural (Contraste entre el sistema continental y el angloamericano)", en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 98.

¹⁷⁴³ DOE: *Law and religion...*, *op. cit.*, pp. 140 y siguientes. Como se ha dicho con razón "*human rights protect people, not beliefs. Laws against blasphemy are seen by many to be inappropriate, since they ring-fence beliefs, instead of protecting people from the effects of religious hatred*". TRIGG: *Equality, freedom...*, *op. cit.*, p. 66.

de una prohibición de proferir ofensas verbales o la prohibición de realizar expresiones que minusvaloren las creencias religiosas o ideológicas de otros trabajadores. La normativa laboral al formar parte de un ordenamiento secular ha de intentar en lo posible evitar la utilización de conceptos teológicos, pues su misión es regular relaciones seculares entre personas. Todo y así, hay múltiples convenios que siguen tipificando la blasfemia. Por ejemplo, el art. 35.7 del Convenio colectivo estatal de trabajo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE 31 de marzo de 2015) califica como falta muy grave la blasfemia habitual. De este modo, si se aplica alguna sanción y es impugnada, el órgano jurisdiccional deberá entrar en el terreno teológico para examinar si la expresión proferida constituye una blasfemia para la confesión de que se trate, pues la noción "blasfemia" no es idéntica a "faltar al respeto", aunque sus significados estén emparentados. Cada confesión religiosa tendrá su propia definición de "blasfemia", si es que posee alguna por ser relevante en su cosmovisión¹⁷⁴⁴.

3.2. Modalidades de acomodación o ajuste razonable a necesidades distintas que las religiosas y su utilización en materia de libertad religiosa en otros países

3.2.1. Doctrina estadounidense

En una sociedad tan plural como la de los Estados Unidos de América los conflictos entre el derecho a la libertad religiosa y otros derechos y bienes jurídicos, y entre normas jurídicas y normas religiosas, son habituales desde la misma declaración de independencia del país. Si bien en un principio los conflictos solían consistir habitualmente en la negativa por motivos religiosos a cumplir la obligación de tomar las armas en defensa del país, han sido múltiples los asuntos que han tenido la relación laboral como telón de fondo. Con tal experiencia en la solución de conflictos de conciencia no sólo parece lógico que los supuestos de hecho tratados por las autoridades y jueces norteamericanos sean mucho más ricos que sus equivalentes europeos o españoles; sino que también es interesante examinar qué posibles soluciones concretas se han podido alcanzar para que los conflictos no hayan alterado la paz social o la legitimidad del Estado a la hora de regular la conducta de sus ciudadanos. Tales

¹⁷⁴⁴ Como ya observó de forma avanzada a su tiempo Beccaria hay que dejar al ámbito religioso el castigo de las conductas contrarias a la religión, no a las autoridades seculares: "*Algunos pensaron que la gravedad del pecado se considerase en la graduación de los delitos. El engaño de esta opinión se descubrirá a los ojos de un indiferente examinador de las verdaderas relaciones entre hombres y hombres, y entre hombres y Dios. Las primeras son relaciones de igualdad. La necesidad sola ha hecho nacer del choque de las pasiones y de la oposición de los intereses la idea de la utilidad común, que es la basa de la justicia humana. Las segundas son relaciones de dependencia de un Ser perfecto y creador, que se ha reservado a sí solo el derecho de ser a un mismo tiempo a un mismo tiempo legislador y juez, porque él solo puede serlo sin inconveniente. Si ha establecido penas eternas contra el que desobedece a su omnipotencia, ¿quién será el insecto que osará suplir la divina justicia, que querrá vengar al Ser que se basta a sí mismo, que no puede recibir de los objetos impresión alguna de placer o dolor, y que solo entre todos los seres obra sin reacción? La gravedad del pecado depende de la impenetrable malicia del corazón. Ésta no puede sin revelación alguna saberse por unos seres limitados; ¿cómo, pues, se la tomará por norma para castigar los delitos? Podrán los hombres en este caso castigar cuando Dios perdona, y perdonar cuando castiga. Si ellos son capaces de contradecir al Omnipotente con la ofensa pueden también contradecirle con el castigo*". BECCARIA: *De los delitos...*, op. cit., pp. 42-43.

soluciones pueden ser de gran interés para el caso español¹⁷⁴⁵, mas parece lógico pensar que resulta mejor aplicar (si es posible y es compatible con el ordenamiento jurídico propio) las soluciones encontradas en otros ordenamientos cuya eficacia ya ha sido comprobada empíricamente tras lustros de aplicación (de ahí la cada vez mayor importancia que adquiere la disciplina del Derecho comparado en un mundo globalizado); que tener que crear desde cero dichas soluciones una vez se hayan producido conflicto sociales tal vez con daños irreparables; o simplemente la solución adecuada a cada caso se resista a materializarse¹⁷⁴⁶. Entre dichas soluciones ofrecidas por el mismo ordenamiento jurídico, hay que citar la *accommodation*, figura que puede ser traducida al español como "acomodación" o "ajuste", que no es más que un instrumento jurídico, o sea, ofrecido por el mismo ordenamiento jurídico, para solventar el conflicto entre derechos y/o entre obligación jurídica y convicción moral. Se trata de una figura de honda raigambre en el ordenamiento jurídico estadounidense (aunque ni mucho menos exclusivo de dicho país) que tiene como objetivo esencial, en lo que aquí interesa, compatibilizar las condiciones de trabajo con el ejercicio del derecho de libertad religiosa. Es decir, hacer lo posible para que el derecho a la libertad religiosa alcance la máxima expansión y viabilidad en una relación *inter privatos* como la relación jurídica laboral. De ahí el gran interés que adquiere la *accommodation* en relación a la cuestión estudiada en la presente investigación.

Naturalmente, la filosofía y principios que imperan en el Derecho estadounidense son diferentes a los que guían el ordenamiento jurídico español, razón por la cual, los problemas planteados por la doctrina estadounidense, las maneras de enfocarlos y las soluciones encontradas en muchas ocasiones no serán de aplicación, sin las oportunas adaptaciones previas, a los supuestos de hecho españoles. Sin embargo, sí que existen grandes similitudes, para empezar, respecto a muchos de los supuestos de hecho a los que ha tenido que hacer frente los órganos jurisdiccionales americanos, pues la realidad social que entraña el trabajo por cuenta ajena sí que es esencialmente semejante a la realidad española, aunque claramente existan diferencias de raigambre cultural. Al mismo tiempo, la figura de la *accommodation* entraña una filosofía de aproximación a los problemas planteados que también puede ser de gran utilidad en Europa, y más cuando la misma figura ya es utilizada en varios países (aunque no siempre para afrontar la problemática laboral) e incluso el mismo Derecho comunitario también la ha hecho suya en algunas de sus manifestaciones y normas.

Es importante resaltar que el Derecho norteamericano respecto a las relaciones laborales ha aplicado la figura de la *accommodation*, tanto a través de los fallos de los diferentes órganos jurisdiccionales, señeramente el Tribunal Supremo en el ámbito federal, tanto en

¹⁷⁴⁵ Se ha afirmado que la pluralidad religiosa y cultural estadounidense es una "fuente inagotable" de información y de criterios solución de conflictos que se ya se han materializado o que pueden acaecer en cualquier momento aquí. En dicho sentido *vid.* CASTRO JOVER, María Adoración: *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos*. 1ª edición. Madrid: Universidad Complutense, 2005, p. 21.

¹⁷⁴⁶ Una mentalidad europea abierta a las soluciones jurídicas y de otra índole ya experimentadas en otras zonas geográficas ha sido postulada por muchos autores, lo que conlleva unas razonables dosis de humildad y visión política. Un ejemplo de ello es el siguiente: "*If Europe is not the global prototype, both Europe and Europeans have everything to learn from cases other than their own. Not least among such lessons is the importance of taking the religious factor seriously, and in public as well as private life. Taking religion seriously, moreover, is greatly facilitated by the assumption that you expect is to be there, as an integral, normal part of modern as well as modernising societies*". DAVIE: *Europe: The exceptional...*, *op. cit.*, p. 160.

aplicación de leyes que ya han incorporado dicha figura a su texto, en supuestos que desde el prisma de nuestro ordenamiento jurídico claramente habría que diferenciar dogmáticamente en tres grandes grupos de conflictos: 1) supuestos en los que el conflicto jurídico se puede encuadrar sin dificultades en la problemática generada por la objeción de conciencia, ya que se puede apreciar un conflicto entre las convicciones del trabajador y las obligaciones jurídicas que ha de cumplir en el contexto laboral; 2) supuestos en los que en España se podría decir que se ha producido una discriminación por razón de convicciones religiosas, y, en cambio, en Estados Unidos, al haber en juego el derecho a la libertad religiosa contenida en la Primera Enmienda (entendida de forma ciertamente diferente respecto los estándares españoles), se enfoca la cuestión como un conflicto a solventar a través de la debida aplicación de la *accommodation* para evitar consecuencias jurídicamente indeseables; 3) supuestos en los que se percibe que el trabajador ejerce lo que, traducido al ordenamiento jurídico español, sería la vertiente más positiva del derecho a la libertad religiosa, pues el trabajador va más allá a reclamar la no injerencia de terceros en su esfera protegida por el citado derecho, sino que postula que se ajusten las condiciones de trabajo a sus convicciones.

Como se puede apreciar ya, el interés por la figura de la *accommodation* será más secundaria o menor en relación a la tutela antidiscriminatoria, ya que el ordenamiento jurídico español disfruta de un buen haz de instrumentos en dicho sentido como se puede examinar en el apartado correspondiente de la presente investigación. Aunque lo cierto es que tal falta de interés puede ser más aparente que real, pues si bien es cierto lo afirmado respecto al buen desarrollo de la tutela antidiscriminatoria en España, no es menos cierto que en los Estados Unidos la prohibición de la discriminación puede comportar asimismo el ajuste razonable de las condiciones de trabajo.

Al mismo tiempo, se puede afirmar sin ambages que la figura de la *accommodation* guarda gran interés respecto a la objeción de conciencia, principalmente por las soluciones imaginativas y la gran riqueza de supuestos de hecho que se puede encontrar en las recopilaciones jurisprudenciales de los órganos jurisdiccionales estadounidenses. No obstante, tal interés decrece, o se ve parcialmente ensombrecido, cuando se comprueba que la objeción de conciencia en Europa, especialmente en aquellos sistemas normativos donde los principios liberales han jugado un rol menor o durante un menor lapso temporal, como es el caso de España, la misma concepción o incluso virtualidad de la objeción de conciencia se ve negada o puesta claramente en entredicho. Por lo tanto, si el mismo concepto se considera peligroso, indeseable o contraproducente, como ocurre frecuentemente en España, es evidente que el estudio de las soluciones encontradas en otros ordenamientos, aunque sea para problemas similares, pierden parte de su interés y se muestra más problemática la traslación de conclusiones de un ordenamiento a otro. Antes de estimarse la utilidad de su estudio para trasladarse de unos supuestos a otros las soluciones encontradas, en un primer momento la doctrina estadounidense puede servir simplemente para demostrar que la aceptación de la objeción de conciencia, bien regulada e interpretada, puede conllevar más resultados positivos que negativos en el ámbito laboral.

Así, donde la *accommodation* encuentra un campo más fructífero en sin duda al tratar de la problemática del derecho a la libertad religiosa en el seno de la relación laboral como un instrumento capaz de alterar las circunstancias en que se ejecuta el contrato de trabajo, como algunos autores han apuntado ya de forma más o menos tímida.

Para definir el término "*accommodation*" es menester acudir a la doctrina estadounidense más autorizada. Así, recientemente se ha afirmado por parte de una de las voces más inquietas en dicha temática y desde el campo de la filosofía que "*accommodation means giving religious people a «break» in some area, for reasons of conscience - a dispensation from laws of general applicability, such as the military draft, or rules about years of schooling, or (...) the rules that govern state unemployment compensation. The guiding idea is that reasons of conscience are very important. In some cases, where public order and safety are not jeopardized, they make take precedence over laws that apply to all, so that people will not forced to violate their conscience*"¹⁷⁴⁷. Como se puede apreciar, y ya se ha avanzado anteriormente, la *accommodation* es aplicable a una gran variedad de situaciones que en España deberían analizarse utilizando un mayor número de conceptos. Así, de dicha definición se infiere que es de aplicación a las relaciones entre Administración y ciudadano; como en las relaciones entre privados, y entre ellas es de aplicación a las relaciones jurídicas surgidas entre empresario y trabajador. En tercer lugar, y como no puede ser de otro modo, se aprecia que aunque los derechos derivados de las convicciones, del tipo que sean, son muy relevantes en los Estados Unidos, donde existe una gran sensibilidad respecto a ellos¹⁷⁴⁸, dicha sensibilidad no implica que tales derechos puedan ser ejercidos de forma ilimitada. Al contrario, al igual que ocurre en Europa, el ejercicio de tales derechos implicarán la apreciación de límites, como es el orden público o la seguridad en un sentido amplio. Por ello, cabe resaltar que la aplicación de la *accommodation* requerirá de una tarea de ponderación de los derechos en conflicto muy parecida a la que se realiza habitualmente en España. Aunque formalmente las reglas del juego puedan parecer diferentes, en la práctica se puede apreciar que muchos de los principios utilizados y aspectos tenidos en cuenta son muy parecidos: buena fe de las partes, circunstancias concurrentes, propios actos, razonabilidad la posición de cada parte, gravamen que sufre cada parte como consecuencia de la limitación de su derechos, etc.

En definitiva, en muchas de las sentencias analizadas, ya sean las estadounidenses, ya sean las dictadas por órganos jurisdiccionales españoles, lo que se puede detectar es la noción de sentido común, una visión pragmática de cómo solucionar conflictos muchas veces de convivencia, de forma muy casuística y valorando todo el material probatorio al alcance para intentar desentrañar las razones del conflicto y cómo solucionarlo de la manera más óptima, sin sacrificar en demasía ningún derecho ni bien de los

¹⁷⁴⁷ NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, op. cit., p. 21.

¹⁷⁴⁸ Dicha sensibilidad puede localizarse, por ejemplo, en la interpretación de la Primera Enmienda: "*The First Amendment is a rule of complex equality. It does not distribute grace equally; indeed, it does not distribute it at all. Nevertheless, the wall that it raises has profound distributive effects. It makes, on the religious side, for the priesthood of all believers; that is, it leaves all believers in charge of their own salvation. They can acknowledge whatever ecclesiastical hierarchies they like, but the acknowledgement is theirs to give or refuse; it is not legally imposed or legally binding. And the wall makes, on the political side, for the equality of believers and non-believers, saints and worldlings, the saved and the damned: all are equally citizens; they possess the same set of constitutional rights. Politics is not dominant over grace nor grace over politics. I want to stress the second of these negative propositions. Americans are very sensitive to the first. The willingness to tolerate (religious) conscientious objection has its origin in that sensitivity, and it certainly suggests a significant forbearance by the political authorities. People who believe that the safety of their immortal souls depends upon avoiding any sort of participation in warfare are exempt from the draft. Though the state cannot guarantee immortality, it at least refrains from taking it away. The state does not nourish souls; nor does it kill them*". WALZER: *Spheres of justice...*, op. cit., pp. 245-246.

concurrentes. Dicho esto, sí que resulta evidente que el sistema norteamericano no sólo está más equipado que el español con décadas de experiencia tratando esta tipología de asuntos, y una mayor sensibilidad por parte de los órganos jurisdiccionales, y, cómo no, del mismo legislador. Y a ello cabe añadir una mayor implicación de las administraciones públicas, especialmente la federal, y un relevante rol de la sociedad civil, incluidas las confesiones religiosas¹⁷⁴⁹. Dicho diálogo no ha existido en España, para empezar por que ni siquiera existía democracia hasta el año 1978; y cuando han empezado a surgir los primeros conflictos que han alcanzado los tribunales, se ha intentado enfocar dichos conflictos como una mera cuestión de legalidad ordinaria sobreponderando los aspectos contractuales de la relación laboral. Tales aspectos resulta paradójicos, tal y cómo se argumentará a continuación.

Para empezar España no es un país donde el liberalismo haya gozado precisamente del mismo peso histórico que en los Estados Unidos o Inglaterra, donde por tal razón se le otorga una relevancia especial a la autonomía de la voluntad de las partes y al cumplimiento estricto de las obligaciones emanadas de ellas. Además, por contra, en España el Derecho del Trabajo ha sido objeto de un gran desarrollo dogmático situándolo a una gran distancia de la misma disciplina en los citados países de raigambre liberal. Y precisamente fruto de tal desarrollo la autonomía de la voluntad y la libertad de las partes para contratar la prestación de servicios han sido limitadas tradicionalmente en reconocimiento de la desigualdad existente entre empresario y trabajador¹⁷⁵⁰. Pues bien, resulta paradójico que teniendo en cuenta que España no ha sido un país de tradición liberal, y que en cambio sí que ha visto la necesidad de limitar la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de suscribir el contrato de trabajo, por razones obvias; cuando se confronta el derecho a la libertad religiosa con las obligaciones nacidas del contrato de trabajo y las circunstancias de la prestación de servicios, se valora expresamente y de forma a veces superior que en los países de raigambre liberal los principios que rigen la contratación: autonomía de la voluntad, *pacta sunt servanda*, cumplimiento de los pactos en los estrictos términos pactados, imposibilidad de alterar las condiciones de ejecución del contrato de forma sobrevenida si no existe la concurrencia de voluntad de ambas partes contratantes, etc.

¹⁷⁴⁹ En referencia a Estados Unidos se ha dicho lo siguiente: "*Desde los primeros años de la década de los sesenta, legislación y jurisprudencia, en unas ocasiones, y jurisprudencia y administración central, en otras, han abierto un diálogo entrecruzado cuyo objeto ha sido la búsqueda y elaboración de medidas dirigidas a compatibilizar, en el seno de la organización de empresa, el cumplimiento por el trabajador tanto de las obligaciones contractuales como de sus creencias y prácticas religiosas. La notable sensibilidad del sistema jurídico hacia esas cuestiones trae causa, muy probablemente, en el notable pluralismo de la sociedad norteamericana y en la histórica influencia de las creencias religiosas en el propio sistema político*". VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa...", en AAVV: *Las transformaciones del derecho...*, op. cit., p. 597. Como se demuestra en otros apartados del presente trabajo en el caso español sólo una confesión religiosa ha influenciado de forma continua el sistema político, empezando por los redactados de las sucesivas constituciones.

¹⁷⁵⁰ Una igualación meramente formal de la autonomía de la voluntad se puede observar en un bando del jefe político de Barcelona de 18 de septiembre de 1835: "*Así como el operario es libre de dejar el telar siempre y cuando le convenga, lo sea así también el fabricante de despedirlo cuando le convenga. Que siendo el trabajo del obrero un ajustamiento o convenio con el amo, puedan ambos ponerse mutuamente las condiciones que prefieran, las cuales, si no gustan a alguna de las partes, no puede obligarse a ninguna de ellas a realizar el contrato, quedando de esta forma libre el fabricante para dar el trabajo de la misma manera que el operario para aceptarlo*". Citado en DE LA VILLA GIL: *La formación histórica...*, op. cit., p. 67.

En los Estados Unidos es evidente que la contratación privada, sin injerencia de normas públicas o autoridades ajenas a las partes del contrato, forma parte nuclear del sentido tradicional del día a día de un país fuertemente imbuido por los principios liberales desde su misma fundación. Ahora bien, por el contrario, se puede apreciar que, a diferencia del caso español, la libertad de conciencia de las partes posee aún más relevancia; incluso por encima de la sacrosanta institución del contrato. De este modo, en ocasiones las obligaciones contractuales, tal y como fueron pactadas libremente por las partes, ceden en parte o totalmente frente al respeto de algo que es considerado más valioso, cual es el fuero interno de los ciudadanos; incluido el fuero interno de los trabajadores asalariados¹⁷⁵¹. Así, aunque el principio *pacta sunt servanda* sigue siendo muy relevante en el día a día del tráfico jurídico de los Estados Unidos, como ocurre en otros países de tendencia liberal como Canadá, y el trabajo conforma otro de los valores esenciales del *American way of life*¹⁷⁵²; lo cierto es que en ocasiones tales obligaciones han de ceder o atemperarse si concurren derecho más importantes, hay que proceder a veces a aplicar la *accommodation*. Así, se deja en evidencia que hay que diferenciar, aunque están íntimamente conectados en las relaciones *inter privatos*, el plano contractual del plano constitucional. Y aunque uno no puede neutralizar de forma automática e irreflexiva al otro, tampoco puede negarse que la operación de ponderación de los derechos y bienes en juego surgidos de uno y otro plano es una operación delicada, casuística y que requiere un gran sensibilidad, que es lo mismo que otorgar el precio, peso o valor adecuado a cada uno de los derechos.

A continuación se reproduce un fragmento de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo estadounidense en el que se aprecia la relevancia de la *accommodation* como figura que ayuda a garantizar los derechos más relevantes de la sociedad norteamericana y el rol que han de jugar los órganos jurisdiccionales al realizar una suerte de ponderación, a través de la realización de los ajustes que se consideren necesarios, dentro del límite de sus competencias. Se trata del caso *Jones v. Opelika*, 316 US 584 (1942)¹⁷⁵³: "*There are ethical principles of greater value to mankind than the guarantees of the Constitution, personal liberties which are beyond the power of government to impair. These principles and liberties belong to the mental and spiritual*

¹⁷⁵¹ El trabajo asalariado es especialmente valorado en los Estados Unidos y posiblemente por la gran influencia del cristianismo, a través de todas sus distintas denominaciones presentes ya desde el tiempo de las colonias, cualquier trabajo es considerado igual de honorable: "*In America no one is degraded because he works, for everyone about him works also; nor is anyone humiliated by the notion of receiving pay, for the President of the United States also works for pay. He is paid for commanding, other men for obeying orders. In the United States professions are more or less laborious, more or less profitable; but they are never either high or low: every honest calling is honourable*". DE TOCQUEVILLE: *Democracy...*, op. cit., p. 248.

¹⁷⁵² El trabajo, ya sea por cuenta propia, ya sea por cuenta ajena, goza en los Estados Unidos de un especial valor como ya apreció DE TOCQUEVILLE en su periplo por dicho país y como consecuencia de la valoración que posee el progreso de cada individuo por razón de su propio esfuerzo, por méritos propios y no por razón de su clase social o riqueza heredada: "*Among a democratic people, where there is no hereditary wealth, every man works to earn a living, or has worked, or is born of parents who have worked. The notion of labour is therefore presented to the mind, on every side, as the necessary, natural, and honest condition of human existence. Not only is labour not dishonorable among such a people, but it is held in honour; the prejudice is not against it, but in its favour*". DE TOCQUEVILLE: *Democracy...*, op. cit., p. 247.

¹⁷⁵³ Es fácil apreciar desde un punto de vista histórico que mientras el Tribunal Supremo hablaba del rol que debía jugar el juzgador en materia de libertad religiosa o respeto al derecho a la libertad de expresión, España estaba en plena postguerra (la contienda civil había terminado en 1939) y la Segunda Guerra Mundial hacía estragos por causa de los totalitarismos reinantes en Europa.

realm where the judgments and decrees of mundane courts are ineffective to direct the course of man. The rights of which our Constitution speaks have a more earthy quality. They are not absolutes to be exercised independently of other cherished privileges, protected by the same organic instrument. Conflicts in the exercise of rights arise, and the conflicting forces seek adjustments in the courts, as do these parties, claiming, on the one side, the freedom of religion, speech and the press, guaranteed by the Fourteenth Amendment, and, on the other, the right to employ the sovereign power explicitly reserved to the State by the Tenth Amendment to ensure orderly living without which constitutional guarantees of civil liberties would be a mockery. Courts, no more than Constitutions, can intrude into the consciences of men or compel them to believe contrary to their faith or think contrary to their convictions, but courts are competent to adjudge the acts men do under color of a constitutional right, such as that of freedom of speech or of the press or the free exercise of religion, and to determine whether the claimed right is limited by other recognized powers equally precious to mankind. So the mind and spirit of man remain forever free, while his actions rest subject to necessary accommodation to the competing needs of his fellows".

Otro aspecto a tener en cuenta es que el norteamericano, ya sea empresario, ya sea trabajador, ya sea un profesional liberal, ya sea incluso juez, es mucho más versátil y proclive al cambio, que sus equivalentes españoles. El hecho de ser parte de un país más joven, con tradiciones menos arraigadas, donde la historia "pesa" menos, donde el cambio constante es percibido como algo enriquecedor y origen de retos (no como causa de inseguridad o ansiedades), donde emprender y fracasar es visto como algo positivo (no como motivo de crítica) provoca que sean mucho más permeables al cambio, les causa menos pavor las innovaciones y la asunción de riesgos, les estresa menos la modificación de la filosofía de trabajo. Por dichas razones, la eventual traslación del instrumento de la *accommodation* o equivalente en España ha de encontrar necesariamente más reticencias y obstáculos a su aplicación por parte de todos los implicados, aunque a medio y largo plazo resulte muy beneficioso para todos ellos, tal y cómo han demostrado aquellos países donde dicha figura está al orden del día del tráfico jurídico-laboral¹⁷⁵⁴. Dejando al margen la figura de la *accommodation* es por todos sabido lo costoso de cambiar la cultura de una empresa u organización en España, o la enconada resistencia que produce el intento de cambiar las vetustas estructuras organizativas, o los métodos de trabajo que se consideren anticuados o ineficientes.

En los años 60 del siglo XX la jurisprudencia estadounidense dictó varias sentencias en las que se conoce de supuestos muy interesantes llegando a soluciones jurídicamente no menos interesantes. Uno de los temas tratados era el de la objeción de conciencia en

¹⁷⁵⁴ Sobre la manera de ser de los estadounidenses se ha expresado con razón: "*The inhabitants of the United States are never fettered by the axioms of their profession; they escape from all the prejudices of their present station; they are not more attached to one line of operation than to another; they are not more prone to employ an old method than a new one; they have no rooted habits, and they easily shake off the influence that the habits of other nations might exercise upon them, from a conviction that their country is unlike any other and that its situation is without a precedent in the world*". DE TOCQUEVILLE: *Democracy...*, op. cit., p. 209. Un pueblo sometido al cambio perpetuo desde su mismo nacimiento es obviamente más proclive a adaptarse de forma más rápida y satisfactoria a las modificaciones de las condiciones del trabajo, ya sea a través de un ajuste de dichas condiciones a las convicciones religiosas, ya sea por otras causas.

relación a las convicciones religiosas relacionadas con los días de descanso¹⁷⁵⁵. Un primer supuesto es el analizado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Braunfeld v. Brown*, 366 US 599 (1961). Varios ciudadanos judíos ortodoxos alegaron que una ley que les impedía comerciar en domingo, por razón de sus convicciones religiosas¹⁷⁵⁶, les colocaba en una posición económica desventajosa frente a comerciantes de otra religión¹⁷⁵⁷, y les obstaculizaba en el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa, pues sus convicciones consideraban la observancia del Sabbath como uno de sus aspectos esenciales, por lo que se les situaba en el dilema de abandonar dicha práctica, o bien debían poner en grave riesgo la viabilidad económica de sus negocios¹⁷⁵⁸. El Tribunal Supremo reconoció que existía una carga indirecta en el ejercicio de la religión, un sacrificio que debía ser asumido por los comerciantes creyentes, si bien entendió que dicha carga se ajustaba a los esquemas que diferencian entre libertad de creer y libertad de actuar¹⁷⁵⁹. Como en otras ocasiones, el problema se centró en si el Estado podía habilitar el domingo como día por defecto en el que el comercio y otras actividades, como la prestación de servicios laboral, no pueden llevarse a cabo. El

¹⁷⁵⁵ En relación a la objeción de conciencia al trabajo en días de descanso religioso se ha criticado que frente a la *dubitativa posición de la jurisprudencia europea, la norteamericana inicia una decidida posición tuitiva a partir de principios de los años sesenta del siglo pasado*. PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., p. 167.

¹⁷⁵⁶ En su condición de judíos ortodoxos los recurrentes respetaban estrictamente el Sabbath: "*Appellants are merchants in Philadelphia who engage in the retail sale of clothing and home furnishings within the proscription of the statute in issue. Each of the appellants is a member of the Orthodox Jewish faith, which requires the closing of their places of business and a total abstention from all manner of work from nightfall each Friday until nightfall each Saturday*".

¹⁷⁵⁷ Los comerciantes ya partían del hecho que al cerrar el sábado debían recuperar la facturación pérdida durante los domingos, pero con la aplicación de la ley que obligaba a cerrar los negocios los domingos dicha posibilidad quedaba vedada: "*Their complaint, as amended, alleged that appellants had previously kept their places of business open on Sunday; that each of appellants had done a substantial amount of business on Sunday, compensating somewhat for their closing on Saturday; that Sunday closing will result in impairing the ability of all appellants to earn a livelihood, and will render appellant Braunfeld unable to continue in his business, thereby losing his capital investment*".

¹⁷⁵⁸ "*Appellants contend that the enforcement against them of the Pennsylvania statute will prohibit the free exercise of their religion because, due to the statute's compulsion to close on Sunday, appellants will suffer substantial economic loss, to the benefit of their non-Sabbatarian competitors, if appellants also continue their Sabbath observance by closing their businesses on Saturday; that this result will either compel appellants to give up their Sabbath observance, a basic tenet of the Orthodox Jewish faith, or will put appellants at a serious economic disadvantage if they continue to adhere to their Sabbath. Appellants also assert that the statute will operate so as to hinder the Orthodox Jewish faith in gaining new adherents*".

¹⁷⁵⁹ La más que discutible argumentación seguida por el Tribunal para desestimar la pretensión de los comerciantes judíos fue la siguiente: "*the statute at bar does not make unlawful any religious practices of appellants; the Sunday law simply regulates a secular activity and, as applied to appellants, operates so as to make the practice of their religious beliefs more expensive. Furthermore, the law's effect does not inconvenience all members of the Orthodox Jewish faith, but only those who believe it necessary to work on Sunday. And even these are not faced with as serious a choice as forsaking their religious practices or subjecting themselves to criminal prosecution. Fully recognizing that the alternatives open to appellants and others similarly situated - retaining their present occupations and incurring economic disadvantage or engaging in some other commercial activity which does not call for either Saturday or Sunday labor - may well result in some financial sacrifice in order to observe their religious beliefs, still the option is wholly different than when the legislation attempts to make a religious practice itself unlawful*". Sobre el caso comentado se puede examinar PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 168-169, nota al pie 388.

Tribunal entiende que el Estado está plenamente legitimado para ello¹⁷⁶⁰. Ante tal razonamiento restrictivo del Derecho a la libertad religiosa, se erige un voto disidente que opina, con grandes dosis de razonabilidad, que el efecto práctico de la argumentación del Tribunal conlleva que los comerciantes judíos deban escoger entre sus convicciones, o mantener de forma viable sus negocios, una situación del todo inaceptable desde el punto de vista constitucional¹⁷⁶¹.

De hecho, el Tribunal Supremo resolvió dos casos, uno de Pensilvania y otro de Maryland, que ponían en cuestión las denominadas *Sunday closing laws* (también denominadas *Sunday blue laws*). En ambos casos el *Chief Justice* Earl Warren (1891-1971) opinó que las leyes constituían más una regulación del bienestar general que un símbolo de favoritismo sectario. Asimismo, afirmó que dichas leyes imponían “*only an indirect burden upon the free exercise of religion*” y cumplían los parámetros de constitucionalidad.

En la sentencia dictada en el primer caso, *McGowan v. Maryland*, 366 US 420 (1961), disintió el juez Williams O. Douglas (1898-1980), quien opinó que los derechos constitucionales no podían depender de la existencia de una mayoría de cierto credo. Dicha sentencia es interesante al compilar la legislación en relación a la prohibición de trabajar o realizar actividades comerciales en domingo desde la Inglaterra del siglo XIII, pasando por la legislación de las colonias norteamericanas, hasta la normativa actual de los Estados Unidos.

En el segundo caso, *Brownfield v. Brown*, 366 US 599 (1961), disintió el juez Potter Stewart (1915-1985) en los siguientes términos: “*Pennsylvania has passed a law which compels an Orthodox Jew to choose between his religious faith and his economical survival. This is a cruel choice*”¹⁷⁶².

Una sentencia muy relevante en la materia aquí tratada es la dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Sherbert v. Verner*, 374 US 398 (1963). En dicha sentencia se examina el supuesto de una adventista que se negó a trabajar los sábados al ver ampliada su jornada por la empresa. Por las mismas razones no encontró otro puesto de trabajo en otra empresa, cosa por la cual solicitó la prestación por desempleo, que le fue denegada por la Administración por entender los motivos religiosos no pueden justificar el rechazo de una oferta de trabajo.

¹⁷⁶⁰ Entre otros argumentos, el Tribunal afirma lo siguiente: “*reason and experience teach that to permit the exemption might well undermine the State's goal of providing a day that, as best possible, eliminates the atmosphere of commercial noise and activity. Although not dispositive of the issue, enforcement problems would be more difficult since there would be two or more days to police, rather than one, and it would be more difficult to observe whether violations were occurring*”.

¹⁷⁶¹ Así, el voto disidente se expresa en los siguientes términos: “*the laws do not say that appellants must work on Saturday. But their effect is that appellants may not simultaneously practice their religion and their trade without being hampered by a substantial competitive disadvantage. Their effect is that no one may, at one and the same time, be an Orthodox Jew and compete effectively with his Sunday-observing fellow tradesmen. This clog upon the exercise of religion, this state-imposed burden on Orthodox Judaism, has exactly the same economic effect as a tax levied upon the sale of religious literature*”.

¹⁷⁶² GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious history...*, op. cit., p. 353.

De dicha sentencia, en la que intervino el juez William Brennan (1906-1997) se desprenden las tres conclusiones siguientes¹⁷⁶³:

- 1) Una norma jurídica secular o neutral, eso es, no dirigida a discriminar explícitamente los miembros de una concreta confesión, puede indirectamente vulnerar el derecho a la libertad religiosa.
- 2) No se ajusta al derecho de libertad religiosa una legislación que obligue al ciudadano a optar entre seguir sus convicciones religiosas u obviarlas para conseguir un empleo.
- 3) Sólo un interés del Estado apremiante podría justificar el gravamen que se hace recaer sobre el derecho a la libertad religiosa. Se trata de la noción de *compelling state interest*.

Asimismo, se constata que la legislación privilegia a los ciudadanos que observan el domingo como festivo. El Tribunal sitúa la cuestión del siguiente modo: "*We must next consider whether some compelling state interest enforced in the eligibility provisions of the South Carolina statute justifies the substantial infringement of appellant's First Amendment right. It is basic that no showing merely of a rational relationship to some colorable state interest would suffice; in this highly sensitive constitutional area, «[o]nly the gravest abuses, endangering paramount interests, give occasion for permissible limitation» Thomas v. Collins, 323 U. S. 516, 323 U. S. 530*".

La decisión del caso *Sherbert v. Verner* iba más allá de la doctrina *Braunfeld v. Brown*: no sólo es inconstitucional la acción que vulnera directamente el derecho a la libertad religiosa, también la vulneración indirecta de tal derecho. Si bien sólo un interés gubernamental prevalente justificaría el gravamen, la carga del interés público y su lesión recae sobre la Administración. La medida de la lesión del interés estatal sería el impacto que sobre el mismo produciría la exención de la conducta religiosa, no la relevancia del interés en sí. El *Sherbert test* introducido por dicha sentencia, y que sería aplicado en posteriores sentencias¹⁷⁶⁴, consistiría en la operación del Tribunal relativa a "*normativas o prácticas administrativas de carácter neutral y secular que, sin embargo, entran en conflicto con los mandatos de una particular religión por exigir del creyente una acción que su confesión le prohíbe o la omisión de una conducta que debe realizar por imperativo religioso*". Así, pues, el escrutinio "*supone la valoración de dos intereses en juego, de modo que el estatal vence cuando puede demostrar su carácter esencial o poderosos, sin que existan otras alternativas para el logro de ese fin*"¹⁷⁶⁵.

La doctrina sentada en dicha sentencia no sólo ha gozado de una gran cantidad de comentarios de juristas de todos los continentes, sino que además ha dividido la doctrina estadounidense entre sus defensores y sus detractores, lo que ha provocado sucesivos vaivenes jurisprudenciales e incluso ha guiado la tarea del legislador¹⁷⁶⁶. En todo caso, es una muestra más de la sensibilidad de los estadounidenses para con la conciencia de

¹⁷⁶³ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 168-171. Asimismo vid. GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious history...*, op. cit., pp. 353-354. También NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia...*, op. cit., pp. 424-429.

¹⁷⁶⁴ Sobre la doctrina *Sherbert* en casos posteriores vid. NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, op. cit., pp. 135 y siguientes.

¹⁷⁶⁵ RUBIO LÓPEZ: *La primera de las libertades...*, op. cit., pp. 248-273.

¹⁷⁶⁶ "*Thus Sherbert left many difficult problems to resolve. Nonetheless, it was a major achievement, suggesting a test that shaped legal reasoning for decades, and that still seems wise today. Subsequent developments show that the Sherbert approach currently has the overwhelming support of the American people*". NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, op. cit., p. 139.

cada individuo; en este caso además en relación con el poder público y las normas de aplicación general, no respecto a relaciones *inter privatos*. Así pues, el escaso sacrificio de los implicados es un precio que vale la pena pagar si se contrapone al derecho en juego; una idea que ha de retenerse, ya que es de plena aplicación a las operaciones de ponderación que se realizan en el ordenamiento español¹⁷⁶⁷.

Como principio, no es lícito hacer cargar al ciudadano con el dilema de escoger entre sus convicciones o una prestación por desempleo; o entre las convicciones religiosas y el puesto de trabajo; especialmente cuando ese dilema sólo surge cuando se es miembro de una confesión minoritaria¹⁷⁶⁸. El citado dilema es descrito por el Tribunal estadounidense en los siguientes términos: "*Here, not only is it apparent that appellant's declared ineligibility for benefits derives solely from the practice of her religion, but the pressure upon her to forego that practice is unmistakable. The ruling forces her to choose between following the precepts of her religion and forfeiting benefits, on the one hand, and abandoning one of the precepts of her religion in order to accept work, on the other hand. Governmental imposition of such a choice puts the same kind of burden upon the free exercise of religion as would a fine imposed against appellant for her Saturday worship*".

Una muestra de la influencia de la doctrina *Sherbert* fuera de las fronteras de los Estados Unidos, y concretamente sobre su influencia en España, puede localizarse en la STC 166/1996, de 28 de octubre (BOE 3 de diciembre de 1996) en materia de prestación sanitaria. Dicha sentencia discute una vez más la problemática causada por la negativa de los Testigos de Jehová a verse sometidos a transfusiones de sangre. Y en dicha sentencia, se discute hasta dónde deben llegar los médicos y los hospitales públicos de la Seguridad Social a la hora de adaptarse a dichas creencias, incluida la licitud de los médicos de negarse a realizar operaciones quirúrgicas en tales circunstancias (condicionamiento técnico de los facultativos con motivo de las convicciones religiosas del paciente). Al respecto la sentencia afirma que "*es cierto que al garantizar el art. 16.1 CE la libertad religiosa y al declararse la aconfesionalidad del Estado en el núm. 3, del mismo precepto, no se desentiende por ello del problema, sino que, conforme se añade en el mismo núm. 3, «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones»*". De ahí que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa disponga que para la aplicación real y efectiva de ese derecho, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos (art. 2.3). Pero de estas obligaciones del Estado y de otras tendentes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también

¹⁷⁶⁷ Dicha relación vertical entre ciudadano y Administración es puesta de relieve en conexión con los sacrificios: "*Garanting unemployment benefits to people like Mrs. Sherbert involves no hardship or unfairness to other individuals; and the right drain on the public treasury is a small price to pay for the accommodation*". GREENWALT: *Conflicts of law...*, op. cit., pp. 334-335.

¹⁷⁶⁸ "*Mrs. Sherbert had clearly suffered a burden: unlike adherents of mainstream Christianity, she was forced to make a choice between violating her religion and forfeiting her benefits. To make a religious violation a condition of receiving a benefit, the court argued, is like fining someone for Saturday worship. The Court observes that adherents of the majority religion have been spared such horrible dilemmas: when Sunday work was authorised during the war, South Carolina explicitly stated that employees might refuse such work for reasons of conscience, with no penalty at all, not even to seniority or promotion*". NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, op. cit., p. 137.

obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias" (Fundamento Jurídico Cuarto). La influencia del caso *Sherbert* se puede identificar en el breve voto particular de dicha sentencia, y que es partidario de la concesión del amparo solicitado, que finaliza su argumentación en el siguiente sentido: "El presente caso nos sitúa ante un acto de los poderes públicos impeditivo del mantenimiento de las creencias religiosas del recurrente, existiendo además una relación de causalidad entre la negativa de la Administración, que los órganos jurisdiccionales han confirmado, y la conducta del recurrente frente a aquélla, dirigida a mantener esas creencias. Lo que ha generado, por concurrir los requisitos expuestos en la STC 120/1990, una lesión del derecho fundamental que el art. 16 CE reconoce"¹⁷⁶⁹.

Compárese la doctrina transcrita de la posición mayoritaria del Tribunal Constitucional español, ciertamente inflexible en esta materia respecto a una eventual acomodación por razones religiosas¹⁷⁷⁰, con el siguiente posicionamiento del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Sherbert*: "In holding as we do, plainly we are not fostering the «establishment» of the Seventh-day Adventist religion in South Carolina, for the extension of unemployment benefits to Sabbatarians in common with Sunday worshippers reflects nothing more than the governmental obligation of neutrality in the face of religious differences, and does not represent that involvement of religious with secular institutions which it is the object of the Establishment Clause to forestall. (...) Nor does the recognition of the appellant's right to unemployment benefits under the state statute serve to abridge any other person's religious liberties. Nor do we, by our decision today, declare the existence of a constitutional right to unemployment benefits on the part of all persons whose religious convictions are the cause of their unemployment. This is not a case in which an employee's religious convictions serve to make him a nonproductive member of society. Finally, nothing we say today constrains the States to adopt any particular form or scheme of unemployment compensation. Our holding today is only that South Carolina may not constitutionally apply the eligibility provisions so as to constrain a worker to abandon his religious convictions respecting the day of rest". Como se puede apreciar a simple vista, el tribunal estadounidense es partidaria de cierta flexibilidad, los límites son parte también de su razonamiento, en la relación entre poderes públicos (conformados en su actuación legislativa por las mayorías) y los ciudadanos de convicciones minoritarias.

No obstante, la garantía del derecho a la libertad religiosa en el contexto laboral en los Estados Unidos no sólo está condicionada por la aplicación de la figura de la *accommodation* por parte los órganos jurisdiccionales, sino que la Administración y el legislador también juegan roles importantes. Así, en 1964 se creó en los Estados Unidos

¹⁷⁶⁹ "Un cotejo entre el voto particular de la STC 166/1996 y la opinión mayoritaria en la sentencia *Sherbert* evidencia la influencia de ésta sobre aquél. Afirmar, como hizo el mencionado voto particular, que se produce una lesión al derecho de libertad religiosa cuando existe una relación causal entre el acto del poder público y la conducta del titular del derecho equivale, con otras palabras, a sostener que las normas que gravan indirectamente el ejercicio de la libertad religiosa vulneran el derecho mismo". VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa...", en AAVV: *Las transformaciones del derecho...*, op. cit., pp. 580-581.

¹⁷⁷⁰ En dicho sentido se ha criticado que con la doctrina contenida en dicha sentencia "sembla cancel·lar-se qualsevol possibilitat d'acomodació econòmica sobre la base d'unes creences religioses. Però encara hi ha més: es manté un concepte d'igualtat religiosa uniforme, incapaç de resoldre els efectes adversos que provoquen les discriminacions indirectes". SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO: *Musulmans a Catalunya...*, op. cit., p. 43.

de América la *Equal Employment Opportunity Commission en aplicación de la Civil Rights Act*. Dicho organismo se encargó desde un principio de los conflictos ocasionados en las relaciones laborales en observancia del Sabbath. Para dicho organismo, en el año 1966, el empresario era libre de fijar turnos de trabajo del modo que estimara conveniente, pero había de adaptarse a las necesidades religiosas de los trabajadores si dicha adaptación podía realizarse “*without serious inconvenience to the conduct of the business*”. En 1968 el citado organismo público sustituyó dicho concepto por el más célebre de “*undue hardship*”.

Antes de que entrara en vigor la “enmienda Randolph”, a la que se hará referencia a continuación, el Tribunal Supremo resolvió el caso *Dewey v. Reynolds Metals Co.*, 502 US 689 (1971). En dicho asunto el empresario ofreció al trabajador como acomodación que buscara por su cuenta un sustituto para que dicho trabajador no tuviera que prestar servicios en sábado, cosa que colisionaba con su conciencia. El Tribunal Supremo entendió que la acomodación ofrecida era razonable, ya que las directrices del EEOC no poseían fuerza de ley, razón por la cual se enmendó la ley. En 1972 se impulsó la anterior política a través de la denominada “enmienda Randolph”. Según dicha enmienda “*the term «religion» includes all aspects of religious observance and practice as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee’s or prospective employee’s religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer’s business*”¹⁷⁷¹. Como se puede comprobar, entran en juego dos conceptos que pueden ser de relevancia a la hora de realizar operaciones de ponderación de bienes y derechos en el ámbito laboral:

- 1) La adaptación, acomodación o ajuste razonable (*reasonable accommodation*).
- 2) El gravamen indebido o excesivo (*undue hardship*).

En el presente apartado, y en el resto de la investigación se hace referencia especialmente a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el ámbito federal, pero naturalmente la jurisprudencia “menor” no es menos rica e interesante en relación a la figura de la *accommodation*. Es el caso, por ejemplo, del caso *Drapper v. United States Pipe and Foundry Co.* 527 F.2d 515 (6th Circ. 1976). La sentencia dictada por un tribunal inferior (Corte Federal de Apelación) conoció de un asunto en que un trabajador perteneciente a una “nueva religión” (*Worldwide Church of God*) se negó a trabajar el sábado y fue despedido por dicha causa (ausencias injustificadas al puesto de trabajo). El empresario había ofrecido la posibilidad de ser transferido a un puesto de trabajo en el que no se prestaba servicios los sábados. Ahora bien, dicho puesto suponía una disminución de categoría y salario. El Tribunal otorgó la razón al trabajador y enfatizó¹⁷⁷²:

- 1) Un cambio de puesto de trabajo en otras circunstancias sería suficiente como acomodación. No obstante, no es razonable que el trabajador pierda su categoría, vea disminuido su salario y encima no se garantice que en un futuro el trabajador no deberá prestar servicios en sábado. El empresario debe intentar realizar la acomodación en la misma categoría profesional. Si no es posible o se provoca al empresario un gravamen irrazonable (*undue hardship*) puede optarse por la oferta realizada finalmente por la empresa.

¹⁷⁷¹ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 159-164.

¹⁷⁷² PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 171-173.

2) El gravamen irrazonable no es cualquier onerosidad, dificultad o molestia, o una disfunción en el desarrollo del trabajo (“*undue hardship is greater than hardship*”).

Otro caso interesante conocido por un tribunal inferior es caso *Reid v. Memphis Publishing Company*, 369 F.Supp. 684 (W.D.Tenn. 1973), 521 F. 2d 512 (6th Cir. 1975). Un adventista intenta imponer como condición previa a la contratación como corrector de originales en la imprenta de un periódico tener todos los sábados libres. La naturaleza del puesto de trabajo impide acceder a su petición¹⁷⁷³. En el caso español tal postura vendría amparado por el principio de buena fe que preside las obligaciones contractuales y especialmente la ejecución de las obligaciones laborales: si un trabajador es contratado como médico para realizar interrupciones voluntarias del embarazo en una clínica abortista, posteriormente, si no existe una razón de peso, no puede negarse a ejecutar el contrato de trabajo por no ser acorde sus funciones como facultativo con sus convicciones religiosas. Una cuestión más problemática ocurriría si durante la ejecución del contrato de trabajo el trabajador cambiara de convicciones y las nuevas convicciones le impidieran cumplir el contrato que fue suscrito anteriormente según un escenario distinto.

En el caso *Williams v. Southern Union Gas Company*, 529 F 2d 483 (10th Cir. 1976) se recuerda uno de los límites de la acomodación razonable. La acomodación debe adecuarse a un servicio público como es el suministro del gas. La empresa siempre había ayudado al trabajador a cumplir sus prescripciones religiosas, hasta que se produjo una emergencia en sábado, que provocó el despido de dicho trabajador. La acomodación razonable se perfila como un concepto flexible¹⁷⁷⁴.

Una sentencia posterior del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y en el que se aplica la teoría de la *accommodation* es la relativa al caso *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 US 63 (1977). En dicho caso se examina un supuesto de cambio sobrevenido de convicciones religiosas. Con posterioridad a la contratación el trabajador se adhiere a una “nueva religión” (*Worldwide Church of God*). Como sus convicciones religiosas no le permiten trabajar en sábado, la empresa le cambia de puesto de trabajo. El trabajador solicita un nuevo puesto de trabajo, lo que le obliga a trabajar en sábado si quiere permanecer en la empresa. El sindicato es quien organiza los turnos de trabajo según las necesidades de la empresa. Dicho sindicato se niega a alterar el sistema de antigüedad establecido y el trabajador es despedido. El trabajador había ofrecido tres alternativas a la empresa. Por su lado, la empresa hizo lo posible, sin éxito, para acomodar al trabajador dentro del sistema de antigüedad establecido, un sistema objetivo, bilateral (pactado con los trabajadores) y no arbitrario que intentaba conciliar en lo posible la elección del día de descanso semanal por parte del trabajador y las necesidades organizativas de la empresa. La sentencia es restrictiva en relación a posicionamientos anteriores: “*The Court of Appeals also suggested that TWA could have permitted Hardison to work a four-day week if necessary in order to avoid working on his Sabbath. Recognizing that this might have left TWA short-handed on the one shift each week that Hardison did not work, the court still concluded that TWA would suffer no undue hardship if it were required to replace Hardison either with supervisory personnel or with qualified personnel from other departments. Alternatively, the Court of Appeals suggested that TWA could have replaced Hardison on his Saturday shift with other available*

¹⁷⁷³ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., p. 183, nota al pie 415.

¹⁷⁷⁴ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 177-178.

employees through the payment of premium wages. Both of these alternatives would involve costs to TWA, either in the form of lost efficiency in other jobs or higher wages. To require TWA to bear more than a *de minimis* cost in order to give Hardison Saturdays off is an undue hardship. Like abandonment of the seniority system, to require TWA to bear additional costs when no such costs are incurred to give other employees the days off that they want would involve unequal treatment of employees on the basis of their religion. By suggesting that TWA should incur certain costs in order to give Hardison Saturdays off, the Court of Appeals would, in effect, require TWA to finance an additional Saturday off and then to choose the employee who will enjoy it on the basis of his religious beliefs. While incurring extra costs to secure a replacement for Hardison might remove the necessity of compelling another employee to work involuntarily in Hardison's place, it would not change the fact that the privilege of having Saturdays off would be allocated according to religious beliefs. As we have seen, the paramount concern of Congress in enacting Title VII was the elimination of discrimination in employment. In the absence of clear statutory language or legislative history to the contrary, we will not readily construe the statute to require an employer to discriminate against some employees in order to enable others to observe their Sabbath". Así, como se puede comprobar el Tribunal entiende que la empresa ha actuado correctamente y que un límite de la *accommodation* es realizar ajustes que comporten la discriminación de otros trabajadores¹⁷⁷⁵.

Es de destacar que la sentencia contiene votos disidentes, que entienden que la ley es aparentemente neutral, ya que está pensada para la mayoría de la sociedad, que adopta el domingo como día de descanso. Así, opinan que la imposición del descanso en domingo es inconstitucional; frente al parecer de que aun poseyendo un origen religioso, hoy goza de una finalidad ajena a la religión, como es establecer un día de descanso común para todos los ciudadanos¹⁷⁷⁶. Una de las opiniones discrepantes evidencia que no se puede situar al trabajador en la tesitura de escoger entre el trabajo y sus convicciones religiosas: "*Today's decision deals a fatal blow to all efforts under Title VII to accommodate work requirements to religious practices. The Court holds, in essence, that, although the EEOC regulations and the Act state that an employer must make reasonable adjustments in his work demands to take account of religious observances, the regulation and Act do not really mean what they say. An employer, the Court concludes, need not grant even the most minor special privilege to religious observers to enable them to follow*

¹⁷⁷⁵ Una de las opiniones disidentes rebate dicha tesitura entre acomodación y discriminación en los siguientes términos: "*With respect to each of the proposed accommodations to respondent Hardison's religious observances that the Court discusses, it ultimately notes that the accommodation would have required «unequal treatment» ante at 432 U. S. 81, 432 U. S. 84-85, in favor of the religious observer. That is quite true. But if an accommodation can be rejected simply because it involves preferential treatment, then the regulation and the statute, while brimming with «sound and fury» ultimately «signif[y] nothing». The accommodation issue by definition arises only when a neutral rule of general applicability conflicts with the religious practices of a particular employee. In some of the reported cases, the rule in question has governed work attire; in other cases, it has required attendance at some religious function; in still other instances, it has compelled membership in a union; and in the largest class of cases, it has concerned work schedules. What all these cases have in common is an employee who could comply with the rule only by violating what the employee views as a religious commandment. In each instance, the question is whether the employee is to be exempt from the rule's demands. To do so will always result in a privilege being "allocated according to religious beliefs," ante at 432 U. S. 85, unless the employer gratuitously decides to repeal the rule in toto. What the statute says, in plain words, is that such allocations are required unless «undue hardship» would result".*

¹⁷⁷⁶ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 173-177.

*their faith. As a question of social policy, this result is deeply troubling, for a society that truly values religious pluralism cannot compel adherents of minority religions to make the cruel choice of surrendering their religion or their job*¹⁷⁷⁷.

En dicha época los tribunales inferiores se hicieron eco y resolvieron supuestos tan relevantes como lo que se expresan a continuación, todas ellas controversias que pueden ser cada vez más habituales en los puestos de trabajo españoles. En el caso *Jordan v. North Carolina National Bank*, 565 F.2d 72 (4th Cir. 1977) el tribunal no atiende la petición de una candidata a un puesto de trabajo (adventista) que impone como condición disfrutar todos los sábados libres. Tal imposición se considera por el Tribunal que supone un gravamen indebido para el empresario¹⁷⁷⁸.

En el caso *Redmond v. GAF Corp.*, 574 F.2d 897 (7th Cir. 1978) se examina un supuesto en el que un testigo de Jehová era el encargado de impartir las clases de estudio de la Biblia a otros miembros de la confesión los domingos. Las clases fueron trasladadas al sábado entrando en conflicto con la jornada laboral pactada con la empresa. Para el Tribunal la obligación religiosa del trabajador ha de ser protegida¹⁷⁷⁹.

En el caso *Wren v. Time DC Inc.*, 595 F.2d 441 (9th Cir. 1979) se examina un supuesto en el que un repartidor es miembro de una "nueva religión" (*Worldwide Church of God*), razón por la cual no puede trabajar desde el atardecer del viernes hasta el amanecer del domingo. Por tal razón, la empresa fijó el turno del trabajador durante tres años de forma que fuera compatible con sus convicciones. No obstante, por razones de crisis económica la empresa tuvo que despedir a muchos trabajadores y no quedó otro remedio que obligar al trabajador a prestar servicios en sábado. El trabajador fue despedido por ausencias injustificadas al puesto de trabajo. En el presente caso el Tribunal falló a favor de la empresa, ya que realizar una acomodación razonable le obligaba a contratar trabajadores nuevos, lo que suponía un gravamen indebido para dicha empresa (*undue hardship*)¹⁷⁸⁰.

En el caso *Minkus v. Metropolitan Sanitary District*, 600 F.2d 80 (7th Cir. 1979) se conoce un caso que las Administraciones públicas deberían evitar en lo posible. Se fijó una oposición pública a realizarse en sábado para cubrir plazas de administrativo. Un ciudadano judío ultraortodoxo solicitó realizar las pruebas cualquier otro día. El Tribunal le dio la razón al candidato, pues es razonable y poco gravoso que el órgano de selección a la hora de convocar las pruebas tenga en cuenta las convicciones religiosas de los miembros de la comunidad donde se realizan¹⁷⁸¹.

¹⁷⁷⁷ Incidiendo en la difícil postura de elegir entre trabajo y convicciones uno de los votos disidentes se expresa en términos tan enérgicos como los siguientes: "*What makes today's decision most tragic, however, is not that respondent Hardison has been needlessly deprived of his livelihood simply because he chose to follow the dictates of his conscience. Nor is the tragedy exhausted by the impact it will have on thousands of Americans like Hardison who could be forced to live on welfare as the price they must pay for (...) worshiping their God. The ultimate tragedy is that despite Congress' best efforts, one of this Nation's pillars of strength - our hospitality to religious diversity - has been seriously eroded. All Americans will be a little poorer until today's decision is erased. I respectfully dissent*".

¹⁷⁷⁸ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., p. 183, nota al pie 414.

¹⁷⁷⁹ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 178-179.

¹⁷⁸⁰ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 180-181.

¹⁷⁸¹ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 181-183.

La jurisprudencia norteamericana no sólo analiza supuestos en los que está en juego la libertad religiosa de beneficiarios de la Seguridad Social o de trabajadores, sino que también hay algunos casos, aunque menos, en los que se analiza la libertad religiosa del empresario. En el caso *United States v. Lee*, 455 US 252 (1982) el Tribunal Supremo dictó una sentencia en la que se examina un supuesto en el que un empresario miembro de la *Old Order Amish* se negó a retener a sus trabajadores los importes correspondientes a la Seguridad Social por la interpretación que realiza dicha comunidad de una epístola de San Pablo (I Timoteo 5, 8). Para la comunidad Amish es inmoral no sustentar a los ancianos y necesitados de la comunidad¹⁷⁸². Tal auxilio debe ser realizado por un miembro de la comunidad, no por el Estado. Asimismo, el empresario se negó a satisfacer su cuota como tal empresario autónomo. Así, el empresario defendió la conciencia propia y, al mismo tiempo, la de sus trabajadores. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos entendió que en dicho caso existía una colisión entre la conciencia del empresario y la de sus trabajadores con la vitalidad del sistema fiscal aplicado a la Seguridad Social. En opinión del Tribunal de aceptarse las alegaciones del empresario resultaría dañado seriamente el interés estatal en materia de Seguridad Social, si de esta exención surgieran otras con motivo de creencias religiosas. Así, ha de tenerse en cuenta que la Seguridad Social se nutre de contribuciones obligatorias nacidas de normas de naturaleza pública y aplicación general¹⁷⁸³.

Las exenciones a normas jurídicas no deben otorgarse siempre que su aplicación conlleve una limitación a la libertad religiosa, sino que debe tenerse en cuenta la participación voluntaria de los sujetos, creyentes o no, en el mundo del comercio y del trabajo. Cuando dicha participación voluntaria se produce, deben aceptarse los condicionamientos y límites que dichos ámbitos imponen¹⁷⁸⁴, pero que no son debidos a

¹⁷⁸² Los Amish (*Old Order Amish*) es una pequeña secta que encuentra sus orígenes en el movimiento anabaptista suizo y alemán. Aunque en ocasiones son confundidos con los menonitas, realmente se escindieron de ellos en el siglo XVIII por entender que eran demasiado mundanos. Perseguidos en Europa, se refugiaron en Pennsylvania. A partir de entonces se establecieron en otros Estados, como es el caso de Wisconsin y Ohio. Llevan una vida rural voluntariamente alejada del mundo moderno. Hoy en día hay unos 180.000 miembros Amish en Estados Unidos, de los cuales menos de la mitad pertenecen a la *Old Order Amish Church*, una de las cuatro sectas más estrictas que forman los Amish. Son contrarios a contribuir a la Seguridad Social o al sistema de salud; y rehúyen toda participación en política o en las tareas legislativas. No utilizan coche, ni teléfonos, ni electricidad. No obstante, son conocidos por su prosperidad económica y su productividad. Sus creencias se basan en la solidaridad comunitaria y en un pacifismo radical. NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, *op. cit.*, p. 141. Su estilo de vida y elementos característicos son analizados, por ejemplo, en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 US 205 (1972), en la que se discute la obligación de que los menores asistan a clase.

¹⁷⁸³ El Tribunal Supremo se expresa en los siguientes términos: "*Because the social security system is nationwide, the governmental interest is apparent. The social security system in the United States serves the public interest by providing a comprehensive insurance system with a variety of benefits available to all participants, with costs shared by employers and employees. The social security system is by far the largest domestic governmental program in the United States today, distributing approximately \$11 billion monthly to 36 million Americans. The design of the system requires support by mandatory contributions from covered employers and employees. This mandatory participation is indispensable to the fiscal vitality of the social security system*".

¹⁷⁸⁴ "*When followers of a particular sect enter into commercial activity as a matter of choice, the limits they accept on their own conduct as a matter of conscience and faith are not to be superimposed on the statutory schemes which are binding on others in that activity. Granting an exemption from social security taxes to an employer operates to impose the employer's religious faith on the employees. Congress drew a line in § 1402(g), exempting the self-employed Amish but*

una actitud hostil a las convicciones religiosas, sino a la dinámica inherente al tráfico económico y comercial¹⁷⁸⁵.

En el caso *Estate of Thornton v. Caldor*, 472 US 703 (1985) el Tribunal Supremo analiza el supuesto en que se ve implicado un trabajador presbiteriano que realiza una observación estricta del domingo. Se trata de un trabajador que presta servicios en un comercio, que siempre cerraba los domingos. En un momento determinado la ley es reformada y la empresa le requiere, junto con otros trabajadores, para que trabaje algunos domingos cada mes. El trabajador presta servicios durante algunos domingos, hasta que se niega a ello y solicita una exención prevista legalmente en un norma estatal (Estado de Connecticut). El empresario le ofrece varias opciones para ajustar la situación a sus creencias, pero el trabajador las rechaza y dimite al cabo de poco tiempo. El Tribunal Supremo declara la ley estatal que exime al trabajador contraria a la Primera Enmienda. Dicha ley está redactada en los siguientes términos: "*No person who states that a particular day of the week is observed as his Sabbath may be required by his employer to work in such day. An employee's refusal to work in his Sabbath shall not constitute grounds for his dismissal*". En opinión del Tribunal el Estado no ha sido neutral, pues se dota a los trabajadores con convicciones religiosas de un derecho ilimitado a designar su día de descanso semanal, con eventual perjuicio de empresarios y de los otros trabajadores, ya que se impone una *accommodation* casi sin límites y que no tiene en cuenta los otros derechos y bienes en juego¹⁷⁸⁶.

Un Tribunal inferior conoció del caso *Protos v. Volkswagen of America*, 797 F.2d 129 (3rd Cir. 1986). Una trabajadora es miembro de una "nueva religión" (*Worldwide Church of God*) y presta servicios de lunes a viernes. La empresa decide que trabaje también los sábados, extremo al que se opone la trabajadora manifestando sus creencias religiosas. La empresa intenta cambiar a la trabajadora de puesto de trabajo, pero tal cambio se opone al denominado *seniority system*, por lo que el sindicato rechaza tal cambio. La trabajadora es despedida por no trabajar los sábados. Para el tribunal la empresa hubiera tenido que acomodar el puesto de trabajo, ya que la trabajadora demostró que podía ser sustituida los sábados por otros trabajadores sin perjuicio para la empresa (la trabajadora prestaba servicios en una cadena de montaje). En opinión de la empresa la adaptación de los días de descanso a las convicciones religiosas de los trabajadores discrimina a otros trabajadores que también quisieran librar ciertos días de la semana para fines legítimos, como puede ser cuidar de la familia. El Tribunal opone como argumento que se

not all persons working for an Amish employer. The tax imposed on employers to support the social security system must be uniformly applicable to all, except as Congress provides explicitly otherwise". Como se puede apreciar, el legislador ya introdujo en la norma ciertas exenciones parciales respecto a los amish.

¹⁷⁸⁵ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 153-157.

¹⁷⁸⁶ La argumentación seguida por el Tribunal es la siguiente: "*Connecticut statute imposes on employers and employees an absolute duty to conform their business practices to the particular religious practices of an employee by enforcing observance of the Sabbath that the latter unilaterally designates. The State thus commands that Sabbath religious concerns automatically control over all secular interests at the workplace; the statute takes no account of the convenience or interests of the employer or those of other employees who do not observe a Sabbath. In granting unyielding weighting in favor of Sabbath observers over all other interests, the statute has a primary effect that impermissibly advances a particular religious practice*". Un comentario del caso puede examinarse en PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 184-187.

trata de un derecho limitado, y sirve al fin de promocionar la libertad de conciencia y erradicar la discriminación en el mundo del trabajo¹⁷⁸⁷.

En la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso *Bowen v. Roy*, 476 US 693 (1986) se analiza un supuesto en el que un ciudadano nativo norteamericano se niega a solicitar un número de Seguridad Social para su hija de dos años y así poder disfrutar de una prestación de ayuda familiar¹⁷⁸⁸. De la lectura de dicha sentencia se desprende una posición muy contradictoria del citado ciudadano en relación a sus convicciones, una situación que en España equivaldría a vulnerar los postulados de la doctrina de los actos propios. En todo caso el Tribunal, atendiendo las circunstancias, prepondera la obligación de cumplir las normas de aplicación general derivadas del Derecho público: "*The Social Security number requirement clearly promotes a legitimate and important public interest. No one can doubt that preventing fraud in these benefits programs is an important goal*". Así pues, no es posible realizar una acomodación en el supuesto de hecho enjuiciado y ha de operar cierta limitación del derecho a la libertad religiosa: "*As the Court has recognized before, given the diversity of beliefs in our pluralistic society and the necessity of providing governments with sufficient operating latitude, some incidental neutral restraints on the free exercise of religion are inescapable. As a matter of legislative policy, a legislature might decide to make religious accommodations to a general and neutral system of awarding benefits (...) "[b]ut our concern is not with the wisdom of legislation, but with its constitutional limitation*".

A los presentes efectos resulta relevante la sentencia del Tribunal Supremo dictada en el caso *Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida*, 480 US 136 (1987). El Tribunal aplica el *Sherbert test* a una trabajadora que ve denegada su prestación por desempleo al negarse a trabajar los sábados en una joyería tras su conversión a la Iglesia Adventista del Séptimo Día (cambio sobrevenido de las convicciones religiosas una vez iniciada la relación laboral), razón por la cual es despedida, después de agotarse un pacto previo para intentar acomodar la situación¹⁷⁸⁹. Se desestima la prestación por desempleo porque el despido se considera ajustado a Derecho. El Tribunal Supremo

¹⁷⁸⁷ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 187-192.

¹⁷⁸⁸ El supuesto de hecho se puede resumir del siguiente modo: "*Roy is a Native American descended from the Abenaki Tribe, and he asserts a religious belief that control over one's life is essential to spiritual purity, and indispensable to "becoming a holy person."* Based on recent conversations with an Abenaki chief, Roy believes that technology is «robbing the spirit of man». In order to prepare his daughter for greater spiritual power, therefore, Roy testified to his belief that he must keep her person and spirit unique, and that the uniqueness of the Social Security number as an identifier, coupled with the other uses of the number over which she has no control, will serve to «rob the spirit» of his daughter and prevent her from attaining greater spiritual power".

¹⁷⁸⁹ El supuesto de hecho concretamente es el siguiente: "*Lawton and Company (Lawton), a Florida jeweler, hired appellant Paula Hobbie in October, 1981. She was employed by Lawton for 2 1/2 years, first as a trainee and then as assistant manager of a retail jewelry store. In April, 1984, Hobbie informed her immediate supervisor that she was to be baptized into the Seventh-day Adventist Church and that, for religious reasons, she would no longer be able to work on her Sabbath, from sundown on Friday to sundown on Saturday. The supervisor devised an arrangement with Hobbie: she agreed to work evenings and Sundays, and he agreed to substitute for her whenever she was scheduled to work on a Friday evening or a Saturday. This arrangement continued until the general manager of Lawton learned of it in June, 1984. At that time, after a meeting with Hobbie and her minister, the general manager informed appellant that she could either work her scheduled shifts or submit her resignation to the company. When Hobbie refused to do either, Lawton discharged her*".

entiende que la decisión administrativa vulnera la cláusula de libre ejercicio¹⁷⁹⁰. Así pues, el interés del caso se centra en que la conversión religiosa se produce una vez iniciada la relación laboral, extremo del todo legítimo, pues dicho aspecto entra de lleno en el derecho a la libertad religiosa en todos los ordenamientos jurídicos que reconocen tal derecho y el principio de buena fe en sede laboral (*misconduct* en el presente supuesto) ha de situarse en sus justos términos: "*The Appeals Commission also attempts to distinguish this case by arguing that, unlike the employees in Sherbert and Thomas, Hobbie was the «agent of change» and is therefore responsible for the consequences of the conflict between her job and her religious beliefs. In Sherbert and Thomas, the employees held their respective religious beliefs at the time of hire; subsequent changes in the conditions of employment made by the employer caused the conflict between work and belief. In this case, Hobbie's beliefs changed during the course of her employment, creating a conflict between job and faith that had not previously existed. The Appeals Commission contends that «it is . . . unfair for an employee to adopt religious beliefs that conflict with existing employment and expect to continue the employment without compromising those beliefs and that this «intentional disregard of the employer's interests . . . constitutes misconduct». (...) In effect, the Appeals Commission asks us to single out the religious convert for different, less favorable treatment than that given an individual whose adherence to his or her faith precedes employment. We decline to do so. The First Amendment protects the free exercise rights of employees who adopt religious beliefs or convert from one faith to another after they are hired. The timing of Hobbie's conversion is immaterial to our determination that her free exercise rights have been burdened; the salient inquiry under the Free Exercise Clause is the burden involved. In Sherbert, Thomas, and the present case, the employee was forced to choose between fidelity to religious belief and continued employment; the forfeiture of unemployment benefits for choosing the former over the latter brings unlawful coercion to bear on the employee's choice". Así, si no se reconoce la posibilidad real de cambiar las convicciones una vez firmado el contrato de trabajo, se neutraliza indebidamente tal derecho, ya que o bien los trabajadores no cambiarían de convicciones (extremo imposible si se trata de convicciones sinceras, o bien deberían dimitir, con lo que se obstaculizaría el ejercicio del derecho a los trabajadores creyentes sobreponderando las obligaciones contractuales.*

En el caso *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*, 489 US 829 (1989) el Tribunal Supremo analiza un supuesto en el que se deniega una prestación por desempleo a un cristiano que rechaza una oferta de empleo porque se niega a trabajar los domingos por razones religiosas. El Tribunal Supremo, huyendo de todo alarmismo social, recoge en su sentencia la argumentación esgrimida por el Tribunal inferior respecto a la significación actual del domingo en la sociedad estadounidense: "*The State offers no justification for the burden that the denial of benefits places on Frazee's right to exercise his religion. The Illinois Appellate Court ascribed great significance to America's weekend way of life. The Illinois court asked: «What would Sunday be today if professional football, baseball, basketball, and tennis were barred. Today Sunday is not only a day for religion, but for recreation and labor. Today the supermarkets are open, service stations dispense fuel, utilities continue to serve the people and factories continue to belch smoke and tangible products,» concluding that «[i]f all Americans were to abstain from working on Sunday, chaos would result.» (...). We are unpersuaded, however, that there will be a mass movement away from Sunday employ if William Frazee succeeds in*

¹⁷⁹⁰ RUBIO LÓPEZ: *La primera de las libertades...*, op. cit., p. 203.

his claim. (...), there is nothing before us in this case to suggest that Sunday shopping, or Sunday sporting, for that matter, will grind to a halt as a result of our decision today. And, as we have said in the past, there may exist state interests sufficiently compelling to override a legitimate claim to the free exercise of religion. No such interest has been presented here".

Otra sentencia que ha marcado un hito en materia de *accommodation* es la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 US 872 (1990), que pone de manifiesto los límites difusos del ejercicio del derecho a la libertad religiosa y, por lo tanto, el ámbito concreto protegido por la ley en cuanto a sus manifestaciones¹⁷⁹¹; y recuerda que los Estados Unidos se fundaron sobre una zona geográfica ya poblada por una pluralidad de gentes. En dicho caso se examina un supuesto en el que dos nativos norteamericanos son despedidos por tomar peyote (droga considerada sagrada) fuera de la jornada laboral, ritual que rechazaron abandonar. Es relevante que realizaban funciones relacionadas con la rehabilitación de drogodependientes y alcohólicos. Alfred Smith era asimismo miembro de la *Native American Church*. El Tribunal Supremo (juez Anthony Scalia) dio la razón a la Administración en una polémica sentencia. Para el Tribunal una ley que hacía del peyote una sustancia controlada era válida y neutral, y el Estado de Oregón no tenía ninguna obligación de crear una exención a dicha regulación sólo porque indirectamente impidiera la libertad religiosa. La sentencia interpreta de forma muy restrictiva el deber de acomodación por parte de la Administración y otorga una gran preponderancia a las leyes de aplicación general frente a las convicciones personales que puedan trascender en eventuales supuestos de objeción de conciencia: "*The government's ability to enforce generally applicable prohibitions of socially harmful conduct, like its ability to carry out other aspects of public policy, cannot depend on measuring the effects of a governmental action on a religious objector's spiritual development.*" (...). *To make an individual's obligation to obey such a law contingent upon the law's coincidence with his religious beliefs, except where the State's interest is «compelling» - permitting him, by virtue of his beliefs, «to become a law unto himself» (...) - contradicts both constitutional tradition and common sense".*

De hecho, la argumentación esgrimida por el Tribunal Supremo parece indicar que, aun asumiendo que las mayorías suelen legislar según sus convicciones mayoritarias, es tarea del legislador, y no del juzgador, determinar las exenciones a las leyes (las denominadas objeciones *secundum legem*), pero en ningún caso el ciudadano se puede erigir en su propio legislador: "*to say that a nondiscriminatory religious practice exemption is permitted, or even that it is desirable, is not to say that it is constitutionally required, and that the appropriate occasions for its creation can be discerned by the courts. It may fairly be said that leaving accommodation to the political process will place at a relative disadvantage those religious practices that are not widely engaged in; but that*

¹⁷⁹¹ En palabras del Tribunal Supremo: "*the «exercise of religion» often involves not only belief and profession but the performance of (or abstention from) physical acts: assembling with others for a worship service, participating in sacramental use of bread and wine, proselytizing, abstaining from certain foods or certain modes of transportation. It would be true, we think (though no case of ours has involved the point), that a state would be «prohibiting the free exercise [of religion]» if it sought to ban such acts or abstentions only when they are engaged in for religious reasons, or only because of the religious belief that they display. It would doubtless be unconstitutional, for example, to ban the casting of «statues that are to be used for worship purposes» or to prohibit bowing down before a golden calf".*

unavoidable consequence of democratic government must be preferred to a system in which each conscience is a law unto itself or in which judges weigh the social importance of all laws against the centrality of all religious beliefs". La doctrina Smith fue ratificada por el Tribunal Supremo posteriormente en la sentencia dictada en el caso *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 US 520 (1993). Tal posicionamiento fue naturalmente muy discutido por la doctrina, pues era partidario de "sacrificar" en buena medida la libertad religiosa en favor de cierta concepción de la democracia, y limitaba sobremanera la actuación de los tribunales en favor de una preponderancia de la función legislativa de los Estados con unos generosos límites¹⁷⁹².

Obviamente la sentencia dictada en el caso Smith fue muy conflictiva y el Congreso aprobó la *Religious Restoration Act* de 1993 que pretendió volver a la situación anterior a la sentencia, lo que tensaron las relaciones entre el poder legislativo (federal) y el poder judicial. Así, dicha ley fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en el caso *City of Boerne, Texas, v. Flores* 521 US 507 (1997) porque se consideró que el Congreso se había excedido en sus facultades¹⁷⁹³. El Tribunal Supremo entendió que la aplicación de la citada ley en a los Estados era inconstitucional por quebrantar los principios federalistas de los Estados Unidos. Es decir, se entendió que el Congreso no gozaba de la facultad de llevar a cabo la citada regulación de la forma en que se diseñó. Para el Tribunal no se había respetado la separación de poderes y, al mismo tiempo, puede entenderse la sentencia como la manera en que dicho Tribunal atajó el intento de evitar la aplicación de sus doctrinas mediante la aprobación de la ley¹⁷⁹⁴.

En 1963 el presidente John F. Kennedy propuso implantar una legislación antidiscriminatoria que, entre otros ámbitos, fuera de aplicación en el ámbito laboral. Al año siguiente el Congreso realizó una propuesta de ley y el presidente Lyndon Johnson la firmó, lo que dio lugar a la *Civil Rights Act*¹⁷⁹⁵.

El Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964, que ha sido modificada en varias ocasiones¹⁷⁹⁶, regula la *accommodation* en el ordenamiento jurídico estadounidense, así como la tutela antidiscriminatoria. Según dicha ley debe incluirse en el término "religión" a dichos efectos "*all aspects of religious observance and practice, as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an*

¹⁷⁹² Un ejemplo de crítica doctrinal es la siguiente: "*The Court took a rather routine case involving the extent Oregon's obligation to accommodate a concededly religious ingestion of peyote and used it to announce a new free exercise standard at odds with precedent, history, and sound constitutional policy*". EMMERICH: "Madison: A founder's...", en AAVV: *Religion, public life... op. cit.*, p. 64. Para el autor se subordinó la religión al poder del gobierno (p. 66).

¹⁷⁹³ Se examina el caso en GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious history...*, *op. cit.*, pp. 370-373; GILL: *The political origins...*, *op. cit.*, p. 15; RUBIO LÓPEZ: *La primera de las libertades...*, *op. cit.*, pp. 273-354; NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia...*, *op. cit.*, pp. 430-433. Sobre el caso y sobre sus consecuencias doctrinales asimismo *vid.* NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, *op. cit.*, pp. 147-164.

¹⁷⁹⁴ NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, *op. cit.*, p. 158.

¹⁷⁹⁵ GREGORY: *Encountering religion...*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷⁹⁶ Sobre los objetivos perseguidos por la *Workplace Religious Freedom Act* de 2002 se ha afirmado lo siguiente: "*Por un lado, la adaptación razonable perseguía hacer más difícil para el empleador la denegación del tiempo para las celebraciones religiosas y de la posibilidad de llevar indumentaria religiosa. Por otro, el undue hardship significaría que la adaptación requerida supondría dificultad o coste significativo*". RUBIO LÓPEZ: *La primera de las libertades...*, *op. cit.*, p. 206.

employee's or prospective employee's religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer's business". La ley excluye de su ámbito de aplicación lo que en España se denominarían empresas de tendencia: "This subchapter shall not apply to an employer with respect to the employment of aliens outside any State, or to a religious corporation, association, educational institution, or society with respect to the employment of individuals of a particular religion to perform work connected with the carrying on by such corporation, association, educational institution, or society of its activities". Asimismo, incluye normas especiales para organizaciones en las que ser miembro de una religión posea un interés especial ("Businesses or enterprises with personnel qualified on basis of religion, sex, or national origin; educational institutions with personnel of particular religion")¹⁷⁹⁷.

Desde el punto de vista de prohibición de la discriminación por razón de creencias religiosas se considera antijurídico que un empresario incurra en cualquiera de los dos siguientes supuesto de hecho:

- 1) *"to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin".*
- 2) *"to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin".*

Asimismo, se introduce una exención en relación a lo que en España se podría equiparar a los "negocios étnicos", y que se refiere exclusivamente a los ciudadanos indios nativos: *"Nothing contained in this subchapter shall apply to any business or enterprise on or near an Indian reservation with respect to any publicly announced employment practice of such business or enterprise under which a preferential treatment is given to any individual because he is an Indian living on or near a reservation".*

Finalmente, y como se ha dicho anteriormente, esta ley crea en 1964 la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), concretamente en el momento de introducirse en la ley el citado Título VII¹⁷⁹⁸. Dicha agencia, que por sus objetivos, actividades, funciones, preponderancia social, etc., se trata de un organismo público sin

¹⁷⁹⁷ Para este supuesto se establecen dos normas especiales: 1) it shall not be an unlawful employment practice for an employer to hire and employ employees, for an employment agency to classify, or refer for employment any individual, for a labor organization to classify its membership or to classify or refer for employment any individual, or for an employer, labor organization, or joint labor management committee controlling apprenticeship or other training or retraining programs to admit or employ any individual in any such program, on the basis of his religion, sex, or national origin in those certain instances where religion, sex, or national origin is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise; 2) it shall not be an unlawful employment practice for a school, college, university, or other educational institution or institution of learning to hire and employ employees of a particular religion if such school, college, university, or other educational institution or institution of learning is, in whole or in substantial part, owned, supported, controlled, or managed by a particular religion or by a particular religious corporation, association, or society, or if the curriculum of such school, college, university, or other educational institution or institution of learning is directed toward the propagation of a particular religion.

¹⁷⁹⁸ GREGORY: *Encountering religion...*, op. cit., p. 28.

parangón en España, y que, en parte, puede ser asimilada a un Ministerio Fiscal especializado en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria.

Para la EEOC la dinámica la *accommodation* en aplicación de la ley de 1964 es la siguiente: "*the Act requires employers to reasonably accommodate the religious beliefs and practices of applicants and employees, unless doing so would cause more than a minimal burden on the operation of the employer's business. A reasonable religious accommodation is any adjustment to the work environment that will allow the employee to practice his religion. Flexible scheduling, voluntary shift substitutions or swaps, job reassignments lateral transfers, and exceptions to dress or grooming rules are examples of accommodating an employee's religious beliefs*"¹⁷⁹⁹.

Pero dicha acomodación o ajuste razonable posee límites y debe examinarse la carga que pueda suponer para la empresa: "*Whether a particular accommodation would pose an undue hardship on the employer's business depends on the individual circumstances. For example, an accommodation may cause undue hardship if it is costly, compromises workplace safety, decreases workplace efficiency, infringes on the rights of other employees, or requires other employees to do more than their share of potentially hazardous or burdensome work. Undue hardship also may be shown if the request for an accommodation violates others' job rights established through a collective bargaining agreement or seniority system*"¹⁸⁰⁰. Como se puede comprobar, el establecimiento de límites a la acomodación razonable es parecido al defendido en la presente investigación al ponderar los bienes en juego. Nótese que límites a la acomodación pueden ser la seguridad e higiene en el trabajo, los derechos fundamentales de otros trabajadores, un coste económico relevante, etc.

En materia de trabajo y libertad religiosa son de referencia tres documentos de la EEOC, cuales son el documento titulado "*Questions and Answers: Religious Discrimination in the Workplace*"¹⁸⁰¹, su guía de buenas prácticas en la materia, "*Best Practices for Eradicating Religious Discrimination in the Workplace*"¹⁸⁰²; y, finalmente, el extenso "*EEOC Compliance Manual*"¹⁸⁰³. Dichos documentos ofrecen respuestas sobre cómo aplicar la figura de la *accommodation* en el día a día de las empresas estadounidenses.

Asimismo, la *Civil Rights Act* de 1964 regula la tutela antidiscriminatoria por razón de creencias religiosas en relación al empleo en la Administración federal. Al respecto es interesante resaltar que el mayor "empleador" en los Estados Unidos es precisamente la Administración federal, y dicha Administración, especialmente desde la "Administración

¹⁷⁹⁹ "*The need for space and time for Muslim prayers, the addition of a scarf or kipa to a work uniform, or a small painting of Lakshmi on a desk can all be understood as forms of workplace spirituality by the individual, but they each push boundaries and force a decision on what constitutes a «reasonable accommodation»*". LAMBERT III: *Spirituality, Inc...*, op. cit., p. 146.

¹⁸⁰⁰ En cuanto los límites de la *accommodation* en una sociedad tan plural como la estadounidense se ha afirmado: "*Without going into detail, I shall simply assert that in a country like the United States whose population is dominantly Christian, in at least some sense, a tradition that has long had perfectionist and pacifist threads, government should accommodate strong claims of conscience, so long as it can do so without serious fraud, injury, or unfairness to others. I believe this conclusion holds whether one examines the issue from (most) religious premises or from a perspective that refrains from any judgment about religious truth (this may well be the right approach for any modern society)*". GREENWALT: "Conscientious objection...", op. cit., p. 115.

¹⁸⁰¹ Consultable en http://eeoc.gov/policy/docs/qanda_religion.html

¹⁸⁰² Consultable en http://eeoc.gov/policy/docs/best_practices_religion.html

¹⁸⁰³ Consultable en <http://www.eeoc.gov/policy/docs/religion.pdf>

Clinton", se toma muy en serio el ejercicio de la libertad religiosa por parte de sus empleados en los puestos de trabajo. Así, es necesario citar la guía específicamente diseñada con esa finalidad que fue publicada en 1997 por la citada Administración y que contempla variados aspectos del correcto ejercicio de tal derecho¹⁸⁰⁴, así como los ajustes que deben llevarse a cabo¹⁸⁰⁵. Dicha guía, aunque jurídicamente no es vinculante, ha sido seguida por gobiernos posteriores (también los de diferente color político) y no se puede dudar de su influencia orientativa en el sector privado.

Hay que tener en cuenta que respecto la presente materia no sólo existe la legislación emanada en el ámbito federal, sino que cada uno de los Estados posee su propia legislación, que afecta a ámbitos muy variados (por ejemplo en materia de días festivos) y que por su complejidad excede del objeto de la presente investigación. En todo caso es necesario enfatizar que a menudo los Estados superan en materia de *accommodation* los mínimos federales¹⁸⁰⁶.

Una sentencia reciente dictada por el Tribunal Supremo en el caso *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 US ____ (2015) analiza una temática que cada vez será más habitual en las relaciones laborales españolas, cual es el conflicto entre la indumentaria religiosa del trabajador y la política de imagen establecida por la empresa. Una candidata a un puesto de trabajo realiza una entrevista para su eventual contratación llevando en la cabeza un pañuelo. Dicha candidata en ningún momento, aunque parece evidente, manifiesta que vista dicha prenda por razón de sus convicciones religiosas. Llevar alguna prenda de ropa en la cabeza es contraria a la política de imagen establecida por la empresa (prohibición en términos genéricos), que explota una cadena de tiendas de ropa de diferentes estilos. Así pues, tal hecho conlleva en la práctica que la trabajadora no sea contratada, por lo que el supuesto de hecho entra

¹⁸⁰⁴ Consultable en <http://clinton2.nara.gov/WH/New/html/19970819-3275.html>

¹⁸⁰⁵ "Surprisingly, the American workplace most accommodating to religious beliefs and practices is likely the U.S. Government, and as the largest employer in the country, this is worth noting. In 1997 the Clinton Administration issued the «White House Guidelines on Religious Exercise and Religious Expressions in the Federal Workplace». Even though the guidelines have neither the force of law nor even the power of official federal regulations, they do indeed outline for civilian governmental agencies rules and examples that offer great religious freedom for federal employees. Often simply clarifying current law, the guidelines explain how private religious expression is allowed in work areas, including posters or Koran reading during breaks; they explain how religious expression, speech, and invitations can be directed at fellow employees until someone is asked to stop; and they provide basic examples of what constitutes religious discrimination. The heart of the guidelines is that religious expression should not be treated any differently than other forms of expression and speech in the workplace. If personal displays or break-time reading materials are allowed on desks, then religious displays or reading materials must also be allowed. If employees are allowed to have a fantasy football league in the cafeteria at lunch, then employees are permitted to have a Koran study group". LAMBERT III: *Spirituality, Inc...*, op. cit., p. 147.

¹⁸⁰⁶ "In matters of religious accommodation, states frequently provide greater levels of accommodation than federal law. As an example, while most states long ago abandoned «blue laws», a few still have some type of law prescribing or allowing workers to choose a Sabbath. Georgia, Kentucky, and Minnesota all have some form of Sabbath observance laws, and South Carolina's law requires that any employee be granted Sunday off (Saturday if requested) even though that law exempts the entire textile industry". LAMBERT III: *Spirituality, Inc...*, op. cit., p. 49. Como se puede apreciar, la exención va dirigida a la empresa (a un sector de actividad determinado), no al trabajador; tal y como ocurría con las leyes de descanso dominical en España, en que se excluían de su ámbito de aplicación ciertos sectores de actividad como consecuencia de sus propias características.

de lleno en una cuestión amparada por la tutela antidiscriminatoria¹⁸⁰⁷. En opinión del Tribunal, la actuación de la empresa es claramente contraria a la *Civil Rights Act* de 1964 y buena parte de la discusión se centra en determinar si el empleador sabía o no que la trabajadora llevaba la prenda de ropa por convicciones religiosas, pero tal controversia va muy ligada a los términos concretos en que está redactada la citada ley, por lo que no es de gran incidencia a lo que aquí interesa. Uno de los votos particulares resume el "espíritu" de la legislación: "*An employer may not take an adverse employment action against an applicant or employee because of any aspect of that individual's religious observance or practice unless the employer demonstrates that it is unable to reasonably accommodate that observance or practice without undue hardship*".

Finalmente, hay que advertir que muchas otras sentencias de órganos jurisdiccionales de los Estados Unidos que tratan de la *accommodation*, especialmente las dictadas por su tribunal Supremo, son citadas en otros apartados de la presente investigación pues por su contenido se ha considerado que desde un punto de vista sistemático debían incorporarse a las argumentaciones vertidas en cada momento.

3.2.2. Doctrina internacional y comunitaria

La normativa internacional y comunitaria también está influenciada y prevé la figura del ajuste razonable de las condiciones de trabajo. En relación al derecho a la salud, por ejemplo, puede tenerse en cuenta la Recomendación 200 de la OIT sobre el VIH y el SIDA y el mundo del trabajo (2010), que en su art. 1.1.g) define los "ajustes razonables" como "*toda modificación o ajuste de un empleo o del lugar de trabajo que sea razonablemente practicable y que permita que una persona que vive con el VIH o el sida tenga acceso a un empleo, o participe o pueda progresar en él*". Y tal definición ha de ponerse en relación con su art. 13: "*A las personas con enfermedades relacionadas con el VIH no se les debería negar la posibilidad de realizar su trabajo, con ajustes razonables, de ser necesario, mientras sean médicamente aptas para ello. Debería alentarse la adopción de medidas destinadas a reasignar a esas personas tareas que se ajusten razonablemente a sus capacidades, a encontrar otro trabajo a través de una formación o a facilitar su reintegración al trabajo, habida cuenta de los instrumentos pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo y de las Naciones Unidas*"; o su art. 21: "*Los programas de atención y apoyo deberían incluir medidas de ajustes razonables en el lugar de trabajo destinadas a las personas que viven con el VIH o con enfermedades relacionadas con el mismo, teniendo debidamente en cuenta las*

¹⁸⁰⁷ En concreto, el supuesto de hecho es el siguiente: "*Respondent Abercrombie & Fitch Stores, Inc., operates several lines of clothing stores, each with its own «style.» Consistent with the image Abercrombie seeks to project for each store, the company imposes a Look Policy that governs its employees' dress. The Look Policy prohibits «caps»—a term the Policy does not define—as too informal for Abercrombie's desired image. Samantha Elauf is a practicing Muslim who, consistent with her understanding of her religion's requirements, wears a headscarf. She applied for a position in an Abercrombie store, and was interviewed by Heather Cooke, the store's assistant manager. Using Abercrombie's ordinary system for evaluating applicants, Cooke gave Elauf a rating that qualified her to be hired; Cooke was concerned, however, that Elauf's headscarf would conflict with the store's Look Policy. Cooke sought the store manager's guidance to clarify whether the headscarf was a forbidden «cap.» When this yielded no answer, Cooke turned to Randall Johnson, the district manager. Cooke informed Johnson that she believed Elauf wore her headscarf because of her faith. Johnson told Cooke that Elauf's headscarf would violate the Look Policy, as would all other headwear, religious or otherwise, and directed Cooke not to hire Elauf*".

circunstancias nacionales. El trabajo debería organizarse de manera que se tengan en cuenta el carácter episódico del VIH y del sida, así como los posibles efectos secundarios del tratamiento".

Una conocida acomodación, ajuste o adaptación razonable de las condiciones de trabajo ya se ha comentado al tratar la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2002, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Concretamente su art. 5 es del siguiente tenor: "*A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades*". No se olvide que el art. 27.1.i) de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006, establece que "*los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas*": "*Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo*". Asimismo, ha de tenerse en cuenta la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ya que la Unión Europea es miembro de dicha Convención.

Así, se ha podido comprobar que el concepto de acomodación o ajuste razonable se ha introducido en Europa principalmente en materia de discriminación por razón de discapacidad. Aunque se han alzado voces para que en el ámbito de la Unión se amplíe el ámbito de aplicación de la técnica del ajuste razonable más allá de los supuestos de discapacidad¹⁸⁰⁸, en otros países dicho concepto es utilizado también en el contexto de la discriminación por convicciones religiosas y en general para el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Así es, no sólo en los Estados Unidos como se ha tenido ocasión de comprobar con extensión, sino también en un país tradicionalmente tan plural como es Canadá. Allí, la acomodación requiere que los empresarios provean de exenciones o realicen modificaciones en sus prácticas para acomodar en los puestos de trabajo a los trabajadores pertenecientes a minorías religiosas¹⁸⁰⁹. De hecho, alguna sentencia del Tribunal Supremo ha sido examinada en el presente trabajo, y las doctrinas aquí defendidas se han visto muy influenciadas por las tesis del profesor quebequés CHARLES TAYLOR. Es sintomático al respecto el original y avanzado redactado del art. 27 de la *Canadian Charter of rights and Freedoms*: "*This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians*".

¹⁸⁰⁸ Es el caso de CASTRO JOVER: "Interculturalidad y Derecho...", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho...*, op. cit., p. 57.

¹⁸⁰⁹ FREDMAN: *Discrimination law...*, op. cit., p. 154.

También varios países europeos, más allá de la normativa para trabajadores discapacitados, imponen al empresario un deber legal de realizar una acomodación o ajuste razonable de acuerdo con las convicciones y prácticas religiosas de los trabajadores en relación a la jornada, horarios y días de fiesta, con el límite de que no se imponga al empresario especiales dificultades para su actividad económica (traducido al caso español, el derecho a la libertad de empresa se vería modulado, pero no neutralizado). Este es el caso, por ejemplo, de países como Bulgaria, Suecia, Chipre o el Reino Unido. En otros países europeos no existe un deber general de acomodación plasmado en la ley, pero sí que la ley prevé acomodaciones para ámbitos concretos como pueden ser los días festivos de naturaleza religiosa o la provisión de comidas especiales que satisfagan los requerimientos dietéticos especiales de carácter religioso¹⁸¹⁰.

3.3. Aplicación de la técnica del ajuste razonable al ejercicio del derecho a la libertad religiosa

3.3.1. Encaje de la figura en el Derecho del Trabajo

La acomodación o ajuste de las condiciones de trabajo en favor de un interés, derecho o bien superior a los principios contractuales no es ninguna novedad en el Derecho del Trabajo. En el vigente Derecho laboral hay múltiples ejemplos. Un ejemplo evidente es el la potestad de reducir la jornada contenida en el art. 37.5 ET: "*Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla*". Aunque ambas partes hayan pactado una jornada, resulta que de forma sobrevenida el trabajador está facultado para reducir la jornada y así cumplir con una finalidad que el legislador ha creído más relevante que el *pacta sunt servanda* que tanto se opone como argumento al ejercicio en su vertiente positiva del derecho a la libertad religiosa. Pero es que el mismo derecho a alterar las condiciones pactadas en el contrato de trabajo se reitera, por ejemplo, en el siguiente supuesto: "*Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida*". ¿Falta a la buena fe contractual quien ejerce este derecho? En principio no, porque se está ejerciendo un derecho previsto en la ley, a menos que existieran otros elementos en juego que distorsionen el ejercicio de tal derecho.

Por si no fuera suficiente, el art. 37.6 ET otorga al trabajador la posibilidad de concretar también el horario de trabajo, alterando nuevamente el horario vigente por las partes hasta ahora: "*La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los*

¹⁸¹⁰ DOE: *Law and religion...*, op. cit., p. 75. El actor realiza una agria crítica: "*Such arrangements seem to prevail against Strabsourg specific situation rule that those who voluntarily submit to secular environments waive their religious freedoms*".

convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada".

Así pues, ante la concurrencia de unos derechos y bienes dignos de protección (menores, familiares necesitados, etc.) la autonomía de la voluntad y el principio de *pacta sunt servanda* ceden para dar paso a una acomodación de las condiciones de trabajo. ¿Se trata de derechos de ejercicio ilimitado? Evidentemente no, algunos límites constan ya en los artículos citados, y otros se encuentran dispersos en otros lugares (por ejemplo, el principio civilista del abuso de derecho o la figura del fraude de ley). En todo caso, el legislador ha procurado ponderar los derechos en juego, modulando *a priori* la obligación de cumplir las condiciones de trabajo tal y cómo se habían pactado (jornada y horario). Y si las partes consideran que no se han ponderado correctamente en el caso concreto, pueden acudir a la jurisdicción social donde el Juzgador volverá a realizar otra operación de ponderación a la vista de las circunstancias únicas concurrentes en el caso concreto, tal y como *determina* el art. 37.6 ET *in fine*: "*Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*".

En materia de prevención de riesgos laborales también es habitual el ajuste de las condiciones de trabajo al trabajador. De hecho es conocido que uno de los principios sobre los que pivota la prevención de riesgos laborales precisamente es la de adaptar el trabajo a la persona. Al respecto el art. 15.1.d) LPRL dispone que el empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención con arreglo a unos principios generales; y uno de ellos es: "*Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud*".

Tal adaptación de las condiciones de trabajo se puede observar, por ejemplo, en los arts. 25, 26.1 y 27 LPRL¹⁸¹¹. Aunque respecto al art. 25 LPRL hay que tener en cuenta su ambigüedad e inconcreción. Así, la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 518/2002 de 21

¹⁸¹¹ En materia de acomodación de las condiciones de trabajo en el caso de menores, en materia preventiva el precepto estrella es sin duda el art. 27 LPRL, más allá del siempre ambiguo art. 25 LPRL dedicado a los trabajadores especialmente sensibles por sus características, tanto permanentes como temporales. Se ha criticado con razón la infrutilización en una gran mayoría de casos de la negociación colectiva para el establecimiento de reglas tuitivas especiales respecto a los trabajadores menores. No ha de perderse de vista que los jóvenes trabajadores conforman un colectivo con un índice de siniestralidad superior a la media, por su falta de experiencia, insuficiente formación, por ser habitual en su caso la concatenación de contratos temporales, etc. Así, la doctrina ha puesto de manifiesto la vertiente ergonómica que se desprende del art. 123 LGSS, dedicado al recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad; y del art. 25 LPRL (pero no directamente del art. 27 LPRL): el trabajo debe amoldarse a las condiciones del menor y no al contrario. GARCÍA VALVERDE, María Dolores: *Menores y jóvenes trabajadores. La prevención de riesgos laborales y medioambientales*. 1ª edición. Granada: Comares, 2013, pp. 42 y siguientes.

marzo (AS 2002, 1636) recuerda la indeterminación de las obligaciones contenidas en el citado art. 25 LPRL y la necesidad que los Tribunales las vayan concretando: "*Estas inconcretas obligaciones que, no son más que la manifestación o expresión de la exigencia general de la «adaptación del trabajo a la persona» [art. 15,1.d) de la propia LPRL], que debe manifestarse en toda la gama de obligaciones empresariales en el campo de la prevención: desde la evaluación de los riesgos, hasta la organización de la seguridad, el tipo de formación e información, etc., con exigencia de cuidado especial y reforzamiento de la obligación empresarial y de la diligencia en su cumplimiento, no son nuevas en nuestro ordenamiento jurídico, existiendo diversos antecedentes. En cualquier caso, la repetida inconcreción del precepto plantea diversas cuestiones de gran interés en la aplicación práctica de la LPRL, que, a falta de desarrollo reglamentario, habrán de ser resueltas por los Tribunales Laborales*". Sobre dichos aspectos es asimismo de interés la STJ de Navarra núm. 65/2009, de 25 marzo (AS 2009, 1699).

Nótese como el art. 26.2 LPRL también prevé la imposibilidad de adaptación, o la eventualidad de que la adaptación sea insuficiente: "*Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos*". El resto del mismo apartado segundo y el apartado tercero amplían la problemática de la adaptación del puesto de trabajo.

También del art. 123.1 LGSS dedicado al recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad se infiere que el trabajo debe ajustarse al trabajador: "*Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador*".

Nótese como el legislador en los supuestos de adaptación de las condiciones de trabajo en relación a la prevención de riesgos laborales pondera el derecho fundamental a la integridad física y psíquica del trabajador (art. 15 CE) por encima de cualquier otro factor, como pudiera ser los términos pactados en el contrato de trabajo. Ello no significa que ignore otros derechos y bienes. Así, por ejemplo, el art. 26.3 LPRL pondera otros factores: "*Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la*

imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado".

Con relación a las anteriormente mencionadas normas en materia de discapacidad ha de tenerse en cuenta el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Así, el art. 2.m) de la ley define qué se entiende por "ajustes razonables", al estilo de la normativa estadounidense y por influencia del Derecho Comunitario: *"son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos"*¹⁸¹². A su vez, el art. 40.2 es un ejemplo evidente de cómo se debería enfocar el derecho a la libertad religiosa en la empresa española en su vertiente positiva: *"Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa"*¹⁸¹³.

¹⁸¹² Sobre la problemática de la acomodación de las condiciones de trabajo por razón de prevención de riesgos laborales en aplicación de la legislación sobre discapacidad es de gran interés RIVAS VALLEJO: "Derechos fundamentales y prevención...", *op. cit.* En general sobre la realización de ajustes razonables en el caso de trabajadores discapacitados vid. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz: "Discriminación del trabajador con discapacidad por falta de realización de ajustes razonables: derecho a la reubicación y despido por incapacidad, ineptitud y absentismo", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014.

¹⁸¹³ La doctrina ha debatido en ocasiones las bondades de extender los principios aplicados en materia de trabajadores discapacitados (muchos de los cuales se aplican desde la vetusta Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, LISMI) a otra tipología de trabajadores: *"Conviene matizar que la adaptación razonable no es ni más ni menos que la aplicación de técnicas de gestión empresarial flexible, pero en esta ocasión por razones sociales, a favor de las personas que trabajan. Desde esta perspectiva pro operario, el coste excesivo que implique la imposibilidad de adaptar las condiciones de trabajo se situará en el mismo punto que cuando la adecuación del proceso productivo por la voluntad empresarial se convierte en una modificación sustancial. Hasta ese momento no se habla de una modificación de las condiciones laborales, sino de su adaptación razonable, ya sea realizando ajustes en el puesto de trabajo, ya mediante la movilidad funcional o, en el extremo, geográfica"*. NÚÑEZ GONZÁLEZ: *Interculturalidad y derecho...*, *op. cit.*, p. 153. La regulación comentada sobre el concepto de "carga excesiva" se encontraba en el art. 37.bis.2 de la LISMI, que fue introducido por el art. 38.2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que traspuso el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Al respecto se criticó la indeterminación del concepto: *"Pese a tal teórica concreción de los factores que se han de ponderar, en la realidad se deja la valoración de la procedencia de la exoneración empresarial de tal obligación de ajuste razonable en el albur de lo nebuloso o complejo, pues en realidad no se determina en qué proporción han de confluir las medidas públicas de subvención de*

3.3.2. Aplicación en España de la figura de la acomodación o ajuste razonable

Es interesante observar cómo las condiciones de trabajo españolas del siglo XXI no sólo muestran una gran flexibilidad organizativa para adaptarse a las necesidades económicas (procedimientos colectivos de extinciones contractuales, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, movilidad geográfica, las facultades inherentes al tradicional *ius variandi*, etc.); sino que la figura de la acomodación o ajuste razonable amolda las condiciones de trabajo al trabajador por razón de una eventual discapacidad en atención a la normativa comunitaria traspuesta al ordenamiento jurídico español; o en atención a la edad del trabajador; o por razón del estado de gestación de la trabajadora según la normativa de prevención de riesgos laborales. Lo cierto es que si bien no cabe dudar de los avances en España en materia de acomodación o adaptación razonable para garantizar el art. 15 CE o el art. 14 CE en cuanto género o discapacidad, aún existen evidentes claroscuros en sede laboral respecto al ajuste de las condiciones de trabajo cuando hay en juego el derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE). Las renuencias aún existentes para ajustar las condiciones de trabajo al trabajador con convicciones religiosas pueden ser entendidas desde el punto de vista de una mayor dificultad organizativa de las empresas, o incluso una mayor onerosidad de costes en algunos casos (limitada por conceptos como la de "carga excesiva"); pero no es posible entenderlo desde una doctrina que ha aceptado, aunque también ha costado en algunos casos, que los derechos fundamentales despliegan sus efectos normativos de forma directa en las relaciones *inter privados*, sin necesidad de un desarrollo legal¹⁸¹⁴ que prevea todos los supuestos de hecho posibles¹⁸¹⁵. Es más, algunos postulados interpretan el derecho a la libertad religiosa de forma tan restrictiva en sede laboral que incluso afectan a su contenido esencial¹⁸¹⁶, y al final la supraponderación de los principios

tales adaptaciones o cuándo se ha de considerar en concreto excesivamente caro el coste, considerando la concreta empresa, para llegar a tal exoneración, etc.". ITURRI GÁRATE, Juan Carlos: "El trabajo de las personas con discapacidad y la prevención de sus riesgos", en AAVV: *Tratado de salud laboral*. Tomo II. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2012, pp. 473-474.

¹⁸¹⁴ "Los derechos fundamentales en su doble vertiente subjetiva y objetiva, constituyen el fundamento del entero ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por ello, las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan, conforme a su naturaleza y tenor literal, derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares". NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos...*, op. cit., p. 215.

¹⁸¹⁵ "Las diversas generaciones de derechos se corresponden con otros tantos movimientos de reivindicación y ruptura, pacíficos unos y violentos otros. Y también forma parte (o está formando parte) de este continuum histórico la quiebra del paradigma de los derechos de libertad como garantía de una expectativa de omisión de interferencia por el poder público y su sustitución por un nuevo paradigma que también asegure esa misma expectativa frente a los poderes privados del empresario. La negación de la fundamentalidad a los derechos de la persona del trabajador en particular, cuando estos pretenden ejercerse en el interior de las organizaciones productivas, no pone en jaque o no sólo pone en jaque (...) la democracia económica; lo que hace, más sencillamente, es poner en cuestión el pacto social fundante de las constituciones modernas y, por encima de ello y también, el fundamento axiológico de la configuración de los derechos de la persona como derechos fundamentales". VALDÉS DAL-RÉ: "Persona del trabajador...", en AAVV: *La igualdad ante la ley...*, op. cit., p. 1311.

¹⁸¹⁶ "La limitación del derecho fundamental no debe conducir nunca a un estado en el que éste ya no pueda desarrollar ninguna eficacia en la vida de la comunidad, o que, tras la restricción, se ha de mantener la función del derecho fundamental para la vida social en su conjunto, porque una limitación del derecho que no se atuviera a estas consideraciones nunca podría ser proporcional.

contractualistas en las relaciones *inter privatos* acaba abrazando una ya anacrónica teoría de la eficacia mediata de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo (*mittelbare Drittwirkung*), frente a la eficacia directa (*unmittelbare Drittwirkung*), por entender tácitamente que la aplicación directa del derecho a la libertad religiosa impide el óptimo tráfico jurídico privado y obstaculiza en demasía el normal desarrollo económico. Sólo se acepta la vigencia del derecho a la libertad religiosa en sede laboral a través de una eficacia mediata por las normas civiles sobre el derecho de obligaciones (*pacta sunt servanda*, un principio de buena fe más civilista que guiado por las reglas del Derecho laboral, y una autonomía de la voluntad que olvida fácilmente las limitaciones en que opera en el contrato de trabajo). Por el contrario, algunos autores sí han reconocido de forma paulatina la posibilidad de un ajuste de las condiciones de trabajo, aunque lógicamente tampoco existe unanimidad en cuanto sus límites¹⁸¹⁷.

Así pues, en esta heterodoxa exposición que se aparta conscientemente de la doctrina mayoritaria, ha de partirse de la base que el derecho a la libertad religiosa, según constante doctrina del Tribunal Constitucional, permite al ciudadano ajustar su conducta a sus convicciones, ser coherente con su cosmovisión; y ello también en el puesto de trabajo, si se considera que, como derecho inespecífico, surte también efectos en dicho plano. Así, desde un punto de vista ideal se parte de la postura que en su extensión máxima, el derecho a la libertad religiosa faculta al trabajador que para que pueda comportarse en el puesto de trabajo sin contradecir sus convicciones religiosas. Como en el puesto de trabajo encontrará probablemente obstáculos para ello, de naturaleza

Presupuesto necesario para ello es que la proporcionalidad de la medida no sea definida únicamente en términos de persecución económica del fin, sino que, por el contrario, la valoración que implica atiende también al propio derecho fundamental". NARANJO DE LA CRUZ: Los límites de los derechos..., op. cit., p. 152.

¹⁸¹⁷ Una reflexión de una lógica total es la siguiente: "Respecto de la acomodación razonable de la organización productiva, tenemos un ejemplo en el art. 23 ET, respecto de los trabajadores (exámenes, permisos para estudios, etc.). Y, asimismo, con motivo de creencias religiosas o éticas - descansos en días determinados de la semana, actos contrarios a las mismas, etc. - el empresario, en la medida de la posible, debe acomodar la organización del trabajo para no ir contra tales creencias". SAGARDOY BENGOCHEA: *Los derechos fundamentales...*, op. cit., 2005, pp. 43-44. Si existe una obligación de ajustar hasta cierto punto las condiciones de trabajo para seguir unos estudios, ¿cómo es posible defender que no hay como mínimo una obligación parecida para ejercer un derecho constitucional? En un sentido parecido: "Cuando una persona tiene unas determinadas creencias acerca de una realidad trascendente y las canaliza a través de la profesión de una religión (sea ésta cual sea), encontrándose verdaderamente comprometida con ellas, la coherencia le lleva a desarrollar todos los aspectos de su vida (también el laboral) en concordancia con ese credo que considera como verdad trascendente que explica el sentido de la vida humana y, razonablemente, espera que la empresa para que la presta servicios acceda, en la medida de lo posible (y de forma más o menos expresa), a permitirle vivir (y trabajar) de modo acorde con tales creencias". AAVV: *Inmigración, religión y trabajo...*, op. cit., p. 26. También a favor de una cierta acomodación: "La interiorización de los derechos fundamentales en la empresa y el contrato de trabajo supone para el empresario no sólo un límite a respetar sino también obligaciones o deberes positivos. Valores como la educación, la formación y perfeccionamiento profesional, la libertad ideológica o religiosa, la intimidad, la vida y la integridad física, etc., no son ajenos a la organización productiva o a su lógica; ofrecen un marco en que ésta ha de hallar nuevo acomodo, dejándoles paso abierto a través de un proceso de reajuste del conjunto de derechos y deberes de las partes del contrato, más allá de los rescucios que deje el contrato, completando lagunas y vacíos, y sirviendo de instrumento de racionalización, limitación y control de los poderes empresariales, reconsiderados a la luz de los derechos fundamentales". RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO – FERRER: "Derechos fundamentales del trabajador...", en AAVV: *El trabajo y la Constitución...*, op. cit., p. 542. La misma idea en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER: "La integración de los derechos...", en AAVV: *El modelo social...*, op. cit., p. 217.

jurídica pro incluso también material (por ejemplo, en tal sentido la noción de onerosidad excesiva o indebida), deberá analizarse si concurre colisión de derechos y bienes con el ejercicio de libertad religiosa, y si los hay, habrá que ponderarlos, y modularlos si es necesario. Lo que en ningún caso es constitucionalmente aceptable es la operación que realiza cierta doctrina que parte del postulado erróneo que el derecho a la libertad de conciencia en el ámbito laboral sólo permite disponer de un espacio de no injerencia; es decir, proceder como si el derecho a la libertad religiosa sólo poseyera una vertiente negativa y antes de ponderar cualquier derecho, ya han limitado *ab initio* el derecho ejercitado, sin que en la operación se haya partido del derecho en su máxima expansión el cual haya sido oportunamente limitado cuando haya entrado en colisión con otro derecho como mínimo del mismo valor y que en el caso concreto tuviera que verse ponderado por encima del derecho a la libertad religiosa del trabajador.

Las eventuales colisiones de derechos, aunque no es necesario que se produzcan, pueden ser de muy distinta naturaleza, existiendo la posibilidad que la colisión se produzca con derechos y bienes del empresario, de otros trabajadores, de terceros e incluso de la Administración, que ostenta derechos legítimos e impone obligaciones jurídicas sobre trabajadores y empresarios. No es posible descubrir aquí una fórmula magistral que sirva para, de forma mecánica y uniforme, poder dar solución a todos los supuestos que se materialicen en la compleja y siempre cambiante realidad social¹⁸¹⁸. Pero por el contrario se pueden sistematizar algunos principios sólidos, como se ha ido haciendo hasta aquí, y descartar algunos criterios básicos para ayudar a resolver las colisiones en sede laboral. Y que, naturalmente, no coadyuven a neutralizar como regla general, y sin una buena razón para ello, el ejercicio del derecho. Al contrario, se partirá de su fuerza expansiva, como cualquier otro derecho fundamental.

La realidad social en el que se desarrollan los derechos inespecíficos es una realidad social particular y diferente a otras realidades. La mayoría de ciudadanos no trabajan por cuenta ajena por puro placer, aunque sus ocupaciones les guste (en caso contrario, por ejemplo, algunos lunes quizás un puñado de los trabajadores satisfechos con su trabajo preferirían quedarse en casa o hacer aquel día alguna otra actividad diferente a la laboralmente contratada); sino que el trabajo asalariado se erige de forma primaria como una necesidad para obtener una fuente de ingresos. Una necesidad perentoria que lo es para una gran proporción de la población del país. Desde dicho prisma la firma de un contrato no es del todo un acto de libertad, como tampoco lo es, aunque en términos diferentes, la firma de un contrato de suministro de electricidad. Así, no tiene sentido que el derecho a la libertad religiosa garantice al ciudadano que podrá ajustar a sus conductas a sus creencias, pero sólo en los festivos y en los días de vacaciones. Es

¹⁸¹⁸ "If we wish to live in the light of reason, we must follow rules or principles; for that is what being rational is. When these rules or principles conflict in concrete cases, to be rational is to follow the course of conduct which least obstructs the general pattern of life in which we believe. The right policy cannot be arrived at in a mechanical or deductive fashion: there are no hard-and-fast-rules to guide us; conditions are often unclear, and principles incapable of being fully analysed or articulated. We seek to adjust the unadjustable, we do the best we can". BERLIN: *Four essays...*, op. cit., p. LV; "Religious freedom may not be «the first freedom», and many would hold that there is no hierarchy off rights. If that is so, then all rights matter, and have to be balanced against each other. Religious freedom is, however, certainly not secondary to other rights. Rights to equality cannot trump those to religious freedom. We may then have to decide on a case-by-case basis, with the presumption that the principle of reasonable accommodation should be to the fore". TRIGG: *Equality, freedom...*, op. cit., p. 151.

decir, la gran mayoría de población, que debe trabajar por cuenta ajena para poder subsistir (por lo tanto, ha de suponerse que los creyentes se encuentran en una proporción parecida en esa mayoría de población que ha de trabajar), se les reconoce formalmente la libertad religiosa, pero para aquel tiempo restante en el que no estén laborando, que no es mucho en los tiempos actuales. Además, si se trata de creyentes de confesiones minoritarias resultará que cuando puedan dejar de trabajar para dedicarse a satisfacer sus necesidades religiosas (culto, rezos, festividades, peregrinaciones, etc.) lo deberán hacer en unos días y festivos que muy probablemente no coincidirán con los de su confesión. ¿De qué sirve que el Estado garantice al trabajador judío o adventista que no trabajará en domingo si el gran día religioso para ellos es el sábado? Pues bien, lo que se trata aquí es de examinar cómo compatibilizar en lo posible esas convicciones religiosas que el Estado entiende legítimas, con la prestación por cuenta ajena en una empresa que goza asimismo de una libertad legítima (art. 38 CE). Si se obliga a escindir la convicción por la mitad, tiempo de trabajo - tiempo de no trabajo, se intenta escindir a la persona; y ello jurídicamente ni es posible ni es deseable, sino más bien una fuente de conflicto.

En caso de colisión entre el derecho a la libertad religiosa del trabajador y los derechos del empresario, que detenta entre otros el poder directivo, organizativo y disciplinario, todos ellos derivados del derecho constitucional a la libertad de empresa, es necesario el establecimiento de límites a su disfrute. Quizás fue la promulgación del Estatuto de los Trabajadores en 1980 una ocasión perdida para regular sistemáticamente, con rango de ley, los límites del poder del empresario en relación a los derechos fundamentales del trabajador, incluido el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. En este caso se está ante un problema de colisión de derechos cuyos titulares son dos sujetos privados, con el añadido que uno de ellos está sometido a una relación de sujeción. A diferencia de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa española, la ley de libertad religiosa portuguesa de 6 de junio de 2001 (*Lei n.º 16/2001 de 22 de Junho da Liberdade Religiosa*) prevé expresamente en su art. 7 el supuesto de colisión entre derechos de diferentes personas, que es resuelto bajo el “principio de tolerancia”: “*Os conflitos entre a liberdade de consciência, de religião e de culto de uma pessoa e a de outra ou outras resolver-se-ão com tolerância, de modo a respeitar quanto possível a liberdade de cada uma*”.

Las colisiones constituyen situaciones de incompatibilidad, total o parcial, entre los ámbitos en los que norman jurídicamente los diferentes derechos (algunos de ellos pueden ser derechos fundamentales, o derechos simplemente reconocidos en la Constitución) y así hay que enfocar la situación. Para algún sector de la doctrina hay que huir del “desenfoque” que provoca analizar el conflicto desde un legalismo categórico y evitar considerar dicho conflicto desde un prisma negativo, cuando los conflictos entre derechos fundamentales e intereses contrapuestos son precisamente habituales e inevitables en las sociedades democráticas¹⁸¹⁹. Es evidente que en unas relaciones laborales insertas en un Derecho del Trabajo de corte autoritario, basadas en un modelo unitario, como el existente en España antes del advenimiento de la Constitución y la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, nunca se producirán dicha categoría de conflictos¹⁸²⁰. Si bajo el Fuero del Trabajo un trabajador adventista del Séptimo Día

¹⁸¹⁹ NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia...*, op. cit., p. 39.

¹⁸²⁰ Así, en pleno proceso de Transición política, la doctrina laboralista analizaba del siguiente modo el cambio de un modelo unitario (autoritario) a un modelo pluralista (shumpeteriano), de enfocar las relaciones laborales, y una vez constatado el fracaso en España de otros modelos

consideraba que no podía trabajar en sábado porque era contrario a sus más íntimas convicciones religiosas, obviamente no podía ni siquiera alegar su derecho a la libertad religiosa y, por lo tanto, no se podía hablar propiamente de colisión de derechos. En cambio, en la sociedad actual que se caracteriza por la existencia de trabajadores con una pluralidad de convicciones religiosas y unas relaciones de trabajo regidas por los derechos fundamentales, modulados o no, pero vigentes, es muy probable que surjan conflictos en los que se deban ponderar los intereses en liza. Si ello no ocurriera (y las colecciones de jurisprudencia constituyen un buen termómetro del estado de salud de los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral) sería porque probablemente existe alguna patología normativa que habría que solventar. Es decir, lo patológico o anormal es la inexistencia de conflictos. Como afirma la STC 154/2002 de 18 julio (BOE 7 de agosto de 2002) *"la aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades así como la laicidad y neutralidad del Estado"* (Fundamento Jurídico Séptimo).

Asimismo, cabe aclarar que la existencia de conflictividad no es óbice para la inoperancia del ordenamiento jurídico, ya que el ordenamiento laboral del Estado social y democrático de Derecho ha de ser capaz de adaptar sus normas a las convicciones de los trabajadores, religiosas o no, antes de forma preventiva y después de materializado el conflicto. De hecho, la doctrina ha considerado que los conflictos son prenormativos y que precisamente una de las funciones del Derecho es encauzarlos correctamente¹⁸²¹,

como el taylorismo: *"El conflicto como tal es considerado, primeramente, inevitable, y el precio necesario del cambio social y de la aceptación de un juego libre de las fuerzas sociales frente al control autoritario y centralizado que supone la búsqueda de un orden absoluto. Los conflictos son además legítimos pues las normas dominantes no se fundan necesariamente en un acuerdo unánime y sin reserva de la totalidad de los grupos sociales. Frente al punto de vista unitario que considera los conflictos irracionales y moralmente inaceptables, el enfoque pluralista ve a los conflictos como respuestas racionales por intereses racionales"*. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO - FERRER: "Un modelo democrático...", en AAVV: *Ideologías jurídicas...*, op. cit., p. 27. Según dicha teoría, *"el conflicto es pues un «desorden benigno» y la sociedad pluralista debe aceptar este cierto grado de desorden que debe ser integrado, aislado, rutinizado, y contenido dentro de unos límites"* (p. 28). En ese contexto, se citaba la función esencial de la negociación colectiva y del sindicato. En todo caso, la teoría era fuertemente criticada por el autor porque consideraba que partía de una premisa falsa, cual es que capital y trabajo están en una misma posición. Así, se criticaban no tanto los métodos y soluciones propugnados por la teoría pluralista, como sus bases conceptuales y objetivos pretendidos. Lo que resulta evidente es que la sociedad española es en la actualidad una sociedad aún más plural que la de la Transición, con muchos grupos sociales e intereses contrapuestos, por lo que los conflictos son inevitables y están al orden del día.

¹⁸²¹ *"El Derecho es, ciertamente una técnica instrumental de organización social establecida para la integración, institucionalización o juridificación de los conflictos sociales. A través de la norma jurídica se impone el cauce adecuado para la solución ordenada del conflicto (individual o colectivo), configurándose de este modo un sistema de seguridad y conservación de las relaciones sociales vigentes en un momento determinado. El conflicto de intereses es por ello una realidad social prenormativa, que el Derecho viene precisamente a integrar. La conflictividad social es así canalizada jurídicamente de acuerdo con el cuadro de intereses y valores propios de la opción política que expresa la norma jurídica en cuestión, que no son sino los del grupo o grupos sociales capaces de imponer, dentro de un sistema determinado (el juego de las mayorías parlamentarias en el sistema democrático), su voluntad organizativa"*. PALOMEQUE LÓPEZ: *Derecho del Trabajo...*, op. cit., p. 20. Si se trata de un sistema democrático maduro y consolidado la mayoría que cita el autor debería legislar pensando también en las minorías, pues en caso contrario, especialmente en materia religiosa, el ordenamiento jurídico quizás no será capaz de encauzar los conflictos jurídicos con daños irreparables para el conjunto del cuerpo social; y a lo mejor, incluso, los crea y aviva.

aunque se insiste que no debe olvidarse su relevante tarea preventiva. Como se ha podido comprobar al examinarse la evolución histórica de la libertad religiosa, las leyes no son neutrales, contienen valores, que normalmente son los mayoritarios en una sociedad dada, pero por la misma razón no serán compartidos por todos los trabajadores y en todo momento, y más cuando desde un punto de vista religioso ha existido una confesión mayoritaria hegemónica durante siglos, y al mismo tiempo existen una multitud de confesiones minoritarias, algunas nuevas, otras presente en España desde hace décadas. La acomodación razonable de las condiciones de trabajo bien entendida permite así no sólo el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, sino que mitiga las discriminaciones indirectas de normativas, usos y costumbres diseñados por las mayorías bajo un prisma formalmente "neutral"¹⁸²².

3.3.3. La noción de carga desproporcionada o indebida como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa

La vigencia del derecho constitucional a la libertad de empresa (art. 38 CE) conlleva que por muy legítimo que sea el ejercicio al derecho a la libertad religiosa, tal ejercicio debe estar sometido a unos límites contractuales, económicos y materiales. Se trataría de aquella noción que utiliza la normativa comunitaria en materia de discapacitados, y que está actualmente recogida en el art. 2.m) del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Tal precepto define los "ajustes razonables" del siguiente modo: "*son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos*". Ciertamente el precepto no define exactamente qué se entiende por "carga desproporcionada o indebida", porque dependerá de los factores concurrentes en cada caso concreto, pero resulta evidente que se deja expresa constancia jurídica de que por muy legítima que sea la introducción de unos ajustes, dichos ajustes estarán limitados o serán directamente inviables si materialmente no son posibles, o desde un punto de vista económico conllevarían una onerosidad excesiva o desproporcionada para la empresa. Cualquier acomodación ha de tener en cuenta que la empresa busca legítimamente el lucro para poder sobrevivir y desarrollarse como tal, por lo que se debe buscar un equilibrio con tal circunstancia¹⁸²³.

Si desde un punto de vista teórico y abstracto quizás procede realizar ajustes razonables, cuando dicha decisión es contrastada con la realidad del supuesto concreto se podrá

¹⁸²² SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO: *Musulmans a Catalunya...*, op. cit., p. 102.

¹⁸²³ En dicho sentido la doctrina estadounidense también busca el equilibrio entre el respeto de la libertad religiosa de los trabajadores y el respeto a las finalidades primordiales de la empresas mercantiles: "*The guiding principle of respectful pluralism is termed the presumption of inclusion. It can be stated as follows: To the greatest extent, workplace organizations should allow employees to express their religious, spiritual, cultural, political, and other commitments at work, subject to the limiting norms of noncoercion, nondegradation, and nonestablishment, and in consideration of the reasonable instrumental demands of the for-profit enterprise*". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 173.

comprobar que los recursos de una empresa son por definición limitados. El derecho a la libertad de empresa tiene por finalidad otorgar a las compañías y a los empresarios individuales el suficiente margen legal y la autonomía suficiente como para crear y desarrollar proyectos cuya finalidad es la obtención de lucro económico; y, por lo tanto, al mismo tiempo tal derecho garantiza que sobre las compañías no recaigan gravámenes desproporcionados que afecten al contenido esencial del derecho constitucional. Las compañías tienen derecho a obtener lucro económico con unos recursos limitados, por lo que no resulta procedente que se les imponga llevar a cabo ajustes si tales ajustes provocan una disfunción grave en su funcionamiento o una onerosidad fuera más allá de lo razonable.

Ello también ocurre en otros ordenamientos, como se ha tenido ocasión de comprobar. Por tal razón el Título VII de la norteamericana *Civil Rights Act* de 1964 define el término religión al mismo tiempo que se introduce el concepto de "*undue hardship*": "*The term «religion» includes all aspects of religious observance and practice, as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee's or prospective employee's religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer's business*".

Los motivos que puedan provocar la existencia de una carga desproporcionada pueden ser de muy distinta índole¹⁸²⁴. En todo caso deberían incluirse los costes desproporcionados anudados a que la empresa tuviera que contratar más personal; costes económicos de adaptaciones de la organización; costes administrativos; afectación grave de la actividad productiva¹⁸²⁵; transformación del contrato de trabajo del

¹⁸²⁴ En la Sección 12-IV del "*Compliance Manual*" de la U.S. Equal Employment Opportunity Commission de fecha 22 de julio de 2008 se recogen los criterios más habituales que maneja dicha Agencia federal y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos: "*To establish undue hardship, the employer must demonstrate that the accommodation would require more than de minimis cost. Factors to be considered are the identifiable cost in relation to the size and operating costs of the employer, and the number of individuals who will in fact need a particular accommodation.*" *Generally, the payment of administrative costs necessary for an accommodation, such as costs associated with rearranging schedules and recording substitutions for payroll purposes or infrequent or temporary payment of premium wages (e.g., overtime rates) while a more permanent accommodation is sought, will not constitute more than de minimis cost, whereas the regular payment of premium wages or the hiring of additional employees to provide an accommodation will generally cause an undue hardship to the employer. The Commission will presume that the infrequent payment of premium wages for a substitute or the payment of premium wages while a more permanent accommodation is being sought are costs which an employer can be required to bear as a means of providing reasonable accommodation. Costs to be considered include not only direct monetary costs but also the burden on the conduct of the employer's business. For example, courts have found undue hardship where the accommodation diminishes efficiency in other jobs, infringes on other employees' job rights or benefits, impairs workplace safety, or causes co-workers to carry the accommodated employee's share of potentially hazardous or burdensome work. Whether the proposed accommodation conflicts with another law will also be considered*". Como regla general en la presente investigación se considera que la afectación de los derechos de otros trabajadores que provocaría el ajuste solicitado han de considerarse en la ponderación de derechos y bienes, por lo que no deberían incluirse en este límite desde un punto de visat conceptual.

¹⁸²⁵ La eventual acomodación deberá tener en cuenta la afectación de la actividad productiva de la empresa: "*La regla de principio es clara: las obligaciones contractuales asumidas por el trabajador se modulan en función del derecho fundamental en juego, debidamente valorado, mediante limitaciones o restricciones que deriven del trabajo contratado o que sean indispensables y necesarias o «estrictamente imprescindibles» para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado*

trabajador con convicciones religiosas en especialmente oneroso para el empresario; puesta en peligro de puestos de trabajo; afectación grave en la relación con los clientes o en la imagen de la compañía; imposibilidad material de recolocar al trabajador en otro puesto de trabajo porque no existe tal puesto de trabajo, etc. Tal concepto jurídico en buena parte indeterminado debería irse concretando por la jurisprudencia, como ocurre en los Estados Unidos.

En todo caso, como se habrá tenido la ocasión de comprobar el concepto guarda cierta relación con la doctrina *rebus sic stantibus*, que tiene poca tradición en el ámbito laboral y que no está regulado legalmente. La STSJ de la Comunidad de Madrid, de 6 de marzo de 1996 (AS 1996, 531), analiza con profundidad la doctrina *rebus sic stantibus* con el pretexto de su posible aplicación en relación a un convenio colectivo, (origen histórico, las diversas teorías existentes en Derecho comparado, etc). Tal principio permite al deudor incumplir sus obligaciones jurídicas, lo cual afecta directamente al principio de *pacta sunt servanda* y a la seguridad jurídica, por lo que su aplicación ha sido tradicionalmente muy prudente. La sentencia citada, que resume la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, habla de hasta cuatro requisitos para que pueda actuar la doctrina:

- 1) Que se produzca una alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato, en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.
- 2) Que comparezca una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que rompa el equilibrio entre tales prestaciones.
- 3) Que ese resultado antedicho se produzca por la sobrevenencia de circunstancias radicalmente imprevisibles, insospechables al tiempo de concluir el negocio.
- 4) Que no exista otro modo, medio o manera de salvar o remediar el perjuicio que se produzca.

Como se puede comprobar concurren en el presente supuesto buena parte de los requisitos. Pero el que parece más problemático es el de considerar que las convicciones religiosas del trabajador que provoquen una alteración grave en la onerosidad del contrato sean unas circunstancias radicalmente imprevisibles, insospechables al tiempo de perfeccionarse el contrato de trabajo; especialmente en una sociedad tan heterogénea como es la española.

En todo caso, si concurre una carga desproporcionada o indebida, especialmente en las empresas pequeñas¹⁸²⁶, el empresario podrá rechazar legítimamente realizar el ajuste

desarrollo de la actividad productiva con aplicación del principio de proporcionalidad de los sacrificios". RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER: "La integración de los derechos...", en AAVV: *El modelo social...*, op. cit., pp. 218-219.

¹⁸²⁶ Las empresas más pequeñas serían en teoría las empresas más protegidas por esta limitación del ejercicio al derecho a la libertad religiosa, pues tendrán menos músculo financiero, gozarán de menos posibilidades de recolocar el trabajador en otros puestos de trabajo, estarán más limitadas para llevar a cabo cambios organizativos, etc. Así, como norma general el Título VII de la norteamericana *Civil Rights Act* de 1964 no resulta de aplicación a las empresas de menos de quince trabajadores: "The term «employer» means a person engaged in an industry affecting commerce who has fifteen or more employees for each working day in each of twenty or more calendar weeks in the current or preceding calendar year, and any agent of such a person". A falta de legislación en el caso español que limite la aplicación del derecho según el tamaño de la empresa el deber de acomodación se debería aplicar a todas las empresas independientemente

solicitado por el trabajador; o deberá realizarlo de forma parcial, pues el límite aquí tratado puede neutralizar el derecho a la libertad religiosa de forma total, o puede modularlo atendiendo las circunstancias. Si procede en principio la acomodación, y la empresa opone que le supone una carga desproporcionada o indebida, será tarea del empresario argumentar y en su caso acreditar especialmente dicha circunstancia. Es decir, recaerá sobre la empresa la tarea de acreditar la existencia e identidad suficiente de la carga desproporcionada o indebida.

Resulta claro que, como ocurre con el caso de la protección de los derechos de los trabajadores discapacitados o acontece en otros ordenamientos jurídicos en relación a los trabajadores con convicciones religiosas, el legislador debería más pronto que tarde llevar a cabo un desarrollo legal en la materia con la finalidad de garantizar en lo posible la seguridad jurídica y evitar al máximo que las controversias se judicialicen¹⁸²⁷. Tal desarrollo legal tendría como fundamento constitucional los arts. 9.3, 16 y 38 CE, pues debería conjugar el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, la eventual acomodación de las condiciones de trabajo, la seguridad jurídica y la protección del objetivo empresarial de obtener beneficios que justifica la existencia de la empresa mercantil como tal¹⁸²⁸.

Naturalmente, la promulgación de dicha ley sería controvertida, y debería ser fruto de un gran consenso de los sujetos afectados; como ocurre, por ejemplo, cuando se debate sobre el establecimiento o modificación de sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Es harto difícil ajustar

del tamaño, pero en la práctica aplicando de forma generosa este límite para proteger a las empresas más pequeñas de adaptaciones para ellas muy onerosas y problemáticas.

¹⁸²⁷ Sobre las virtudes que puede ofrecer el desarrollo legal en materia de colisión de derechos fundamentales y su modulación: "*A falta de indicaciones precisas sobre la modulación en los normalmente generales y abstractos enunciados constitucionales, no cabe duda de que la ley es el cauce más indicado en principio para proceder al ajuste o matización del alcance respectivo entre los derechos fundamentales y las obligaciones y exigencias derivadas del vínculo contractual, pro su competencia para la identificación de los poderes y garantías y para el establecimiento, en su caso, de límites o restricciones. En efecto, el legislador puede, dentro del marco constitucional, acotar el espacio de los derechos - precisando su contenido y límites - y también puede, naturalmente, precisar los ingredientes y el alcance del compromiso contractual, con la fijación de facultades y obligaciones para las partes contratantes. Por otra parte, la ley puede fijar también condiciones de modo, lugar y tiempo para la realización y exigibilidad práctica tanto de derechos fundamentales como de las obligaciones contractuales, que es precisamente lo que, en relación con los primeros, se denomina regulación del ejercicio de los derechos*". ÁLVAREZ ALONSO, Diego: "Modulación laboral de los derechos fundamentales, ponderación y principio de proporcionalidad", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014, pp. 2-3.

¹⁸²⁸ "*Workplace organizations in the so-called private sector are not (and should not be) religious institutions, and it bears restating that it is not their central purpose to serve as the principal religious site for employees. My analysis assumes that, within the bounds of legality and morality, companies have the legitimate right to seek profits and to pursue the financial interests of the company. The Nobel laureate in economics Milton Friedman asserts that «the one and only social responsibility of business [is] to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game». It is not necessary to embrace Friedman's unconditional view in order to recognize the very important point that, within appropriate constraints, companies have a worthy and legitimate (instrumental) goal of profitability. Practical concerns require that, while moral concerns about employees and managers are fundamental, companies need to be profitable in order to exist as workplaces over the long term*". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 162.

jurídicamente quién debe soportar los gravámenes y costes anudados a un hecho social con muchos sujetos implicados y establecer en qué grado¹⁸²⁹.

3.3.4. La ponderación de la libertad de empresa y de las convicciones religiosas de los trabajadores

3.3.4.1. Derecho sustantivo

En el caso español será necesario realizar una ponderación de derechos o bienes cuya respuesta no será válida para todo supuesto, sino que habrá que determinarla caso por caso. En un caso quizás habrá que dar preferencia a la seguridad jurídica sobre la libertad religiosa y en otro, según las circunstancias concurrentes, la solución correcta será la contraria¹⁸³⁰. Según el Tribunal Constitucional, desde el supuesto de hecho concreto hay que conjugar los derechos y libertades en colisión, sin establecer jerarquías y ponderando su eficacia recíproca.

ARIAS DOMÍNGUEZ y RUBIO SÁNCHEZ aprecian una evolución de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, desde una posición en la que ha de prevalecer el principio de neutralidad del empresario hasta una interpretación más dinámica de los deberes empresariales. Según estos autores, el Tribunal Constitucional interpretaría en los últimos tiempos el comportamiento empresarial desde una visión de fomento del ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores, garantizando, asimismo, el ejercicio de los mismos sin represalias¹⁸³¹.

Así pues, descritos los diferentes límites inherentes a los derechos inespecíficos en el contrato de trabajo y las reglas para solucionar los eventuales conflictos que puedan surgir con el ejercicio de sus derechos por parte de otros sujetos privados (empresario u otros trabajadores), es necesario examinar los diferentes supuestos que puedan surgir en materia de libertad religiosa y contrato de trabajo. Es tarea del jurista, y aunque sea una tarea enormemente delicada y compleja, la de delimitar aquellos intereses legítimos y conjugarlos, en lo posible, con el mínimo de sacrificio de los derechos fundamentales en juego¹⁸³². La empresa no es una organización impermeable y desconectada de la

¹⁸²⁹ "Preguntar si una sociedad es justa es preguntar por cómo distribuye las cosas que apreciamos: ingresos y patrimonios, deberes y derechos, poderes y oportunidades, oficios y honores. Una sociedad justa distribuye esos bienes como es debido; da a cada uno lo suyo. Lo difícil empieza cuando nos preguntamos qué es lo de cada uno, y por qué lo es". SANDEL: *Justicia: ¿hacemos...*, op. cit., p. 38.

¹⁸³⁰ BARRERO ORTEGA: *La libertad religiosa...*, op. cit., p. 223.

¹⁸³¹ ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel y RUBIO SÁNCHEZ, Francisco: "El derecho de los trabajadores a la intimidad". *Aranzadi Social*, 2006, núm. 26. Versión electrónica: www.westlaw.es (BIB 2006, 1231).

¹⁸³² El denominado método de "ponderación de bienes", a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, sirve para determinar "cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro derecho o con otros bienes o valores". Asimismo, "relaciona y jerarquiza, determinando el peso atribuible a cada uno de los elementos en colisión y que conduce sin remedio a hacer casi imposible una dogmática de los derechos fundamentales, sustituyéndola, quizás, por un trabajo de Sísifo". MARTÍNEZ ROCAMORA: "El principio de igualdad... (I)", op. cit., p. 628. Metáfora que es reiterada por el autor en MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel: *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. 1ª edición. Barcelona: CEDECS, 1998, p. 111. Por lo tanto, se deberá estar siempre al caso concreto. Sin embargo, obviando la pena a la que fue condenado Sísifo, se intentarán ofrecer orientaciones dogmáticas que permitan un análisis viable de los supuestos concretos. En extenso sobre el principio general de igualdad y la prohibición de

sociedad, sino que es un ente social inserto en ella y en constante evolución¹⁸³³. Por ello, se intentará realizar un ejercicio de reflexión teniendo en cuenta que la racionalidad económica no puede ser la única legitimación de las decisiones empresariales cuando afectan a derechos fundamentales¹⁸³⁴; y que cuanto más plural es una sociedad mayor complejidad y calado poseen las decisiones de los individuos basadas en principios morales, que pueden encontrar su origen en la religión, pero también en las más variadas convicciones (ideológicas, ateas, etc.). Cuanto menos homogénea es una sociedad, probablemente menos principios morales comunes se comparten¹⁸³⁵; de ahí los mayores esfuerzos que debe realizar el legislador para plasmar en las leyes valores que sí puedan ser compartidos por todos los ciudadanos.

Así, es evidente que la principal fuente de colisiones en cuanto al ejercicio del derecho a la libertad religiosa será con el derecho constitucional a la libertad de empresa, cuyo contenido evoluciona con el tiempo, con la realidad económica que pretende regular, y sus facultades son múltiples; el ejercicio de algunas de las cuales friccionarán con facilidad con el derecho del trabajador. Así, se ha contrapuesto precisamente tal derecho

discriminación en el contrato de trabajo: pp. 149-192. Ya en el 1983 advertía ALONSO OLEA: “*La búsqueda de la igualdad, en suma, el principio básico sustancial del modelo de relaciones de trabajo querido por la Constitución es una tarea ardua u que debe concitar todos los esfuerzos, señaladamente los del jurista. Sólo el tiempo nos mostrará los resultados*”. ALONSO OLEA: “Discriminaciones laborales...”, *op. cit.*, p. 608.

¹⁸³³ Para MARTÍNEZ ROCAMORA la empresa es algo más que un mero centro de interés privado, ya que tiene relevancia pública por dos razones. La primera, porque la productividad de las empresas es de interés general (art. 38 CE), por lo que los poderes públicos deben defenderla. Y en segundo lugar, porque la empresa es una comunidad humana, por lo que deben quedar garantizados los derechos fundamentales en su seno. MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel: “El principio de igualdad en la relación de trabajo (Un apunte sobre la eficacia *inter privatos* del artículo 14 de la Constitución) (y II)”. *Actualidad Laboral*, 1996, núm. 33, p. 642. También en MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel: *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. 1ª edición. Barcelona: CEDECS, 1998, p. 128. En opinión de ALONSO OLEA en las relaciones laborales una práctica individual, por su carácter masivo, “*puede estar generalizada de tal forma que aparezca como atentatoria a la Constitución. No es lo mismo que un empresario individual con uno o dos trabajadores a su servicio contrate a quien quiera, que esto mismo referido a un empresario que ocupe a decenas, centenares o millares de trabajadores, si deja de contratar a trabajador o trabajadores determinados discriminando contra ellos por las razones que la Constitución prohíbe. La gran empresa es un poder cuasi – público*”. ALONSO OLEA: “Discriminaciones laborales...”, *op. cit.*, pp. 607-608. Un ejemplo de práctica masiva discriminatoria en una gran empresa la encontramos precisamente en la relevante STSJ de Cataluña nº 5340/2006, de 12 de julio (AS 2007, 509).

¹⁸³⁴ “*La racionalidad económica no puede ser el único factor de legitimación de las decisiones empresariales cuando éstas afectan a derechos fundamentales del trabajador como productor y como persona. Sin negar la lógica productiva y la racionalidad económica ni los poderes empresariales sobre las que se sustenta el sistema de libre empresa, la Constitución y los derechos fundamentales deben enmarcar y someter a una revisión crítica de lógica a esos poderes para tener en cuenta los valores constitucionales en torno al trabajo a valorar razones, a ponderar intereses, a justificar decisiones empresariales en terrenos antes propios y de exclusiva titularidad empresarial, de modo que la titularidad empresarial sobre la organización no implica que la sistemática prevalencia de su interés sobre cualquier otro contrapuesto no reconducible al esquema del intercambio económico trabajo – salario*”. RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO – FERRER: “Derechos fundamentales del trabajador...”, en AAVV: *El trabajo y la Constitución...*, *op. cit.*, p. 542.

¹⁸³⁵ “*How universal moral truths bear on choices in particular cultures is also somewhat complicated. Some moral statements may be universally true: love is intrinsically better than hate, happiness is preferable to unhappiness, inflicting unnecessary suffering is wrong, respecting the dignity of others right. But other moral statements may vary depending on cultural setting. By this I mean not only that aspects of the social morality of cultures vary, but that what it is really right to do also varies*”. GREENWALT: *Conflicts of law...*, *op. cit.*, p. 36.

a la libertad de empresa, que se caracterizaría por ser dinámico, a los de libertad de conciencia o ideológica, que tendrán “*un objeto más estable*”¹⁸³⁶. Lo cierto es que el “objeto”, o mejor dicho, las realidades sociales que regulan o garantizan los derechos de conciencia, y especialmente el derecho a la libertad religiosa, cambian a una velocidad parecida al mercado. Sin perjuicio de las tesis weberianas sobre los cambios económicos en relación a los cambios en la mentalidad religiosa, y a las que ya se ha tenido la ocasión de aludir en otro momento, hay que decir que no sólo han cambiado profundamente las conciencias, en el sentido de la existencia de un mayor pluralismo religioso desde que se promulgó la Constitución en 1978, y al mismo tiempo como consecuencia de una aceleración del proceso secularizador. Mas las manifestaciones de tales conciencias en su vertiente individual (la comunitaria quedaría fuera del objeto de la presente investigación, más allá de su reflejo en la empresa de tendencia), se producen en la actualidad en todo lugar y en todo momento, no se limitan al ámbito privado o al ámbito público institucional definido por el poder.

El creyente o el ateo siguen siendo ateos o creyentes en el centro de trabajo, no quieren relegar sus convicciones a un segundo plano, desean ante todo y en lo posible ajustar su conducta a sus convicciones, estén donde estén, sin verse despojados de su cosmovisión, aunque sea temporalmente y mientras dura su prestación de servicios¹⁸³⁷. Así, si la libertad de empresa positivada en 1978 se reconoció en un ambiente de crisis económica y de abandono de las arcaicas estructuras económicas heredadas del franquismo y, por lo tanto, ha recorrido un gran trecho hasta la libertad de empresa que se pueda reconocer hoy; la libertad religiosa no ha sido menos dinámica, se ha visto forzada a adaptarse a la realidad pluricultural del siglo XXI, donde la globalización no es sólo económica, también cultural, religiosa. Ahora bien, como se pone de manifiesto de forma reiterada en la presente investigación la realidad social de la libertad religiosa está en un punto mucho más avanzado que el derecho que la debe regular. Si la libertad de empresa ha sido ajustada mucho más desde un punto de vista jurídico a la realidad económica que regula, ello no ha ocurrido del todo con la libertad religiosa. Ahora bien, resulta evidente que libertad de empresa y libertad religiosa en las relaciones laborales son diferentes caras de la misma moneda. Si se garantiza en un mayor grado la libertad religiosa en la empresa, la libertad de empresa será casi con total seguridad limitada en alguna o algunas de sus vertientes y facultades. Y a la dinamicidad de ambos derechos cabe añadir la acusada dinamicidad de la relación laboral.

¹⁸³⁶ GARCÍA VITORIA, Ignacio: *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 108.

¹⁸³⁷ Aunque sometidos a limitaciones, como no podría ser de otro modo, los derechos a la libertad religiosa y el derecho a la libertad ideológica son derechos que tienden a expandirse, como ha reconocido la doctrina: “*Los derechos incluidos en el artículo 16 de la Constitución, en particular, el de libertad religiosa, tienen (...) una naturaleza expansiva que hace que se proyecte sobre realidades y sobre otros derechos y libertades individuales. En realidad, el derecho a la libertad religiosa, en buena medida, se realiza en el ejercicio de esos otros derechos y libertades al tiempo que los condiciona. Ello se debe a la peculiar naturaleza irradiante que le caracteriza. Si la libertad religiosa y la ideológica es la libertad para profesar aquellas creencias, sean o no religiosas, que pensamos más adecuadas a nuestro carácter, a nuestras actitudes, a nuestra formación, lógicamente deben proyectarse, plasmarse y realizarse en nuestras acciones concretas, en nuestros proyectos, lo que, en definitiva les da un sentido y una orientación. Se tienen una serie de convicciones o una determinada cosmovisión no para recluirlas en el ámbito de nuestra conciencia, sino para exteriorizarlas y, por tanto, manifestarlas*”. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *Constitución y libertad...*, op. cit., p. 344.

3.3.4.2. Derecho procesal: la ponderación judicial y las consecuencias jurídicas de la acomodación

Con anterioridad ya ha sido detallado en qué consiste la operación de ponderación de derechos y bienes en caso de colisión, y cuál es su dinámica. En otros apartados se desgranar algunos criterios de especial relevancia para resolver los supuestos en los que uno de los derechos en pugna es el derecho a la libertad religiosa del trabajador (o el instrumental derecho a la objeción de conciencia).

Pues bien, cuando se pretende ejercer el derecho, es el trabajador el primero que debe determinar el alcance de su conducta, cuando pretende ejercer su derecho desde una vertiente positiva. Una vez el empresario es instado a ajustar las condiciones de trabajo de acuerdo con las convicciones del trabajador dicho empresario estará en condiciones de realizar la ponderación de derechos y bienes de forma completa de acuerdo con la exteriorización de voluntad y petición del trabajador. Será el empresario el que podrá oponer límites como la existencia de una carga indebida o desproporcionada; o si, por ejemplo, antes de ponderar derecho alguno, entiende que concurre mala fe por parte del trabajador o abuso de derecho, de acuerdo con las circunstancias concurrentes¹⁸³⁸.

Es cuando trabajador y empresa no anuden las mismas consecuencias jurídicas al material fáctico existente que el juzgador deberá realizar su propia ponderación de derechos y bienes, y establecer los límites oportunos¹⁸³⁹. Por eso se ha afirmado en varias ocasiones que será el juzgador el principal garante de gestionar la pluralidad existente en las empresas a falta de los desarrollos legales óptimos, a falta de una tradición negociadora de empresas y trabajadores en esta materia, y en definitiva, como garantes de los derechos fundamentales. Y en especial, una gran parte del peso recaerá

¹⁸³⁸ "El reconocimiento a favor de los trabajadores, en cuanto sujetos de una relación privada, de unos derechos amparados con la veste de la fundamentalidad no sólo ha colaborado a un replanteamiento dogmático de la eficacia de los derechos fundamentales; también ha contribuido, a través de un dialogo recíproco, a una reformulación dogmática de las posiciones jurídicas, activas y pasivas, de las partes del contrato de trabajo". VALDÉS DAL-RÉ: "Persona del trabajador, Constitución...", en AAVV: *La igualdad ante la ley...*, op. cit., pp. 1302-1303. En la materia estudiada aquí, tal constatación es clara, pues el trabajador podía adoptar una posición activa (vertiente positiva del derecho a la libertad religiosa) o pasiva (vertiente negativa de dicho derecho y ejercicio en su caso del derecho a la objeción de conciencia). En el caso de la otra parte de la relación laboral, el empresario, ocurre lo mismo. Podrá desarrollar una posición activa (alteración de las condiciones de trabajo con afectación del derecho a la libertad religiosa del trabajador) o bien una posición pasiva (podrá ser objeto de una petición de acomodación de las condiciones de trabajo de acuerdo con las convicciones religiosas de un trabajador). Frente a las dos partes contractuales, se erigirá el juzgador como supraparte en el caso de una controversia que no sea posible encauzar por las mismas partes.

¹⁸³⁹ Se ha afirmado con razón: "El contexto normativo no siempre ofrece un panorama suficientemente para abordar los términos de la proyección laboral de los derechos fundamentales conforme a pautas claramente predeterminadas sobre su adecuada adaptación al contexto de la relación de trabajo. Muchas veces se carece de referencias normativas expresas, o las que existen son incompletas o insuficientes para acometer tan sólo sobre esa base la delicada tarea de modulación. En tal hipótesis, son los operadores jurídicos, y en último término los órganos jurisdiccionales, los llamados a deslindar el «espacio» respectivo de los derechos fundamentales y las exigencias propias del contrato de trabajo, aun sin el auxilio de un marco legal de referencia". ÁLVAREZ ALONSO: "Modulación laboral...", op. cit., p. 3. Dicha aportación teórica en el interesante y complejo campo de la colisión de derechos fundamentales y su necesaria modulación en sede laboral se ajusta a la perfección al caso aquí tratado, como se desprende de la argumentación sostenida: primera actividad del trabajador, segunda actividad también necesaria e ineludible del empresario, y quizás necesidad del concurso del juzgador como supraparte imparcial.

en instancia sobre los juzgados de lo social al sustanciarse la mayoría de las controversias como conflictos jurídicos individuales: impugnaciones de sanciones disciplinarias y despidos, acciones tendentes a la tutela de derechos fundamentales, etc.

Como se ha podido comprobar, la tarea del juzgador no es nada fácil, a falta de desarrollo legislativo¹⁸⁴⁰, pero también ante la falta de tesis doctrinales sistemáticas y desarrolladas en la materia, especialmente por parte de la justicia constitucional¹⁸⁴¹. La solución jurídica podría ser fácil de resolver si ante un ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa se opusiera como límite un derecho que no tuviera naturaleza jurisdiccional, pues en tal caso es evidente que debiera prevalecer en toda su extensión el derecho constitucional¹⁸⁴². El problema es que tal postura dogmática es clara desde un punto de vista teórico, pero en la práctica no es tan sencillo deslindar los derechos y bienes con trascendencia constitucional de los que no la poseen. En la presente investigación se señalan algunos criterios a través de los cuales se pueden identificar facultades empresariales que son encuadrables en el derecho constitucional a la libertad de empresa (art. 38 CE)¹⁸⁴³, pero la realidad social laboral es más compleja que cualquier construcción teórica, y cualquier solución no podrá perder de vista el caso concreto.

A ello no resulta óbice que conforme trabajadores, empresas y juzgadores interioricen el derecho a la libertad religiosa en el contexto de la relación laboral, y tal acomodación

¹⁸⁴⁰ Tal falta de desarrollo legal ha sido enfatizado por la doctrina: "*Aunque la doctrina constitucional se afana en definir cuándo existe idoneidad, necesidad, proporcionalidad y justificación, estamos ante conceptos que sólo pueden analizarse a la luz de cada caso concreto (como reconoce expresamente el propio Tribunal Constitucional en múltiples pronunciamientos). Sin desconocer el mérito que tiene esta base doctrinal, que de algún modo salva la ausencia de disposiciones legales adecuadas o suficientes, no puede negarse que faltan soluciones rotundas y diáfanas. (...) Quizá lo único seguro es que toda limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores en virtud de los poderes empresariales ha de observarse restrictivamente*". SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina: "Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva", en AAVV: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 280.

¹⁸⁴¹ "*La orientación de la jurisprudencia constitucional parece ir en la línea del reconocimiento de que el derecho a conducirse según las propias convicciones no tienen en la práctica (incluso en las relaciones de trabajo) otra limitación que el respeto a los derechos fundamentales de los demás y a los bienes jurídicos protegidos por la Constitución*". ROCA FERNÁNDEZ: "Dignidad de la persona...", en AAVV: *Opciones de conciencia...*, op. cit., pp. 62-63. Aunque dicho aserto es fundamentalmente correcto, hay que decir que de tal afirmación se desprende una interpretación un tanto optimista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si se considera los constantes vaivenes de su doctrina, la falta de sistematicidad y claridad de sus postulados; y su renuencia a aceptar más allá de postulados meramente teóricos la necesidad de restringir los derechos de otros sujetos (normalmente del empresario) para que el trabajador pueda ejercer el derecho a la objeción de conciencia por razones religiosas o el derecho a la libertad religiosa en su vertiente positiva.

¹⁸⁴² "*Los conflictos entre el ejercicio de las opciones de conciencia y bienes jurídicos carentes de específica tutela constitucional, en principio, no plantean grandes dificultades, puesto que estos últimos deberían ceder ante lo que es una manifestación de las libertades ideológica y religiosa consagradas por la Constitución*". MACHO, Luis Miguel: "Límites a la regulación por ley de las opciones de conciencia", en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 142.

¹⁸⁴³ Un resumen actualizado de algunos de los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional a lo largo del tiempo puede localizarse en la STC 170/2013, de 7 de octubre (BOE 7 de noviembre de 2013, Fundamento Jurídico Tercero). Por otro lado, un resumen de las sentencias sobre el juicio de proporcionalidad sobre medidas restrictivas de los derechos fundamentales se pueden encontrar en la STC 37/1998, de 17 de febrero (BOE 17 de marzo de 1998, Fundamento Jurídico Octavo).

pase a ser una operación rutinaria como lo constituye adaptar un puesto de trabajo a un trabajador discapacitado, adaptar un puesto de trabajo eliminando en lo posible los riesgos laborales, o la plasmación práctica de la reducción y concreción horaria en el caso de guarda legal de un menor de doce años¹⁸⁴⁴. Además, la existencia de precedentes jurisprudenciales y la creación de un *corpus* doctrinal ayudarían con el tiempo ya no sólo la resolución de los conflictos, sino su simple prevención, tal y como ocurre en los Estados Unidos; pues tanto trabajadores como empresarios sabrían en buena medida hasta dónde podrían llegar, y los órganos jurisdiccionales podrán fallar con mayor previsibilidad¹⁸⁴⁵.

¹⁸⁴⁴ Así, se ha puesto de manifiesto desde la Filosofía del Derecho que la multiculturalidad no plantea en la mayoría de los casos conflictos complejos, sino que en la gran mayoría de supuestos se trata del ejercicio de los derechos más clásicos y la problemática se centra en el establecimiento de límites en el ejercicio de los derechos a través de su ponderación. Por tales razones, y a falta de respuestas del legislador, el autor enfatiza la relevancia de la labor judicial en la "gestión de la multiculturalidad". DE LUCAS MARTÍN: "Superar el vínculo...", *op. cit.*, p. 39. Los verdaderos dilemas serán pocos en la práctica, pues en el ámbito laboral, a diferencia de otras realidades sociales, es más permeable a los ajustes y reajustes. Los derechos fundamentales tienen siempre límites, por mucho que sus titulares pretendan que los valores por ellos sostenidos son absolutos, inmutables, irreductibles: "*The world that we encounter in ordinary experience is one in which we are faced with choices between ends equally ultimate, and claims equally absolute, the realization of some of which must inevitably involve the sacrifice of others. Indeed, it is because this is their situation that men place such immense value upon the freedom to choose; for if they had assurance that in some perfect state, realizable by men on earth, no ends pursued by them would ever be in conflict, the necessity and agony of choice would disappear, and with it the central importance of the freedom to choose*". BERLIN: *Four essays...*, *op. cit.*, p. 168.

¹⁸⁴⁵ "Law is only one force in any democratic society, and constitutional law is only one, sometimes small, part of the legal order. Nonetheless, we can see clearly how the fluid and ill-defined character of fundamental constitution principles made this mess worse, and how their gradual clarification, through a growing tradition of precedent, began to make it better". NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, *op. cit.*, p. 222. Aunque en principio podría parecer que dicha afirmación sólo sería válida en un sistema de *common law*, parece evidente que los precedentes del Tribunal Constitucional y de la Sala IV del Tribunal Supremo, en su genuina función del art. 1.6 CC, en la materia son y serán claves a falta de mayor material legislativo que el existente. Especialmente será relevante la interpretación del derecho a la libertad religiosa a la luz de las normas internacionales. O dicho de manera magistral: "La «ponderación de bienes en el caso particular», llevada a cabo cada vez con más frecuencia por los tribunales, es un método de desarrollo del Derecho, porque sirve para solucionar colisiones de normas - para las que falta una regla expresa en la ley -, para delimitar unas de otras las esferas de aplicación de las normas que se entrecruzan y, de este modo, concretizar los derechos (...). Lo mismo que en la concretización paulatina de pautas de valoración que precisan ser llenadas de contenido por parte de la jurisprudencia de los tribunales, también aquí es de esperar que, con el aumento de sentencias de los más altos tribunales, se han de crear posibilidades de comparación, mediante las cuales los márgenes que quedan de libre enjuiciamiento serán reducidos. Pero, puesto que cada vez se requerirá la consideración de todas las circunstancias del caso particular, que nunca son iguales en todo, no se debe esperar que, con el tiempo, habrían de formarse reglas fijas que posibilitaran una subsunción simple del caso particular. La comparación de casos posibilita analogías y quizá una cierta tipificación de los casos; la «ponderación» de bienes se facilitará de ese modo, pero no se hará superflua". LARENZ: *Metodología de la ciencia...*, *op. cit.*, p. 409. Respecto a la función del Tribunal Constitucional en la resolución de conflictos en los que intervenga el Derecho privado la doctrina alemana ha dejado sentado lo siguiente: "Por lo que respecta al control del Tribunal Constitucional, el peso principal se desplaza así del control de la aplicación de las normas en el caso concreto a la cuestión de si el legislador del Derecho Privado ha hecho valer el contenido de los derechos fundamentales mediante las modificaciones precisas, esto es, al control de normas, que, frente a lo que ocurre con el control de las decisiones de los tribunales civiles, forma parte de las auténticas tareas de la jurisdicción constitucional. La aplicación inmediata de los derechos fundamentales por los tribunales civiles que siga existiendo ya no debería dar lugar a dificultades serias, al menos si no se pierde de vista que los derechos fundamentales tampoco hoy trazan algo

En la realidad social cuando existe un conflicto entre dos derechos, entre dos valores, pocas veces constituye lo que en lógica es un dilema; es decir, no es frecuente que se haya de optar disyuntivamente por uno o el otro, y el no elegido quede así totalmente postergado. Tal supuesto no es habitual, porque la normal es que existan varios valores en liza, no sólo dos, y que no sea estrictamente necesario optar de forma absoluta por el uno o el otro. La opción óptima, y la más acorde a la Constitución, es la que intenta compatibilizar los dos valores, o los que concurren, en su máxima extensión con la mínima limitación posible. No hay que reducir los conflictos a dilemas y en cambio hay que buscar soluciones intermedias, aunque tal opción sea obviamente más compleja que limitarse a eliminar el derecho o bien menos relevantes o menos preponderante en cada caso¹⁸⁴⁶.

En el supuesto de las relaciones laborales hay que intentar acomodar la situación y el empresario debe estar atento a que el trabajador ejerza correctamente el derecho y no concorra lo que constituiría una carga indebida o desproporcionada sobre la empresa. Quien mejor conoce la empresa y sus posibilidades es sin duda el mismo empresario; quien sabrá si es factible económica u organizativamente recolocar a una persona, si la contratación de una persona que cubra el turno que el trabajador con convicciones religiosas deja de hacer supone una carga económica inasumible, si los clientes pueden ser afectados de forma desproporcionada por el ejercicio del derecho del trabajador, etc. Y como contrapartida, tal y como ya se ha avanzado, el juzgador deberá ser capaz de tener en cuenta en la operación de ponderación que las posiciones de empresa y trabajador no están ni muchos menos igualadas, de ahí que dicha operación pueda servir para reequilibrar cuando proceda la relación laboral¹⁸⁴⁷.

Todo ello sin olvidar que si bien las relaciones *inter privatos* ya no sólo están reguladas por normas privadas, pues se sobrepone a dicha dimensión el sistema constitucional de derechos fundamentales¹⁸⁴⁸, no es menos cierto que para resolver conflictos que afectan

así como las líneas fundamentales del ordenamiento jurídico-privado, sino que siguen siendo garantías específicas, puntuales, que sirven a la protección de ámbitos particularmente amenazados de la libertad humana". HESSE: Derecho Constitucional..., op. cit., pp. 66-67.

¹⁸⁴⁶ GARCÍA GUILLÉN: "Historia de la objeción...", en AAVV: *Objeción de conciencia...*, op. cit., pp. 41-42.

¹⁸⁴⁷ "La doctrina judicial no concede el mismo valor a los dos intereses en presencia (de los trabajadores, del empresario); el equilibrio entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de dirección del empresario no está en el punto medio entre ambos, porque tampoco los dos se encuentran en el mismo plano de relevancia constitucional. Cuando se exige que toda limitación a los derechos fundamentales supere el triple test de proporcionalidad y que, además, esté estrictamente justificada, se está afirmando su carácter excepcional; sólo en tales casos cabrá limitar los derechos de los trabajadores. Por el contrario, si falla alguno de estos requisitos o condicionamientos acumulativos, el derecho fundamental de que se trate queda blindado frente al poder de dirección empresarial, y cualquier negación o restricción del mismo ha de considerarse como una vulneración". SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI: "Los derechos fundamentales...", en AAVV: *El modelo social en la Constitución...*, op. cit., p. 280.

¹⁸⁴⁸ Sobre la afectación de Derecho privado por el Derecho Constitucional (*Drittwirkung*): "Al Derecho Privado, que hasta ahora determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien consiste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados, cuyo significado para el caso concreto siempre será de más difícil determinación que el correspondiente a las normas pertinentes del Derecho Privado: la claridad y la certeza jurídicas, necesarias justamente para el tráfico jurídico-privado, resultan afectadas de modo no irrelevante. La falta de claridad se incrementa por la peculiaridad de la constelación de derechos fundamentales". HESSE: *Derecho Constitucional y Derecho...*, op. cit.,

a partes privadas en relación a intereses eminentemente privados, hay que dosificar el efecto normativo del derecho fundamental a la libertad religiosa sin obstaculizar indebidamente el tráfico privado. Así, los principios de buena fe, autonomía de la voluntad y *pacta sunt servanda* han de ser aplicados correctamente; sin olvidar que el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) tiene una clara naturaleza constitucional y su aplicación en la relación laboral ha de aplicarse con precaución, pero bien aplicado tiene unos efectos muy beneficiosos para el conjunto del sistema.

La operación de ponderación, por naturaleza, no lleva anudada como regla general una sola solución posible. Así, como se trata de poner en la balanza los derechos en juego y que colisionen, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, y todo ello de acuerdo con el principio de buena fe que preside las relaciones laborales, es prácticamente imposible que se den dos casos idénticos, y si se dieran que fueran resueltos de la misma manera¹⁸⁴⁹. Desechando toda óptica utilitarista o guiada por la intuición¹⁸⁵⁰, métodos jurídicos que no tienen cabida en el Estado de Derecho español, es

pp. 59-60. Lo mismo ocurre en el Derecho laboral español. Aunque aquí la peculiaridad estriba en que concurren intereses privados y públicos al mismo tiempo. Ahora bien, es evidente que es necesaria la suficiente seguridad jurídica para que el tráfico económico y jurídico privado se desarrolle de forma óptima, por lo que sería deseable que la regulación de las relaciones laborales se viera reforzada por un mayor desarrollo legal de la dinámica del derecho fundamental a la libertad religiosa en dichas relaciones; al menos en aquellos puntos más claves, como pueden ser los descansos semanales o la exoneración del cumplimiento de ciertas obligaciones jurídicas lesivas para tal derecho fundamental (por ejemplo, respecto a la indumentaria). Asimismo, otro autor alemán de primer nivel en esta materia recuerda la relevancia de reconocer los principios privatísticos: *"El tribunal civil tiene que tener en cuenta los principios iusfundamentales que apoyan las posiciones que respectivamente hacen valer las partes; por otra, tiene que aplicar el derecho privado vigente en la medida en que ello no sea incompatible en cada interpretación con los principios de derecho fundamental. Que en los casos en donde es relevante los efectos entre terceros tienen que jugar un papel importante, no sólo los principios de derecho fundamental, sino también el derecho privado, es algo que puede reconocerse en que, en muchos casos, los principios de derechos fundamental admiten como iusfundamentalmente posibles varias soluciones y en que el juez no sólo está vinculado a principios materiales de derecho fundamental sino también a otras múltiples vinculaciones, tales como las que resultan de los principios formales del respeto de las decisiones del legislador democráticamente legitimado y de los precedentes. Esto lo satisface el derecho, aquí mencionado, frente al tribunal civil, por cuanto éste exige que los principios de derecho fundamental sean tenidos en cuenta en la «medida que es debida»".* ALEX: *Teoría de los derechos...*, op. cit., pp. 476-477.

¹⁸⁴⁹ *"Judicial decision, especially on matters of high constitutional import, often involves a choice between moral values, and not merely the application of some single outstanding moral principle; for it is folly to believe that where the meaning of the law is in doubt, morality always has a clear answer to offer. At this point judges may again make a choice which is neither arbitrary nor mechanical; and here often display characteristic judicial virtues, the special appropriateness of which to legal decision explains why some fell reluctant to call such judicial activity «legislative». These virtues are: impartiality and neutrality in surveying the alternatives; consideration for the interest of all who will be affected; and a concern to deploy some acceptable general principle as a reasoned basis for decision. No doubt because a plurality of such principles is always possible it cannot be demonstrated that a decision is uniquely correct: but it may be made acceptable as the reasoned product of informed impartial choice. In all this we have the «weighing» and «balancing» characteristic of the effort to do justice between competing interests".* HART: *The concept...*, op. cit., pp. 204-205.

¹⁸⁵⁰ Hay autores que consideran que no es posible dar una respuesta óptima cuando se debe escoger entre dos valores y optan por recurrir a la intuición. Sobre la corriente jurídica denominada *"intuitionism"* vid. RAWLS, John: *A theory of justice...*, op. cit., pp. 34-40. Según dichas teorías no existe un orden de criterios predeterminados, sistemáticos y superiores para escoger qué principios deben prevalecer cuando colisionan, de ahí que la solución venga dada por la capacidad intuitiva. En el caso del Derecho español no colisionan valores, sino derechos. Y a partir de la

evidente que no se trata de una operación matemática o mecánica; pero, sin obviar las críticas que recibe en cuanto a lo dificultoso de mantener un nivel aceptable de seguridad jurídica, no es menos cierto que resulta ideal para aplicar de forma flexible el derecho a supuestos, contextos y momentos muy diferentes entre ellos¹⁸⁵¹. Así, se puede conseguir con las máximas garantías posibles, a falta de un modo alternativo de proceder, que los derechos produzcan efectos jurídicos en la máxima extensión posible dentro de su delimitación¹⁸⁵².

En caso de ejercicio del derecho a la libertad religiosa de forma abusiva y contraria al principio de buena fe, la consecuencia jurídica es que el contrato deberá seguir ejecutándose según las condiciones laborales que primaban hasta ese momento. Y si el trabajador considera que no puede continuar por suponer las condiciones de trabajo una afrenta a sus convicciones religiosas, al no quedar amparado por el Derecho, sólo le quedará dimitir si así lo desea (art. 49.1.d ET). La solución jurídica es la misma cuando el ejercicio del derecho queda totalmente neutralizado por la aplicación de un límite infranqueable. Por ejemplo, cuando el trabajador pretenda ejercer su derecho a la libertad religiosa con afectación de la dignidad de otro trabajador; o cuando su ejercicio sitúa a otro trabajador en una posición discriminatoria.

La realidad social es muy rica al respecto como ejemplifica el siguiente supuesto. Imagínese que un trabajador judío trabaja para un empresario también judío. Según el Derecho judío existen tres tipos de excomunión (*nezifah*, *nidduy* y *herem*). En el caso más grave de excomunión, que significa el apartamiento del infractor de su comunidad religiosa, no se permite a nadie, entre otros extremos, trabajar para dicho infractor¹⁸⁵³. En

Constitución es posible extraer la necesaria sistematicidad para resolver las colisiones en sede laboral, tal y como intentan demostrar las tesis defendidas en el presente trabajo. Las teorías partidarias del utilitarismo, que no son compartidas en general en la presente investigación, rechazan la necesidad de utilizar la intuición para establecer preferencias y órdenes de prioridad entre valores concurrentes. Sobre dichas teorías puede consultarse RAWLS: *A theory of justice...*, op. cit., pp. 40 y siguientes. Asimismo vid. STUART MILL, John: "Utilitarianism", en AAVV: *Utilitarianism and On Liberty*. 2ª edición. Oxford: Blackwell, 2003, pp. 182-183.

¹⁸⁵¹ "El empresario debe tener en cuenta los derechos fundamentales del trabajador al valorar razones, a ponderar intereses, a justificar decisiones en terrenos propios y de exclusiva titularidad empresarial. Sin negar la lógica productiva ni la racionalidad económica, sobre la que se sustenta el sistema de libre empresa, los derechos fundamentales enmarcan esa lógica de modo que la titularidad empresarial sobre la organización no implica la sistemática prevalencia de su interés sobre cualquier otro contrapuesto, no reconducible al intercambio económico trabajo-salario. Sin embargo la reconsideración del poder de dirección a la luz de los derechos fundamentales al obligar a valorar la proporcionalidad y adecuación de la medida empresarial a sus fines legítimos ha operado también como instrumento de racionalidad contractual y de racionalización del ejercicio de los poderes empresariales, al exigirle al empresario una «coherencia interna» en sus decisiones, favoreciendo así una mejor gobernanza". RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER: "Poder de dirección y derecho...", en AAVV: *El poder de dirección del empresario...*, op. cit., pp. 30-31.

¹⁸⁵² La doctrina alemana coincide con la española a la hora de restringir las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales, valga la redundancia, como consecuencia del contenido esencial de los derechos fundamentales: "Del carácter de principio de las normas de derecho fundamental deriva, no sólo que, en razón de los principios contrapuestos, los derechos fundamentales están restringidos y son restringibles, sino que también sus restricciones y la posibilidad de restringirlos, son restringidas. Una restricción a los derechos fundamentales sólo es admisible si en el caso concreto a los principios contrapuestos les corresponde un peso mayor que aquél que corresponde al principio de derecho fundamental". ALEXU: *Teoría de los derechos...*, op. cit., p. 257.

¹⁸⁵³ FERRARI: *El espíritu de los derechos...*, op. cit., p. 251, pie de página 49.

este supuesto, lo más ajustado a Derecho sería que el trabajador judío, si no puede quebrantar la norma religiosa, solicite la baja voluntaria, pues desde el punto de vista del Derecho secular, una vez ponderados los intereses en juego, parece evidente que no se puede gravar al empresario con una carga tan desproporcionada como la de abandonar la titularidad de la actividad empresarial para mantener una relación laboral ajustada al derecho a la libertad religiosa, que precisamente encuentra su primer fundamento en la actividad económica de dicho empresario y que es protegido por el derecho constitucional a la libertad de empresa. Una cosa es acomodar la situación jurídica del trabajador y otra muy diferente alterar la titularidad de la actividad empresarial, aspecto estructural de la relación jurídica entre empresario y trabajador.

Otras veces la acomodación no será posible, no por falta de estar legitimado el trabajador para obtenerla, sino por imposibilidades materiales u de otra índole. El caso más evidente es el de concurrencia de una carga indebida o desproporcionada. El ordenamiento jurídico no ha previsto una solución jurídica reglada para dar cabida a tal situación. La dimisión en dicho caso sería equivalente a gravar en demasía el derecho a la libertad religiosa del trabajador. Así, la opción más óptima a falta de otras soluciones *de lege ferende* parece que sería la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida (art. 52.a ET): "*Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento*". De tal manera que el trabajador tendría derecho a una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades (art. 53.1.b ET), y se situaría en situación legal de desempleo; lo que podría darle derecho a lucrar la prestación contributiva pro desempleo en el caso de que cumpliera el resto de requisitos. De este modo, la solución quedaría equilibrada entre un trabajador que legítimamente podía ejercer su derecho a la libertad religiosa en su vertiente positiva, y un empresario que no estaba en condiciones de acomodar la situación. En todo caso, se reitera que lo ideal sería que por parte del legislador se previera expresamente tal supuesto.

Cuando la acomodación o ajuste razonable es jurídicamente posible, ésta puede ser total, es decir de acuerdo con la totalidad de la extensión postulada por el trabajador; o parcial, fruto de la aplicación de límites que hagan que el derecho a la libertad religiosa no pueda extender sus plenos efectos. En todo caso a diferencia de las consecuencias jurídicas de la objeción de conciencia, que se limita a ver al trabajador exonerado puntualmente de cumplir cierta obligación jurídica; en el caso de la acomodación fruto del ejercicio de la libertad religiosa se produce una novación contractual, consistente en alterar las condiciones de trabajo de la forma necesaria para que dicho derecho pueda extender sus efectos de la forma más extensa posible; es decir, la modalidad novatoria prevista en el art. 1203.1º CC. Y tal alteración ha de reputarse definitiva, mientras no se alteren las circunstancias. Resulta claro que las circunstancias podrían ser variadas si hay razones legales o constitucionales para ello que se produzcan de forma sobrevenida. Como es comprensible, el trabajador estará protegido por la garantía de indemnidad, derivado del derecho a la tutela judicial efectiva, y no podrá ser represaliado en ningún caso por el ejercicio del derecho, tanto si resulta fallido como si resulta exitoso.

3.4. La contratación de una prestación laboral imposible de ejecutar: la autonomía de la voluntad, la buena fe contractual y el principio *pacta sunt servanda*

En la relación laboral, como en otros ámbitos contractuales, es especialmente relevante el clásico principio *pacta sunt servanda* (Digesto 2, 14, 7, 7, Ulpiano 4 *ad edictum*)¹⁸⁵⁴, en este caso como factor de limitación de los derechos fundamentales que actúan a favor de la prevalencia de la autonomía privada de las partes contratantes en la relación de trabajo. Dicho principio debe ser matizado a la hora de limitar el ejercicio por parte del trabajador de la libertad religiosa, pues no se puede desconocer que en la relación laboral, a diferencia de otros ámbitos privados, hay una patente desigualdad entre las partes del contrato. Por dicha razón rigen en el Derecho del Trabajo principios como el de la irrenunciabilidad de derechos (art. 3.5 ET)¹⁸⁵⁵, la limitación de la autonomía de la voluntad por el Derecho necesario (*ius cogens*) o la interpretación *pro operario* en caso de conflicto de normas laborales (art. 3.3 ET).

Aunque la autonomía de la voluntad está fuertemente limitada en sede laboral, tal modulación no significa que el contrato de trabajo no siga pivotando sobre ella, como negocio jurídico privado bilateral que es. En la fase contractual ambas partes delimitan lo que será el objeto del contrato de trabajo, recogiendo dicho contrato el haz de obligaciones básicas de ambas partes, así como la delimitación de la prestación que se realizará.

Aquí lo que se pretende determinar es qué efecto tendrá respecto el derecho de libertad religiosa el contrato que recoja un objeto imposible de cumplir por causa de las convicciones del trabajador. Tal sería el caso, por ejemplo, de un trabajador que es contratado como médico para llevar a cabo interrupciones voluntarias de embarazos en una empresa que explota clínicas abortistas; un trabajador judío ultraortodoxo o adventista que firma un contrato en el que consta expresamente que se trabajará de lunes a sábado, o un trabajador antimilitarista por razones religiosas que suscribe un contrato para prestar servicios en una empresa de fabricación de armamento.

En todos los supuestos de hecho citados el trabajador sabe de antemano que no podrá prestar servicios de acuerdo con el objeto del contrato si hace valer sus convicciones religiosas. Aunque no procediera jurídicamente, en unos casos quizás sería posible un ajuste razonable (por ejemplo, en lugar de fabricar armas se le podría cambiar el puesto de trabajo por tareas administrativas); y en otros sería del todo imposible (es imposible

¹⁸⁵⁴ IGLESIAS-REDONDO, Juan: *Diccionario de definiciones y reglas de Derecho Romano*. 2ª edición. Barcelona: Ariel, 2005, p. 163.

¹⁸⁵⁵ No hay que confundir la figura de la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales con la delimitación de tales derechos y el establecimiento de limitaciones en el ejercicio de los derechos. Así, en el Voto Particular contenido en la STC 5/1981 de 13 febrero (BOE 16 de julio de 2010), dictada en Pleno, se afirma en relación a las empresas ideológicas: "*Los derechos y libertades fundamentales son elementos del ordenamiento, están contenidos en normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución y que constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero (vide arts. 1.1; 9.2; 10.1 y 53 de la Constitución). Por ello pienso que sería nula de pleno derecho, no sólo en base a los artículos 6.3 y 1.255 del Código Civil; sino en virtud de los citados preceptos constitucionales, cualquier cláusula de un contrato laboral en la que el profesor se comprometiera a renunciar de antemano a ejercer en un sentido determinado cualquier derecho o libertad fundamental en atención al ideario del centro*" (apartado 19).

ajustar las condiciones de trabajo de un médico contratado para llevar a cabo interrupciones voluntarias de embarazos en una clínica abortista).

La problemática jurídica planteada no debe resolverse mediante la aplicación de límites tras llevar a cabo la oportuna ponderación de derechos. El trabajador si firma el contrato y presta su consentimiento sabiendo que en conciencia no podrá cumplir con el objeto básico de la prestación laboral se está obligando a realizar un deber de hacer que es de imposible ejecución. Si finalmente realiza las tareas pactadas quizás no se trataban de convicciones religiosas sinceras; y si ejercita el derecho a la objeción de conciencia, porque no puede cumplir con las obligaciones jurídicas dimanantes de su contrato de trabajo como ya sabía desde el principio, o el derecho a la libertad religiosa porque pretende que se le acomoden las condiciones de trabajo a sus convicciones religiosas, la respuesta jurídica ha de determinarse no mediante la aplicación de límites externos a los derechos concurrentes y en conflicto; sino mediante el reexamen de la delimitación del derecho, de sus límites internos.

Al tratar de la delimitación de los derechos fundamentales en otro apartado de la presente investigación se ha afirmado que el ejercicio de los derechos fundamentales, y en concreto del derecho a la libertad religiosa, está sometida a unos condicionantes, que juegan un rol muy relevante especialmente en el seno de la relación laboral, y que no son limitaciones *strictu sensu*. Se trata de los principios y cláusulas de aplicación general a toda relación laboral, como son el principio de buena fe o la figura del abuso de derecho. Se trata de condicionantes o elementos que ayudan a la delimitación del ejercicio de los derechos y cuya extensión es siempre discutida por la doctrina laboralista. Que la buena fe tenga un valor especial en el Derecho del Trabajo, o que la privatística figura del abuso de derecho sin duda también sea de aplicación a la relación laboral, no significa que puedan erigirse como obstáculos insalvables en el ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral, ya que no son limitaciones expresamente recogidas como tales por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, este es un supuesto en el que precisamente ambos principios, buena fe contractual y abuso de derecho, han de activarse. En uso de la autonomía de la voluntad el trabajador se ha obligado jurídicamente a prestar servicios respecto un objeto que es consciente de forma palmaria e indubitativa que no podrá cumplir; y todo ello a cambio de un salario. Es decir, se erige como deudor de una prestación de imposible cumplimiento a cambio de que un acreedor, el empresario, lo retribuya por ello¹⁸⁵⁶; sin que por otro lado tal empresario pueda en ningún caso ver satisfecho su crédito en perjuicio de la actividad económica (art. 38 CE), con la consecuente frustración de la finalidad del contrato de trabajo que es la de facilitar trabajo por salario¹⁸⁵⁷. Según el art. 1272 CC, "*no podrán ser*

¹⁸⁵⁶ "El carácter obligacional de esta relación viene además modalizado por la circunstancia de que ambas partes - trabajador y empresario - son al mismo tiempo deudores y acreedores. Así como algunos contratos la condición de acreedor y la de deudor son excluyentes e incompatibles entre sí, de tal manera que el deudor no ostenta más cualidad que la de sujeto pasivo de la relación, y el acreedor no es sino sujeto activo de ella, en el contrato de trabajo las obligaciones se dan en régimen de reciprocidad. El empresario pretende ante todo la obtención de trabajo o rendimiento (y en esto es acreedor) a cambio de un precio o cuasi precio - salario - (y en esto es deudor), y el trabajador, la viceversa". MONTROYA MELGAR: *El poder de dirección...*, op. cit., pp. 13-14.

¹⁸⁵⁷ "En el sistema de producción capitalista el proceso de producción de bienes y servicios se expresa, a través de la combinación de los diversos factores que intervienen en el mismo, a partir de una relación básica, cual es el intercambio de trabajo asalariado por salario. Mediante la prestación de trabajo asalariado o por cuenta ajena, los trabajadores aportan al sistema productivo

objeto de contrato las cosas o servicios imposibles". Lo que ocurre es que en el presente caso dicha imposibilidad no viene dada, por ejemplo, por razones materiales, porque el objeto de la prestación sea ilícita o quede fuera del comercio de las personas; sino que se trata de una imposibilidad que opondrá a corto plazo el deudor por razón de sus propios escrúpulos, por razón de motivaciones personales, no por causas ajenas a su persona. De este modo, el contrato debe reputarse válido y ha de cumplirse en sus términos a menos que ambas partes decidan realizar una novación contractual a la vista de las circunstancias, pero el empresario no estaría ni mucho menos obligado a ello. Así lo dispone expresamente el art. 1091 CC: "*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*". Permitir el libre ejercicio del derecho a la libertad religiosa del trabajador equivaldría a incurrir en la prohibición del art. 1256 CC: "*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*".

Pues bien, el eventual ejercicio del derecho a la objeción de conciencia o el derecho a la libertad religiosa respecto al objeto del contrato que se sabía que no podría ejecutarse ha de calificarse como un ejercicio abusivo y contrario a la buena fe contractual que ha de presidir las relaciones laborales; sin necesidad de ponderar ningún derecho, pues tal ponderación sólo se realizaría cuando el ejercicio del derecho se lleva a cabo dentro de su ámbito de acción delimitado previamente.

En ningún caso en este supuesto han de hacerse valer las limitaciones inherentes a la autonomía de la voluntad inherentes al Derecho del Trabajo. En el presente caso, y sin perjuicio de eventuales vicios del consentimiento (art. 1265 CC), ambas partes han hecho uso de su libertad contractual¹⁸⁵⁸; las dos partes han actuado como seres autónomos y responsables y, por lo tanto, han de ser consecuentes con los efectos jurídicos de sus decisiones, que han sido expresamente consentidos. Que a veces hayan de tenerse especialmente en cuenta las atenuaciones de la autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo no significa que como regla general se deba tratar al trabajador en su condición de parte en el contrato de trabajo como una persona afectada de una perpetua *capitis deminutio*, en una suerte de trasnochado paternalismo jurídico¹⁸⁵⁹, como si fuera

la fuerza de trabajo necesaria para la realización de los bienes con destino al mercado. En tanto que el empresario o titular de los medios de producción retribuye consiguientemente, a través de la prestación salarial, la incorporación de la mano de obra precisa para el funcionamiento de la empresa. Y este intercambio de prestaciones dispone, por lo demás, de la adecuada cobertura jurídica del contrato de trabajo, cuya causa o razón de ser objetiva no es otra que la de servir de soporte y facilitar por lo tanto las relaciones de producción". PALOMEQUE LÓPEZ: *Derecho del Trabajo...*, op. cit., p. 21. Pues bien, la conducta del trabajador en un supuesto de hecho como el descrito provoca un desmoronamiento de la configuración contractual de la relación jurídica, tal y como la expresa el autor; la frustra por razón de la mala fe y del abuso de derecho. Por tales razones el ordenamiento laboral ha de activar sus mecanismos de defensa y permitir la subsistencia y continuidad normal del contrato de trabajo, en cuanto al despliegue de sus plenos efectos jurídico-obligacionales.

¹⁸⁵⁸ Una libertad contractual que por cierto tampoco está prevista expresamente en la Constitución, como tampoco lo está, por ejemplo, en la alemana. No obstante, el art. 152.1 de la Constitución de Weimar reconoció tal derecho. La Ley Fundamental de Bonn no lo ha reconocido expresamente, pero la jurisprudencia constitucional alemana entiende que deriva del art. 2.1 de la Constitución. HESSE: *Derecho Constitucional y Derecho...*, op. cit., p. 55.

¹⁸⁵⁹ Si una persona es libre para ejercer sus derechos ha de ser libre para prestar su consentimiento, obligarse y asumir las consecuencias de las obligaciones libremente aceptadas: "*Rights protect not their interests generally but only their interest in freedom. The capacity to be free, to decide freely the course of their own lives, is what makes a person. Respecting people as*

imposible que decidiera autónomamente qué desea y así lo pactara con el empresario¹⁸⁶⁰. Igual que debe presumirse que el trabajador ejercita su derecho a la objeción de conciencia y el derecho a la libertad religiosa de forma libre, autónoma y consciente; lo mismo debe presumirse, salvo que concurren circunstancias adversas a tal planteamiento, en relación a la firma de un contrato, y el consecuente otorgamiento de consentimiento, que de forma clara el trabajador sabía de antemano que no podría cumplir¹⁸⁶¹.

No hay que olvidar que el art. 1254 CC es de plena aplicación al contrato de trabajo: "*El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de*

*people consists in giving due weight to their interest in having and exercising that capacity. On this view respect for people consists in respecting their interest to enjoy personal autonomy". RAZ: The morality..., op. cit., p. 190. El autor añade: "People's well-being is promoted by having an autonomous life, it is in their interest not to be subjected to the kind of oppressive paternalism which consists in running their lives for them allegedly in their own interest. Therefore, the view that personal autonomy is an important element in people's well-being means that respect for people is understood as giving due consideration to all their interests lead to respect for their autonomy" (p. 191). Recuérdese la distinción que realizaba Alonso Olea entre trabajo forzoso y trabajo por cuenta ajena libre. ALONSO OLEA, Manuel: *Derecho del Trabajo*. 5ª edición revisada. Madrid: Universidad de Madrid, 1980, pp. 22-23. Sobre la voluntariedad del sometimiento del trabajador al contrato de trabajo vid. PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel: "Identidad de la relación laboral", en AAVV: *El contrato de trabajo. Volumen II. Régimen general del contrato de trabajo*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2010, pp. 57-58. Así, la prestación pactada en el contrato de trabajo es "*una prestación voluntaria, la cual excluye de dicha consideración todo tipo de prestaciones forzadas, que, en todo caso, merecerán la aplicación de un régimen jurídico distinto y propio pero no el común del que podríamos conceptualizar como contrato de trabajo típico*". ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 310. De ahí el especial valor del consentimiento: "*El consentimiento tiene una especial trascendencia en el contrato de trabajo, igual que en todo otro contrato, en primer lugar en cuanto opone el trabajo libre al contrato obligatorio, ya en sus formas históricas (esclavitud), ya en sus formas modernas (prestaciones administrativas obligatorias, trabajos forzados, etc.); por ello, es la existencia de consentimiento por parte del empresario y trabajador y en situaciones de oposición el uno frente al otro lo que define el negocio-laboral*". BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 252. Así, el trabajo libre es aquel "*que se debe en virtud de una obligación contractual y por ello libremente asumida por el trabajador*". PALOMEQUE LÓPEZ: *Derecho del Trabajo...*, op. cit., p. 45.*

¹⁸⁶⁰ "*La autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, encuentran su fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y de la personalidad. Presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal presupuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del otro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo límite; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público y Privado. Aquí radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX; aquél ofrecía una libertad sólo formal, porque partía de una igualdad sólo formal, que sólo parcialmente se correspondía con la realidad social; en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad efectiva". HESSE: *Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 78-79.*

¹⁸⁶¹ Si el trabajador es configurado como un sujeto autónomo y responsable a la hora de ejercer los derechos de libertad de pensamiento reconocidos en el ordenamiento jurídico, también se le han de reconocer, con los límites habituales fijados por la normas laborales, las mismas cualidades para obligarse a realizar una prestación respecto la cual era consciente que colisionaría con sus convicciones: "*El hombre como persona libre, autodeterminada y responsable sólo puede existir donde el ordenamiento jurídico abre posibilidades para la autonomía del pensamiento y de la acción. Justo esto es una, si no la esencial función del Derecho Privado, que así aparece como condición fundamental del orden constitucional*". HESSE: *Derecho Constitucional y Derecho...*, op. cit., p. 87.

*otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*¹⁸⁶². Y también lo es el art. 1255 CC: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público". Al mismo tiempo, resulta de natural aplicación el art. 3.1.c) ET, que establece que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan, entre otras fuentes, " por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados". Pues bien, aquí se analiza un supuesto en el que el trabajador consiente en obligarse a prestar un servicio que forma parte de un objeto contractual lícito. Por lo tanto, si no existe ningún elemento que haga variar el conocimiento que se tenía en el momento de prestar el consentimiento, debe cumplir con el contrato de trabajo.

Se estaría en aquel supuesto en un caso paradigmático de abuso de derecho del art. 77 CC, que es del siguiente tenor: "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso"¹⁸⁶³. Es decir, en el presente caso el trabajador pretendería ejercer el derecho fundamental más allá del espacio que como tal tiene delimitado por su función social. O dicho de otra manera, los límites de los derechos fundamentales son de aplicación cuando se ejercen tales derechos dentro de

¹⁸⁶² "En el contrato de trabajo, como en todo contrato, la prestación del consentimiento implica una declaración de voluntad dentro de una relación de alteridad, es decir, es un acto de expresión de voluntad de una de las partes del contrato dirigido a otra que lo recibe y que por su lado consiente también en el contenido de ese acto de forma tácita o expresa, o manifiesta su voluntad frente a la primera parte citada que coincide con el contenido de la primera declaración". BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 253. En el mismo sentido: "El contrato de trabajo es consensual y se perfecciona por el simple consentimiento de las partes. Los efectos del mismo - obligaciones y derechos - comienzan desde que aquéllas han consentido en obligarse a todas las consecuencias que el contrato lleva consigo y con la extensión y límites que a esas obligaciones señalan los preceptos legales y que voluntariamente hayan podido, además, acordar los sujetos de la relación". ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 368. En el mismo sentido ALONSO GARCÍA, Manuel: "El consentimiento en el contrato de trabajo", en AAVV: *Problemática de la ciencia del Derecho. Estudios en homenaje al Profesor José M^º. Pi y Suñer*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 1962, pp. 29 y siguientes. O como claramente indican las *Instituciones* de Justiniano: "Las obligaciones surgen por el consentimiento en las compraventas, los arrendamientos, las sociedades, los mandatos. Así, pues, decimos que de estos modos la obligación se contrae por el consentimiento, porque no se exige ni la escritura ni la presencia, y ni siquiera es necesario que se dé una cosa para que la obligación adquiera contenido, sino que basta que consientan aquellos que realizan el negocio". Texto citado en AAVV: *Antología de textos jurídicos de Roma*. 1ª edición. Madrid: Akal, 2001, p. 124.

¹⁸⁶³ Como recuerda la STS (Sala Primera) núm. 974/2007 de 21 septiembre (RJ 2007, 5079) "el abuso del derecho es un límite intrínseco del derecho subjetivo (lo destacan las sentencias de 6 de febrero de 1999 y de 21 de diciembre de 2000) que tuvo una creación doctrinal, fue recogido por la jurisprudencia (a partir de la sentencia de 14 de febrero de 1944) y proclamado por el Código Civil en su redacción del título preliminar por Decreto de 31 de mayo 1974, artículo 7.2 y por el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La esencia del concepto es el sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, conforme dice el Código civil, que es lo mismo que extralimitación. Concepto que ha reiterado la jurisprudencia (sentencias de 14 de mayo de 2002, 28 de enero de 2005, entre otras muchas, anteriores)" (Fundamento de Derecho Tercero).

su extensión máxima y colisionan con tales derechos. Aquí no es que exista un problema de colisión, sino de ejercicio abusivo, más allá de su objeto natural. Se utiliza un derecho a sabiendas que se dejará sin efecto la parte nuclear de un contrato al que el sujeto se había autoobligado poseyendo todos los elementos de conocimiento de tal objeto contractual¹⁸⁶⁴. Es más, se trata de un ejercicio de incoherencia, el trabajador va contra sus propios actos, obligándose primero, e intentando desligarse de dichas obligaciones poco después.

Si tal supuesto ha de ser calificado como un ejercicio abusivo de derecho, también se trataría al mismo tiempo de un supuesto de mala fe contractual. Nótese que el principio de buena fe, aunque de aplicación al presente derecho, no es un límite de los derechos fundamentales, pues ni tan siquiera está previsto expresamente en la Constitución¹⁸⁶⁵; sino que guía su aplicación, ayuda a interpretar asimismo las conductas de las partes del contrato de trabajo¹⁸⁶⁶. Se insiste aquí que el derecho ejercido por el trabajador no es

¹⁸⁶⁴ “Si ese deber ha sido asumido voluntariamente, el intento de desvincularse del mismo alegando que choca con las exigencias de la conciencia individual debería ser calificado en principio como abuso del Derecho y desestimado, porque una actuación regida por el principio de buena fe habría tenido que llevar al sujeto a no comprometerse jurídicamente a algo que, en realidad, no deseaba llevar a cabo”. MACHO: “Límites a la regulación...”, en AAVV: *Opciones de conciencia...*, op. cit., p. 143.

¹⁸⁶⁵ En tal sentido: “Destaca en primer lugar que el principio de buena fe no se encuentra protegido en la Constitución ni expresa ni implícitamente. Ni el valor Justicia, ni el principio de seguridad jurídica o la defensa de la moral a partir del artículo 10.2 CE permiten llegar a esta conclusión. Por otro lado, la aplicación de la buena fe a los derechos fundamentales tampoco se justifica desde su consideración como límite inmanente de los mismos o como principio general del Derecho. Así pues, el aplicador del Derecho sólo puede explicar la restricción de aquellas libertades sobre el deber de buena fe cuando la misma constituya un medio, adecuado, necesario y proporcional en sentido estricto para proteger otro bien o derecho garantizado en la Norma Fundamental”. NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos...*, op. cit., pp. 446-447. En el mismo sentido de no considerar la buena fe como un límite: “Considerar sin más que la buena fe es un límite adicional a los derechos fundamentales conlleva el riesgo de caer de nuevo en la desacertada concepción contractualizadora. Lo apropiado es contemplar la buena fe en el ámbito laboral como un elemento o factor de flexibilización del juicio de ponderación (STC 192/2003); es decir, un criterio de apreciación de los límites que el contrato de trabajo señala a las partes. De no hacerse así, la buena fe se convierte en una regla que acentúa la asimetría típica de ese contrato, que intervendrá en detrimento de la posición del trabajador. De ahí que resulte pertinente recordar dos aspectos. El primero de ellos gravita en torno a la idea de que se trata de un principio de exigencia mutua a ambas partes del contrato. El segundo, que la exigencia de la buena fe contractual del art. 5.a) ET no puede invocarse de tal manera que se torne en abuso de derecho”. TORRENTS MARGALEF, Jorge: “Las limitaciones del ejercicio del derecho activo a la propia imagen del trabajador”, Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014, p. 9.

¹⁸⁶⁶ Un ejemplo de ello puede constatarse en la STC 120/1983 de 15 de diciembre (BOE 11 de enero de 1984): “La libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el artículo 18.1, lo que discuten las partes y afirma el Ministerio Fiscal; pero el mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7 del Código Civil expresa con carácter general al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» y que en el supuesto de examen tienen una específica manifestación dentro de la singular relación jurídica laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario general un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derechos la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación. Los condicionamientos impuestos

limitado, sino que se considera un ejercicio antijurídico por extralimitado, por utilizarse de mala fe, por ser contrario a la reciprocidad inherente al contrato de trabajo¹⁸⁶⁷. El ejercicio de ponderación ha de llevarse a cabo entre derechos legítimamente ejercidos, que son ejercidos de buena fe, no en abuso de derecho, cuyo ejercicio es ajustado a Derecho según las circunstancias concurrentes. Cuando el ejercicio de los derechos que son legítimos colisionan es cuando debe analizarse cuál prevalece y con qué límites. Al mismo tiempo, es doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Constitucional que el ejercicio de los derechos fundamentales ha de someterse también a la buena fe. En tal sentido, por ejemplo, STC 61/1992 de 23 de abril (BOE 13 de mayo de 1992, Fundamento Jurídico Quinto) o STC 94/1995 de 19 de junio (BOE 24 de julio de 1995, Fundamento Jurídico Quinto).

La buena fe no está definida en el ordenamiento jurídico, a diferencia del abuso de derecho (art. 7.2 CC) o el fraude de ley (6.4 CC). Eso sí, el art. 7.1 CC es contundente al afirmar que "*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*". Si el abuso de derecho hace referencia sobre todo a la extensión otorgada al derecho ejercido, el principio de la buena fe hace más referencia al modo como se ejerce.

El principio de buena fe debe presidir las actuaciones de empresa y trabajador durante las fases previa a la firma del contrato de trabajo, durante su ejecución y hasta la extinción de dicho contrato. El Estatuto de los Trabajadores realiza referencias a la buena fe en varias ocasiones, entre las más relevantes se encuentran las de los arts. 5.a.) y 20.2 ET. El art. 54.2.d) ET hace referencia a la buena fe en su sentido negativo, a su eventual transgresión a efectos del despido disciplinario. Asimismo, el art. 1258 CC prevé que "*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*".

El trabajador que se obliga a realizar una prestación que no podrá ejecutar en su momento por unas convicciones religiosas que ya sostenía en la fase precontractual es evidente que actúa de forma contraria a la buena fe, ya que no ajusta su conducta contractual a una conducta leal, honrada, en la que se pueda confiar¹⁸⁶⁸. La doctrina ha

por tal relación han de ser matizados cuidadosamente, ya que resulta cierto que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto, cuya legitimidad general ampara el texto constitucional; pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos quedando margen de su protección" (Fundamento Jurídico Segundo). Se trata de una doctrina que es reiterada, por ejemplo, en la STC 88/1985, de 19 de julio (BOE 14 de agosto de 1985) (Fundamento Jurídico Segundo).

¹⁸⁶⁷ "*En cuanto actos voluntarios, los contratos expresan nuestra autonomía; las obligaciones que crean tienen peso porque nos las imponemos a nosotros mismos, porque cargamos con ellas libremente. En cuanto instrumentos para el beneficio mutuo, los contratos beben del ideal de la reciprocidad; la obligación de cumplirlos procede de la obligación de pagar a otros por los beneficios que nos aportan". SANDEL: Justicia: ¿hacemos..., op. cit., p. 166.*

¹⁸⁶⁸ "*El mandato de actuación de conformidad con la buena fe implica la imposición de un comportamiento ajustado a los valores de honradez, honestidad, lealtad, fidelidad, y respeto a la confianza que una determinada relación hace surgir entre las partes. Estos criterios intervienen en la valoración de las conductas, y, en caso de conflicto, orientan la decisión judicial, actuando como criterio de ponderación que decide sobre el interés que debe prevalecer en el litigio. Por lo demás,*

señalado el caso extremo de una persona que se compromete a servir en el ejército cuando llevar armas es contrario a su conciencia¹⁸⁶⁹. Es evidente que situarse como garante de un deber jurídico a sabiendas que no se podrá realizar es contrario a la buena fe.

De este modo, la consecuencia jurídica de lo antedicho es que tal ejercicio sobrevenido de los derechos de objeción de conciencia o del derecho a la libertad religiosa tendentes a alterar el objeto del contrato de trabajo no conllevará consecuencia jurídica alguna y deberá seguir ejecutándose el contrato en los términos que se habían pactado. Es decir, ha de optarse por la subsistencia y vigencia normal del contrato de trabajo. En este caso se han de aplicar los principios contractualistas señalados, y una interpretación contraria a dicha evidencia se debería argumentar especialmente a la luz de unas muy especiales circunstancias¹⁸⁷⁰. En este supuesto ha de servirse de forma preferente el principio

la buena fe adquiere todo su valor en la observación del caso concreto, salvándose en cierto grado la inseguridad a que podría dar lugar su aplicación gracias a la existencia de una doctrina consolidada sobre su significado, así como por la exigencia de coherencia con el resto del sistema jurídico, y, en particular, con la Constitución". NARANJO DE LA CRUZ: Los límites de los derechos..., op. cit., p. 322.

¹⁸⁶⁹ Concretamente se hace referencia a la relevancia jurídica de la actividad previa del futuro objetor: "*La actividad previa del objetor es importante porque en algunas ocasiones representa un compromiso libremente asumido que sitúa al individuo en una especial posición de garante ante el deber jurídico. En tales casos, se produce un «reforzamiento» de la obligación heterónoma mediante una suerte de autoobligación o imperativo autónomo, ya que el sujeto no sólo viene llamado por el ordenamiento a cumplir un deber jurídico, sino que él mismo promete o, al menos, muestra su voluntario asentimiento a realizar la conducta en cuestión; de manera que un hipotético acto de objeción no sólo lesiona el interés protegido por el deber, sino que frustra las razonables expectativas de los sujetos que son acreedores a la prestación; por ejemplo, no parece imaginable, pero tampoco justificable, la objeción de conciencia de un militar profesional a portar armas de fuego, pero si ello sucediese lo más razonable no será objetar, sino cambiar de profesión". GASCÓN ABELLÁN: Obediencia al Derecho..., op. cit., pp. 231-232. No es lo mismo que objete un médico o un trabajador al servicio de la Administración pública, que al firmar un contrato de trabajo asumen unas obligaciones de especial relevancia, cuya finalidad es la de garantizar el derecho fundamental a la salud de terceros o el sostenimiento de un servicio público; que la posición de un administrativo que se dedica a archivar documentos toda la jornada o el operario de una máquina en la cadena de montaje. Aunque hayan de analizarse caso por caso las circunstancias, lo cierto es que en el supuesto del médico o del trabajador al servicio de bienes públicos, ambas tipologías de trabajadores conllevan por sí que se sitúen en una posición de garantes; que, en virtud del principio de buena fe que preside las relaciones laborales provoca que el empleador espere de ellos que harán lo posible, por ejemplo en virtud de la *lex artis*, por garantizar los bienes y derechos en juego.*

¹⁸⁷⁰ La relación entre la relevancia de los principios contractuales privatísticos y la tarea del juez civil se ha descrito del siguiente modo: "*En modo alguno, los principios de derecho fundamental establecen en cada caso sólo una solución. Existe una enorme variedad de casos de derecho civil en los cuales más de una solución de derecho fundamental, es posible. En ellos, las normas de derecho civil adquieren una relevancia constitutiva (...). A menudo, no se sabe con certeza qué es lo que los principios de derecho fundamental exigen en un caso de derecho civil. En esta situación es necesario que el juez civil, en aras de una praxis de decisión coherente, que sirva los postulados de la seguridad jurídica y de la igualdad de trato, pueda basar su decisión en un material autoritativo, es decir, en normas legales, precedentes y enunciados dogmáticos sobre los cuales existe consenso. Una justicia civil que quisiera apoyar todos los casos sólo en el texto de la Ley Fundamental pero que, por lo demás, quisiera decidir sobre una tabula rasa normativa, no podría satisfacer nunca aquellos postulados. Por ello, el juez civil está sujeto prima facie al derecho civil válido, que se presenta en forma de leyes, precedentes y de dogmática sobre la cual existe consenso. Si, sobre la base de los principios de derecho fundamental, el juez civil quiere apartarse de esto, tiene que asumir la carga de la argumentación". ALEX: Teoría de los derechos..., op. cit., p. 480.*

constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que otorga protección a los contratos firmados en las relaciones *inter privados*, incluidos los contratos de trabajo. Si no prevaleciera el principio de seguridad jurídica en un supuesto como el presente se perjudicaría de forma grave el tráfico jurídico-privado y económico, y se vaciaría de contenido la libertad contractual y la autonomía de la voluntad en el contexto laboral. En este caso la firma del contrato de trabajo no modula el ejercicio del derecho fundamental, sino que lo condiciona totalmente por razones de índole legal, pero también constitucional¹⁸⁷¹.

Así, el contrato deberá ejecutarse inexorablemente en los términos pactados por las partes. Si el conflicto entre obligaciones jurídicas libremente asumidas y las convicciones religiosas del trabajador se hace insoportable, a dicho trabajador sólo le queda la opción de dimitir o intentar negociar con el empresario una novación contractual. Si incumple las obligaciones jurídicas asumidas, el empresario será libre de aplicar la facultad disciplinaria en toda su extensión. En ningún caso procede una extinción contractual indemnizada, pues no hay causa legal para ello.

Ahora bien, la solución jurídica expuesta aquí sirve solamente en un caso tan mecánico como el tratado en el cual el trabajador es consciente que no podrá prestar el servicio contratado en las circunstancias pactadas, ya sea por el objeto del contrato¹⁸⁷², ya sea por informaciones que no consten en el contrato pero que conozca el trabajador (por ejemplo, por el contenido de las entrevistas previas a la suscripción del contrato)¹⁸⁷³, ya sea porque se desprende claramente de las circunstancias concurrentes. Es decir, el supuesto en el que se plasma concretamente en el contrato la prestación que el trabajador no pudiera llevar a cabo por razones de conciencia constituye el mismo supuesto que el del trabajador en el que se presume que por las circunstancias concurrentes conoce que está contratando una actividad que no podrá realizar, aunque su descripción no conste contractualmente. La solución sería idéntica en ambos casos, cual es la ya explicada, pues el *quid* de la controversia consiste en el conocimiento efectivo por parte del trabajador que se presta el consentimiento respecto una obligación que pese a su asunción no se podrá cumplir.

¹⁸⁷¹ "El derecho o libertad no cambia de naturaleza por desarrollarse o realizarse frente a un particular o frente a un poder público, pero su contenido no tiene porque ser el mismo en uno y otro caso. La relación contractual existente entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocos que condicionan el ejercicio de la libertad considerada. Manifestaciones de esa libertad o derecho que pudieran ser legítimas en otro contexto pueden no serlo en el ámbito de la relación contractual, y el compromiso contractual puede modalizar o condicionar el ejercicio por el trabajador de su derecho fundamental". RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER: "Derechos fundamentales del trabajador...", en AAVV: *El trabajo y la Constitución...*, op. cit., pp. 539-540.

¹⁸⁷² Médico contratado para realizar interrupciones voluntarias de embarazo en una clínica abortista, cuyo objeto de la prestación es fijado claramente en el clausulado del contrato.

¹⁸⁷³ Médico contratado para realizar interrupciones voluntarias de embarazo en una clínica abortista, cuyo objeto de la prestación no es fijado expresamente en el clausulado del contrato, pero en dicho clausulado consta que prestará servicios como médico, en las entrevistas le han explicado en qué consistirá el trabajo y la empresa que contrata es una empresa conocida en el mercado sanitario en el sector de las clínicas abortistas. O trabajador antimilitarista que es contratado como operario en una cadena de montaje, extremo que se plasma en el contrato de trabajo, pero se le ha explicado que estará en una sección que fabrica torretas para tanques y la empresa es reconocida por la mayoría de la población por dedicarse a la fabricación de armamento.

Por lo tanto, tal solución jurídica no serviría para otros casos: 1) se pacta un objeto del contrato, pero el trabajador por razones de conciencia no puede realizar algunas de las tareas inherentes al puesto de trabajo y que eran desconocidas en el momento de la contratación (algunas tareas o condiciones laborales pueden ser nucleares y otras pueden ser secundarias o auxiliares); 2) se había pactado un objeto contractual que de forma sobrevenida cambia por razones ajenas a las partes, o por decisión unilateral del empresario; 3) el trabajador cambia de convicciones de forma sobrevenida mientras ejecuta el contrato de trabajo.

Por lo antedicho, salta a la vista que no todos los supuestos tendrán la misma solución jurídica ya avanzada, aunque parte de la doctrina haya extendido la solución del caso expuesto a otros supuestos, como es el caso del cambio sobrevenido de convicciones. Es decir, consideran que ha de cumplirse el contrato pactado tanto al trabajador que teniendo unas convicciones contrató de mala fe, que al trabajador que no teniendo ninguna convicción o cambiándolas, contrató de buena fe. Además, si se otorga la misma solución en el segundo caso, se neutraliza el derecho a la libertad religiosa, que incluye la facultad de cambiar de convicciones.

3.5. Afectación por la libertad de empresa de la libertad religiosa

3.5.1. Consecuencias laborales del tracto sucesivo de la obligación pactada

Por la propia naturaleza dinámica y evolutiva de la relación laboral es imposible determinar en el momento de la contratación qué obligaciones jurídicas se deberán cumplir durante dicha relación laboral. El contrato de trabajo no se agota en la ejecución de una sola prestación, sino que es de tracto sucesivo y se extiende en el tiempo; incluso es posible que se trate de una relación laboral por tiempo indefinido¹⁸⁷⁴. Así pues, es imposible que el trabajador conozca a ciencia cierta todas las obligaciones a las que estará sometido a lo largo de la relación laboral, algunas de naturaleza privada, otras públicas; algunas nacerán directamente del contrato de trabajo, otras vendrán determinadas por el empresario y sus delegados en el ejercicio de la potestad de control y dirección. Así, no es nada descabellado, al contrario, que el trabajador de buena fe firme un contrato y durante su ejecución se encuentre que su libertad religiosa no pueda ser disfrutada como es debido por encontrarse obstaculizada por elementos que desconocía; o que, en los casos más extremos, se pueda ver obligado a objetar ante obligaciones jurídicas que violentan sus convicciones religiosas. Algunas veces se podrá ver impedido de realizar las tareas más nucleares del contrato de trabajo, lo que puede conllevar consecuencias jurídicas más graves; a veces dicha imposibilidad afectarán a factores más auxiliares o secundarios que podrán encontrar una mayor facilidad de acomodación.

¹⁸⁷⁴ "Mientras que en la fase contractual se fija el objeto determinado del contrato (sin el cual éste no tendría validez), en esa fase no es oportuno, ni siquiera posible en muchos casos, dibujar en todos sus detalles el contenido preciso y sucesivo de la prestación laboral. La circunstancia de que el contrato de trabajo no pueda normalmente agotar el perfil de la actividad prestada, y en ese sentido el pacto quede abierto o incompleto, es simple traducción jurídica de un hecho económico: el de que tanto la función de producción como el trabajo mismo no están ni pueden estar completamente especificados a priori". MONTOYA MELGAR: "Libertad de empresa y poder...", en AAVV: *Libertad de empresa y poder...*, op. cit., p. 36.

Por todo ello, es muy relevante que en las entrevistas iniciales para proceder a la contratación la empresa informe bien y de forma completa sobre las tareas a realizar y los elementos más importantes del contrato de trabajo. De este modo el trabajador en una fase tan inicial podrá saber más o menos con certeza si podrá ejecutar la prestación de servicios *a priori* sin incidencias. Si bien el trabajador no tiene por qué manifestar sus convicciones religiosas, de acuerdo con el art. 16.2 CE; sobre el empresario sí que recae la obligación de informar de los elementos esenciales del contrato de trabajo. Así, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, incorporó en su momento al Derecho español la Directiva del Consejo 91/533/CEE, de 14 de octubre, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral. De este modo, el art. 8.5 ET es del siguiente tenor: "*Cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito*". Tal precepto ha sido oportunamente desarrollado por el Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, *por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo*. Muchos de los elementos previstos en la norma reglamentaria pueden ayudar al candidato a determinar si podrá realizar sin problemas la prestación de servicios.

Evidentemente, el empresario sólo tiene la obligación de cumplir con el citado precepto estatutario en aquellas relaciones laborales superiores a cuatro semanas; pero no es menos cierto, según lo que se ha explicado anteriormente, que en principio sólo se podrá imputar mala fe y abuso de derecho al trabajador que no estuviera razonablemente en condiciones de saber que no podría prestar los servicios sobre los cuales prestaba su consentimiento¹⁸⁷⁵. En todo caso, la oferta de trabajo (y las entrevistas) no deberá ser tan jurídicamente agresiva para que de forma indirecta esté diseñada con la finalidad de que los candidatos que profesen determinadas religiones no soliciten el puesto de trabajo de que se trate. En tal caso, sin duda, se estaría incurriendo en un supuesto de discriminación indirecta.

Como ya se ha avanzado, es material y jurídicamente imposible que todas las condiciones laborales estén disponibles para el conocimiento del trabajador desde un principio, sino que muchas de ellas se irán materializando conforme se vaya ejecutando el trabajo, y otras dependerán muchas veces de factores ajenos a la voluntad de las partes (por ejemplo un determinado encargo de un cliente) o incluso de la naturaleza "abierta" de las tareas anudadas a un puesto de trabajo (característica habitual en trabajos muy cualificados, directivos o intelectuales).

¹⁸⁷⁵ En dicho sentido se ha afirmado respecto a la obligación de realizar actos contrarios a la conciencia: "*Mientras esto último sea una mera eventualidad inherente a la propia naturaleza de esta relaciones [relaciones laborales y funcionariales], que, (...) hacen que una persona tenga que cumplir las órdenes de otra o de una organización, y dichos actos o comportamientos no sean parte esencial de la relación ni aparezcan impuestos de manera clara y expresa en las normas o cláusulas contractuales que la rijan, difícilmente se podrá considerar que hay abuso del Derecho si se pretende ejercer una opción de conciencia frente a una obligación concreta derivada de la misma*". MACHO: "Límites a la regulación...", en AAVV: *Opciones de conciencia...*, op. cit., p. 142.

Así, con fundamento en el contrato firmado, mediante el poder de dirección la empresa va concretando las tareas a realizar en cada momento según muchos factores: carga de trabajo, materialización de incidencias, adaptación de la producción a las circunstancias, etc¹⁸⁷⁶. No hace falta repetir aquí la noción y regulación del deber de obediencia del trabajador, que ya ha sido analizada en un apartado precedente sobre el *ius resistentiae*, así como la facultad empresarial de actuar discrecionalmente, pero no arbitrariamente. El trabajador se encuentra en situación de subordinación¹⁸⁷⁷ y debe en principio acatar las órdenes recibidas en uso de la citada facultad de dirección, que se presumen legalmente impartidas y que tiene por finalidad conducir y ordenar la prestación pactada. A diferencia de otras relaciones jurídicas, en la relación laboral es el acreedor de la prestación quien dispone de la potestad de ordenarla y dirigirla¹⁸⁷⁸.

Desde el mismo inicio de la relación laboral el trabajador se ve sometido al poder de dirección del empresario¹⁸⁷⁹, que se manifiesta a su vez en muchas tipologías de órdenes, una órdenes que pueden ser escritas o verbales, dirigidas a unos fines u a otros¹⁸⁸⁰; unas

¹⁸⁷⁶ Una definición clásica del poder de dirección es la siguiente: "El poder de dirección es el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa". MONTOYA MELGAR: *El poder de dirección...*, op. cit., p. 44.

¹⁸⁷⁷ La posición de subordinación del trabajador en la relación laboral ha sido reconocida en muchas ocasiones por el Tribunal Constitucional. Un ejemplo temprano de dicha constatación se puede examinar en la STC 3/1983, de 25 de enero (BOE 17 de febrero de 1983), dictada por el Pleno: "la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación. Se trata, pues, de una desigualdad subjetiva a la que atiende el ordenamiento jurídico mediante un tratamiento diferenciado, y que no se quiebra por la contemplación aislada de supuestos excepcionales realmente existentes en que la elevada cualificación del trabajador, su remuneración o su relativa autonomía en la prestación del trabajo reduzcan o maten las respectivas posiciones de las partes. El legislador, al regular las relaciones de trabajo, contempla necesariamente categorías y no individuos concretos y, constatando la desigualdad socioeconómica del trabajador respecto al empresario, pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias" (Fundamento Jurídico Tercero).

¹⁸⁷⁸ "A diferencia de lo que ocurre en las relaciones obligacionales comunes, en las que, normalmente, es el mismo deudor quien se encarga de organizar su propia prestación, en la relación de trabajo esta organización se produce en régimen de «alteridad», correspondiendo su ejercicio no al deudor de trabajo (esto es, al trabajador), sino al acreedor (esto es, al empresario)". MONTOYA MELGAR: *El poder de dirección...*, op. cit., 1965, p. 52. Característico de la relación laboral es que "la prestación del trabajador no se agota en un «hacer» cualquiera, en un mero hacer de buena fe, sino que al deber de trabajar se une el deber de realizar el trabajo según las normas directivas del empresario. La puesta a disposición del trabajador presenta así un doble aspecto: puesta a disposición para trabajar, y puesta a disposición para trabajar de acuerdo con las instrucciones del empresario" (p. 56).

¹⁸⁷⁹ "El poder de dirección tiene por base jurídica el contrato de trabajo; el compromiso contractual no solo lo legitima sino que también lo delimita, pues el trabajo «debido» condiciona la obediencia «debida». Desde la premisa de que la debilidad contractual del trabajador no le permite una negociación efectiva de su sujeción contractual, el Derecho del Trabajo ha creado reglas e instrumentos que, desde fuera del contrato, establecen el contenido y los límites del ejercicio del poder de dirección, lo hacen menos libre o discrecional y más regulado, con la consiguiente reducción de los márgenes de elección empresarial". RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER: "Poder de dirección y derecho...", en AAVV: *El poder de dirección...*, op. cit., p. 11.

¹⁸⁸⁰ "Elemento característico del poder de dirección del empresario, hasta el punto de que algunos lo identifican sin más con él, es la facultad de configurar la prestación laboral mediante el dictado de concretas órdenes e instrucciones que generan los consiguientes deberes concretos de

instrucciones que, al fin y al cabo, pueden ser clasificadas en dos grandes categorías diferentes, instrucciones generales e instrucciones particulares¹⁸⁸¹:

1) Instrucciones generales: son asimismo conocidas por "órdenes generales de taller o de fábrica". Son aquellas que tienen como destinatarios a una generalidad de trabajadores de la empresa. En el Derecho del Trabajo preconstitucional dichas instrucciones se plasmaban frecuentemente en los reglamentos de régimen interior. Actualmente las instrucciones generales habitualmente se contienen en los convenios colectivos, acuerdos, comunicados, avisos, directrices, notas de régimen interno o de servicio, etc. Es la plasmación de una facultad cuasilegislativa que incluye la posibilidad de modificar las órdenes ya impartidas para adaptarlas a las cambiantes circunstancias. Tales instrucciones son publicitadas mediante el tablón de anuncios, circulares o incluso el correo electrónico.

2) Instrucciones particulares: van dirigidas a trabajadores determinados y sirven para especificar las circunstancias de la ejecución de la prestación de servicios (lugar, tiempo, modo, etc.).

Pues bien, dicha especificación de la relación laboral puede provocar que se obstaculice la libre expansión del derecho a la libertad religiosa; que el poder de dirección friccione con dicha libertad, ya sean las órdenes generales o las particulares; las dadas directamente por el empresario o sus delegados (jefes de fábrica, capataces, jefes de equipo, etc.), ya sean las instrucciones internas, ya sean los usos y costumbres del centro de trabajo, etc. Todo ello conformará unas condiciones de trabajo que el trabajador razonablemente no conocía en el momento de la firma del contrato. Así, en aquellos casos más graves de colisión el trabajador podrá ejercer el derecho a la objeción de conciencia y de modo general podrá ejercer el derecho a la libertad religiosa para intentar acomodar las condiciones de trabajo a sus convicciones religiosas; ello sin perjuicio de la aplicación de límites y de realizar la oportuna ponderación de bienes. Lo que resulta evidente es que la empresa no podrá oponer la mala fe del trabajador a menos que concurren unas especiales circunstancias que indiquen tal comportamiento antijurídico, que deberá alegar y acreditar.

Los derechos y obligaciones del contrato nacen desde el perfeccionamiento del contrato de trabajo, cuando ambas partes ya han consentido a obligarse a realizar ciertas prestaciones de naturaleza laboral. La titularidad del derecho a la libertad religiosa corresponde al trabajador como persona, no como trabajador; y la vigencia del derecho a la libertad religiosa concurre antes, mientras y después de la jornada de trabajo; así como antes y después de entrar en vigor el contrato de trabajo. Durante la ejecución del trabajo el derecho a la libertad religiosa sufre modulaciones, matizaciones, pero no nace del contrato de trabajo, ni se extingue con él como es la regla general en el supuesto de los derechos fundamentales laborales (como el derecho de huelga), sino de la personalidad del trabajador - ciudadano. Si dicho trabajador una vez firmado el contrato se encuentra con unas condiciones de trabajo que violentan sus convicciones religiosas, parcial o totalmente, o que no le permiten actuar según sus convicciones, podrá ejercer su derecho

obediencia del trabajador. Tales órdenes pueden ser de muy variado contenido (técnicas, de disciplina, de distribución del tiempo de trabajo, etc.) y pueden canalizarse también con variedad de formas (verbal, escrita, mecánica, electrónica, etc.). MONTROYA MELGAR: "Libertad de empresa y poder...", en AAVV: *Libertad de empresa y poder...*, op. cit., p. 37.

¹⁸⁸¹ MARTÍNEZ ROCAMORA: *Decisiones empresariales y principio...*, op. cit., p. 43.

a la libertad religiosa requiriendo que se realicen los ajustes que se consideren necesarios y razonables.

Desde el punto de vista del Derecho privado y la teoría general de las obligaciones, los pactos promisorios pueden dividirse en aquellos pactos que de forma expresa, tácita o implícitamente vinculan a quien lo suscribe¹⁸⁸². Ahora bien, la firma del contrato de trabajo implica que expresamente el trabajador acepta condiciones como los días de la semana en que trabaja o el horario, pues son condiciones que están recogidas de forma expresa en el contrato de trabajo. El problema en materia de libertad religiosa puede venir, por un lado, por la determinación de qué concretas condiciones fueron aceptadas implícitamente por el trabajador y de forma voluntaria al firmar el contrato de trabajo (por ejemplo, la normativa deontológica de una profesión); por otro lado, cuáles de las condiciones de trabajo eran conocidas por dicho trabajador o resultaban evidentes por las circunstancias concurrentes¹⁸⁸³. Desde el prisma de la legalidad ordinaria, es evidente que el trabajador está sometido al poder de dirección (con las limitaciones al uso), conozca o no todas las condiciones de trabajo; pero desde el punto de vista del ejercicio del derecho a la libertad religiosa y a la objeción de conciencia no es lo mismo negarse a realizar tareas expresamente pactadas, que tareas del todo desconocidas aunque legalmente sean exigibles.

Además, el contrato de trabajo es un contrato dinámico, razón por la cual los derechos y obligaciones no quedan petrificados necesariamente por la firma del contrato. Si en el contrato se fijó que se trabajaría de lunes a sábado, el trabajador no puede oponer después que como es adventista no podrá prestar servicios el sábado, aunque aquí se reconozca que poco margen de negociación existe hoy en día a la firma de los contratos de trabajo, excepto quizás en los casos de los puestos más cualificados o cargos directivos¹⁸⁸⁴. Así, desde un punto de vista práctico se puede decir que cuanto más "abierto" se deje el contrato de trabajo más flexibilidad gozará en teoría la relación laboral. Pero a la hora de la ejecución del contrato y al ir completando de forma concreta el contenido de dicha relación laboral, es decir, a la hora de individualizarla frente a un contrato que siempre por definición será más genérico¹⁸⁸⁵, ambas partes se pueden

¹⁸⁸² GREENWALT: *Conflicts of law...*, op. cit., pp. 64 y siguientes.

¹⁸⁸³ "El carácter continuo de la prestación de trabajo provoca la necesidad de la determinación sucesiva de las concretas obligaciones del trabajador. Cuando éste concierta con un empresario la realización de un determinado trabajo es evidente que desconoce previamente todas y cada una de las funciones a desempeñar durante la vigencia del contrato; sólo existe una determinación genérica de las obligaciones del trabajador, derivada de la categoría profesional convenida y de las cláusulas del contrato, o de la regulación general a la que éste, explícita o implícitamente, remita". MONTOYA MELGAR: *El poder de dirección...*, op. cit., pp. 64-65.

¹⁸⁸⁴ "Aunque la determinación del contenido básico de la prestación laboral se encomienda por la ley al contrato, en la inmensa mayoría de casos es de hecho el empresario quien decide unilateralmente ese contenido; cosa lógica porque es él quien conoce las actividades laborales de las que precisa su empresa y quien, en consecuencia, oferta y provee los correspondientes puestos de trabajo. El contrato laboral es así normalmente el juego de un ofrecimiento respecto del cual el trabajador, más que contraofertar o negociar, lo único que puede hacer es aceptar o no aceptar en bloque. El contrato de trabajo opera comúnmente como un contrato de adhesión, aunque no falten casos (v. gr.: contratación de trabajadores muy cualificados) en los que haya lugar a una verdadera negociación inter partes". MONTOYA MELGAR: "Libertad de empresa y poder...", en AAVV: *Libertad de empresa y poder de dirección...*, op. cit., p. 35.

¹⁸⁸⁵ Una de las finalidades del haz de facultades anudado al poder de dirección es precisamente la de individualizar la relación laboral: "El poder de dirección es un poder jurídico en cuanto a que conmina al cumplimiento de la prestación de trabajo, otorga a su titular la disponibilidad sobre una

encontrar con más grado de probabilidad que en el caso de un contrato con el clausulado más cerrado y específico que existe una colisión entre condiciones de trabajo y derecho a la libertad religiosa. Si el contrato de trabajo es dinámico y el ejercicio de los derechos también lo es (un ejemplo evidente será el cambio sobrevenido de convicciones religiosas)¹⁸⁸⁶, la interpretación del principio *pacta sunt servanda* ha de ser acorde con dicha dinamicidad: el cumplimiento de las obligaciones jurídicas del contrato de trabajo dependerá de una ecuación con diversas variables. Desde dicha constatación parece razonable que el principio de *pacta sunt servanda* recaiga con mayor fuerza sobre aquellos elementos fijos y concretos del contrato, sobre los cuales no haya duda ni variabilidad alguna, y se aplique de forma más matizada respecto a las obligaciones no especificadas en un principio o de manera concreta, por ejemplo, en una novación contractual posterior.

De este modo, en el presente supuesto sí que es dable que se produzca una colisión entre el derecho a la libertad religiosa y otros derechos, especialmente el derecho de libertad de empresa (art. 38 CE), que provoque la ponderación de dichos derechos y a su vez que quizás deban modularse para que, respetando sus contenidos esenciales, puedan expandirse lo máximo dadas las circunstancias concurrentes y de acuerdo con el principio de la buena fe¹⁸⁸⁷.

En la relación laboral, la aplicación de los derechos fundamentales, como en el resto de relaciones jurídicas entre privados, sufre una lógica modulación¹⁸⁸⁸, especialmente al

actividad productiva ajena y da origen a concretas obligaciones para el deudor de la misma. Constituye en realidad, la síntesis de una pluralidad de situaciones jurídicas activas que atribuye a su titular la capacidad para individualizar la actividad laboral a desempeñar, interrumpirla o hacerla repetir cuando no se hayan obtenido los resultados pretendidos". MORATO GARCÍA: Derecho de resistencia..., op. cit., p. 4.

¹⁸⁸⁶ La doctrina anglosajona es consciente de la dinamicidad de los derechos. A continuación un ejemplo con el derecho a la educación: "*The implications of a right, such as the right to education, and the duties it grounds, depend on additional premises and these cannot in principle be wholly determined in advance. At least, it is true in principle that the future cannot be entirely known in advance, then there may be future circumstances which were not predicted and which, given the right of education, give rise to a new duty which was not predicted in advance. Even if not such duty is unpredictable, the total implications of the right to education are in principle unpredictable. Because of this rights can be ascribed a dynamic character. They are not merely the grounds of existing duties. With changing circumstances they can generate new duties*". RAZ: *The morality...*, op. cit., pp. 186-186.

¹⁸⁸⁷ "El conflicto entre el poder de dirección del empresario en el ámbito laboral y los derechos fundamentales del trabajador es el ejemplo más común de límite a la libertad de empresa que tiene origen directo en la Constitución". GARCÍA VITORIA: *La libertad de empresa...*, op. cit., p. 201.

¹⁸⁸⁸ El principio de presunción de inocencia, aunque por razones distintas a las del resto de derechos, es uno de los derechos que clásicamente se han visto restringidos en el seno de la relación laboral, por lo que constituye un buen ejemplo de derecho fundamental modulado en dicho contexto. La razón de ser de tal restricción es que, en palabras del Tribunal Constitucional, su "campo de aplicación natural" es el proceso penal y, por extensión, el proceso administrativo sancionador. La STC 186/2000, de 10 de julio (BOE 11 de agosto de 2000) es pedagógica en el sentido de distinguir entre las dos fases por las que ha pasado este derecho en la jurisprudencia constitucional: "Y es que, si bien en un primer momento este Tribunal entendió aplicable tal derecho al ámbito del procedimiento laboral (así, SSTC 36/1985, de 8 de marzo y 37/1985, de 8 de marzo), posteriormente rectificó tal criterio, señalando que el órgano judicial no emite ningún juicio sobre la culpabilidad o inocencia del trabajador que suponga el ejercicio del «ius puniendi» del Estado, sino sólo la valoración de la procedencia o improcedencia de la sanción impuesta por el empleador (SSTC 81/1988, de 28 de abril; 30/1992, de 81 de marzo; 27/1993, de 25 de enero; 53/1995, de 23 de febrero, y 125/1995, de 24 de julio). En definitiva, como hemos recordado en la reciente STC 153/2000, de 14 de junio (F. 2), «el derecho fundamental a la presunción de

entrar en relación con el derecho de propiedad (artículo 33 CE) y el de libertad de empresa (artículo 38 CE)¹⁸⁸⁹. Pero también es posible que los derechos fundamentales del trabajador se vean debilitados por condicionamientos impuestos por normas infraconstitucionales, que a su vez derivan de preceptos constitucionales como los apuntados, por ejemplo la facultad de dirección del empresario, y por la regulación de intereses que se produce en el contrato de trabajo (recuérdese que la autonomía individual fundamenta el contrato de trabajo, de acuerdo con el artículo 3.1.c ET).

El poder de dirección del empresario, plasmado esencialmente en el artículo 20 ET, tiene su fundamento en el contrato de trabajo y en el derecho a la libertad de empresa¹⁸⁹⁰. Por un lado, es la otra cara de la moneda de las notas de ajenidad y dependencia de la relación de trabajo. Pero, por otro lado, responde a una necesidad técnica y organizativa de la empresa. De todo ello se deriva el deber de obediencia del trabajador, de acuerdo con lo establecido en el art. 5.a) ET, que exige el cumplimiento de las obligaciones del puesto de trabajo diligentemente y conforme a la buena fe¹⁸⁹¹, que, como se ha indicado anteriormente, no constituye un límite al ejercicio de los derechos constitucionales, aunque parte de la doctrina opine lo contrario.

Se puede afirmar, de forma esquemática, y teniendo en cuenta la gran complejidad jurídica que encierra el artículo 38 CE (precepto que ha de ser leído e interpretado de forma conjunta con el art. 1.1 CE, ya que se reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía social de mercado) que la libertad de empresa consta de dos elementos fundamentales:

inocencia no puede alegarse en el ámbito de las relaciones laborales cuando éstas son extinguidas unilateralmente por el empleador mediante el despido disciplinario. En efecto, cuando el empresario sanciona con el despido una conducta del trabajador constitutiva de incumplimiento grave y culpable de la relación contractual, no se halla en juego, en puridad, la inocencia o culpabilidad del trabajador despedido, ni, en consecuencia, la actividad probatoria producida en el proceso laboral emprendido frente al acto extintivo se encamina a destruir la presunción de inocencia garantizada por el art. 24.2 CE, sino, más sencillamente, a justificar el hecho o hechos causantes del despido y su atribución al trabajador...». Asimismo *vid.* PEDRAJAS MORENO: *Despido y derechos...*, *op. cit.*, pp. 231 y ss.

¹⁸⁸⁹ La STC 186/2000, de 10 de julio (BOE 11 de agosto de 2000), aclara que “*el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 CE) y reconocido expresamente en el art. 20 LET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral [arts. 4.2 c) y 20.3 LET]*” (Fundamento Jurídico Quinto). Así, obviamente, si el derecho a la libertad religiosa está sometido a límites, y uno de estos límites es el respeto a la dignidad de las otras personas, sean trabajadores o no, incluso el mismo empresario; lo mismo ocurre en el caso del ejercicio del poder de dirección, que también está limitado por el debido respeto a la dignidad del trabajador.

¹⁸⁹⁰ VALDÉS DAL-RÉ: “Poderes del empresario y derechos...”, *op. cit.*, pp. 280-281. Dicho autor entiende que el poder de dirección es el conjunto de facultades, que, a su vez, definen la posición del empresario en la relación laboral, atribuidas a los titulares de las organizaciones productivas con la finalidad de ejercer actividades económicas. Asimismo, *vid.* MONTOYA MELGAR, Alfredo: “El poder de dirección del empresario (art. 20)”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2000, núm. 100, Volumen I, pp. 575-596.

¹⁸⁹¹ RODRÍGUEZ CRESPO, María José: “Problemas actuales sobre el poder empresarial de organizar y controlar la actividad productiva”. *Aranzadi Social*, 2006, núm. 712. Versión electrónica: www.westlaw.es (BIB 2006, 1220). Para un examen de la relación entre poder de dirección del empresario y buena fe *vid.* CONDE MARÍN: *La buena fe en el contrato...*, *op. cit.*, pp. 312 y ss.

1) Libre acceso al mercado: Derecho a crear y mantener en producción empresas y a ostentar su titularidad.

2) Libre ejercicio de actividades empresariales: Derecho del titular de la empresa a tomar unas decisiones económicas primarias.

Por lo tanto, es evidente que los poderes empresariales, como el poder de dirección y organización, derivan de un derecho constitucional que se enmarca en la denominada Constitución económica, cual es el derecho a la libertad de empresa contenido en el art. 38 CE.

Aunque el art. 38 CE no se sitúa en la Sección Primera del Capítulo II de la Constitución que lleva por título "*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*", sino que se encuentra regulado en la Sección Primera titulada "*De los derechos y deberes de los ciudadanos*", lo cierto es que en alguna ocasión ha sido calificado como derecho fundamental por el Tribunal Constitucional, como es el caso de la STC 46/1983, de 27 de mayo (BOE 17 de junio de 1983), que señala que "*el artículo 38 de la CE es ciertamente un derecho fundamental, pero no goza de la protección del recurso de amparo al sobrepasar los concretos límites a que se contrae el artículo 53.2 fijando su ámbito material*" (Fundamento Jurídico Sexto). Así, el derecho a la libertad de empresa aunque no alcanza la máxima protección de los derechos considerados fundamentales por la Constitución, lo cierto es que goza de una muy relevante protección constitucional¹⁸⁹² que hace de él un derecho apto para entrar en colisión con el derecho a la libertad religiosa y, por ende, hayan de ser ponderados de acuerdo con las circunstancias que concurran; siendo modulados cuando su limitación esté del todo justificada¹⁸⁹³.

Así, dada la naturaleza jurídica constitucional de la libertad de empresa (art. 38 CE), que se manifiesta de diversos modos dentro de la relación laboral y fuera de ella, pero en lo que aquí interesa una de sus manifestaciones típicas la constituye el poder de dirección que especifica continuamente la relación laboral¹⁸⁹⁴; y dado el carácter también

¹⁸⁹² "*El artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa. La disposición está incluida en el segundo bloque de los derechos y libertades que consagra la Constitución. No alcanza, pues, a la libertad de empresa el régimen máximo de protección que la norma fundamental reserva a las libertades susceptibles de amparo constitucional; pero su valor no se reduce al de un mero principio informador de la política económica*". SAGARDOY BENGOCHEA, José Antonio y GIL Y GIL, José Luis: "Los derechos constitucionales del empresario", en AAVV: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 362.

¹⁸⁹³ "*Los poderes del empresario hallan su fundamento en el derecho constitucional a la libertad de empresa. La ley los reconoce, enmarca y protege. En caso de que colisionen con los derechos fundamentales del trabajador, el Tribunal Constitucional vela para no sufran una restricción injustificada o desproporcionada*". SAGARDOY BENGOCHEA y GIL Y GIL: "Los derechos constitucionales...", en AAVV: *El modelo social en la Constitución...*, op. cit., p. 384. Un ejemplo de colisión entre los derechos del trabajador y el empresario, lo constituye la STC 198/2004, de 15 de noviembre (BOE 21 de noviembre de 2004), referida a la libertad de expresión en la relación laboral. Dicha sentencia puntualiza que "*las libertades de expresión e información ejercidas en el marco de la acción sindical, que no son derechos ilimitados y absolutos, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, deben conciliarse con la lícita protección de los intereses empresariales, deducidos éstos conforme a un juicio de ponderación, de manera que las restricciones que hayan de aplicarse habrán de ser adecuadas, imprescindibles y proporcionales a la protección de la libertad de empresa*" (Fundamento Jurídico Octavo).

¹⁸⁹⁴ "*El reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa brinda la oportunidad para la configuración unitaria del poder de dirección, entendiéndose por tal el conjunto de facultades que definen la posición del empresario en la relación laboral. El poder de dirección se presentaría como el conjunto de aquellas facultades atribuidas a los titulares de las organizaciones productivas*

constitucional del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que se manifiesta en la relación laboral, por ejemplo, a través del principio de *pacta sunt servanda*; todo ello, en definitiva, deberá ponderarse con el derecho a la libertad religiosa en el devenir de la relación laboral cuando el trabajador ejerza tal derecho. Y a la vista de los derechos y bienes en juego se aplicarán las modulaciones correspondientes, intentando conjugar con el mínimo de limitaciones los derechos en juego, aunque a veces no habrá más remedio que limitar el derecho empresarial, modificando las condiciones de trabajo fijadas¹⁸⁹⁵.

3.5.2. La afectación del derecho a la libertad religiosa como consecuencia del cambio sobrevenido de las condiciones de trabajo

La problemática jurídica se acrecienta cuando el objeto del contrato es alterado o cuando varían ostensiblemente de forma sobrevenida, esto es una vez iniciada la relación laboral, las condiciones de trabajo pactadas. Tal alteración del objeto del contrato o de otros elementos contractuales puede venir dado por razón de la voluntad empresarial o por razones ajenas a las partes; y puede afectar al núcleo duro del haz de derechos y obligaciones del contrato, como puede afectar a elementos más secundarios o auxiliares.

Es evidente que la libertad de empresa, a través de la autonomía de la voluntad y el poder de dirección del empresario, permite que dicho empresario dentro de su facultad de *ius variandi* pueda modificar las condiciones de trabajo¹⁸⁹⁶, tal y cómo se ha visto de

con vistas al ejercicio de actividades económicas. Dentro de estas facultades se comprenderán, entre otras, la contratación de los trabajadores, la ordenación y especificación de las prestaciones laborales, la adaptación de la organización del trabajo a los requerimientos del mercado, el establecimiento de los medios de control y de reglas generales de conducta y disciplina laborales o la imposición de sanciones por faltas e incumplimientos contractuales del trabajador". VALDÉS DAL-RÉ: "Poderes del empresario y derechos...", en AAVV: Autoridad y democracia..., op. cit., pp. 31-32.

¹⁸⁹⁵ *"Es claro que el poder de dirección del empresario forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa, reconocida también como derecho fundamental en el art. 38 CE (si bien no goza de un máximo nivel de tutela jurisdiccional), pero no lo es menos que el disfrute de derechos fundamentales por el trabajador no es posible si no expropian al empresario zonas que caen dentro de aquel poder, de tal manera que se limite su «hegemónica posición contractual». Parecería así que un ordenamiento pluralista, esto es, en uno como el nuestro en el que está reconocida la libertad ideológica del individuo y los derechos a ella conexos (libertad de expresión, libertad de opinión política, sindical o religiosa, etc...) como expresión de la dignidad personal, los poderes empresariales tendrían que resultar limitados". APARICIO TOVAR, Joaquín: "Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador", en AAVV: Autoridad y democracia en la empresa". 1ª edición. Madrid: Trotta, 1992, pp. 77-78.*

¹⁸⁹⁶ *El ius variandi puede ser definido como la "facultad empresarial de modificación que forma parte del poder de dirección, como consecuencia del ejercicio ordinario de la especificación prestacional. Todo lo que sea modificación sustancial queda fuera de nuestro campo de estudio al no ser expresión propia del poder directivo. Ello es así, incluso, aunque la modificación sustancial pueda ser ordenada unilateralmente por el empresario, como ocurre en ciertos supuestos excepcionales previstos en el ET reformado. La distinción entre la modificación ordinaria o accidental y la sustancial procede del tratamiento tradicional del tema en nuestro Derecho del Trabajo. El art. 1256 CC expresaba la prohibición dirigida a las partes del contrato de disponer unilateralmente de las prestaciones. No obstante, las características propias de la prestación de trabajo, de carácter continuado, reclamaban una mínima disposición unilateral para adaptar las prestaciones a los cambios impuestos por el paso del tiempo y las exigencias de la producción. Esa adaptabilidad era necesaria, «fisiológica» a la propia relación laboral, pues no puede evitarse que, sobre las condiciones inicialmente estipuladas, incida el transcurso del tiempo determinando un planteamiento a veces forzosamente distinto de su contenido. De ahí que, teniendo como punto de referencia el art. 1203 CC, se estableciera la distinción entre facultad empresarial de modificar -*

forma precedente. No obstante, anteriormente se ha hecho énfasis en la facultad de especificación de las condiciones de trabajo; y ahora es menester hacer hincapié en la facultad de alterar unas condiciones de trabajo ya especificadas con anterioridad y que en principio no colisionaban con el derecho a la libertad religiosa del trabajador.

Así, tales condiciones de trabajo pueden variar por razones de muy distinta naturaleza. Por ejemplo, ello puede venir condicionado por un cambio de las leyes que de cualquier forma afecten a la relación laboral, como podrían ser el cambio de leyes de naturaleza laboral; o por la modificación o entrada en vigor de leyes muy relacionadas con la prestación de servicios, como puede ser cambios en la normativa deontológica del ejercicio de una profesión, o el cambio de las normas contables respecto a un trabajador que presta servicios como contable en una empresa. Los factores ajenos a las partes que pueden modificar el devenir de una relación laboral son muy numerosos.

Sin embargo, más relevantes y frecuentes serán los cambios acaecidos en la relación laboral cuyo origen se pueda localizar en el uso de la autonomía de la voluntad del empresario y la potestad de dirección, ambos externalizaciones del derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE). Tales cambios legitimados por la potestad de dirección del empresario, fundamentado en el citado precepto constitucional, pero también en los efectos jurídicos del contrato de trabajo, pueden consistir en alteraciones de la ejecución de la prestación de trabajo encuadrables en el *ius variandi*; o de modificaciones de más calado provocadas, a modo de ejemplo, por una decisión de movilidad funcional (art. 39 ET), una decisión en materia movilidad geográfica (art. 40 ET) o una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET). En los contratos de trabajo y en las leyes, principalmente en el Estatuto de los Trabajadores, se prevén muchas posibilidades que permiten al empresario de forma legítima y unilateral alterar las condiciones de trabajo que venían rigiendo hasta ese momento. Es evidente que, si tales medidas supusieran una discriminación del trabajador por razón de sus convicciones religiosas, se aplicaría de modo inmediato la tutela antidiscriminatoria (art. 14 CE y art. 17 ET).

Ahora bien, tanto si se trata de alteraciones de las condiciones de trabajo provocadas por razones ajenas a la voluntad de las partes, como si son fruto de la voluntad unilateral del empresario (sin que concurra causa alguna de discriminación), el trabajador que vea afectado su derecho a la libertad religiosa puede oponer en un primer momento, y como instrumento defensivo, la objeción de conciencia si no queda margen de maniobra¹⁸⁹⁷; o,

ius variandi - incluida en el poder de dirección, que afectaría únicamente a variaciones de carácter accidental y lo que fueran modificaciones esenciales, que requerirían acuerdo entre las partes, novatorio del negocio inicialmente concertado. El poder ordinario de modificación quedaba delimitado por el carácter accidental o esencial de la modificación". MARTÍNEZ ROCAMORA: *Decisiones empresariales y principio...*, op. cit., p. 48. En la presente investigación se discrepa de dicha postura doctrinal, pues se entiende que la decisión de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo ex art. 41 ET sí debe encuadrarse dentro del poder de dirección del empresario, pues es una manifestación jurídica de la ordenación del trabajo según criterios de oportunidad empresariales. Que deban seguirse una especiales formalidades y esté sometida la efectividad de la decisión a unos parámetros legales no significa que no pueda encuadrarse en tal potestad. Cuestión diferente es que no deba encuadrarse dentro de la facultad más limitada del *ius variandi*, facultad que el empresario ejecuta con menos ataduras jurídicas, pero a los efectos que aquí importan tales disquisiciones doctrinales resultan poco relevantes.

¹⁸⁹⁷ "Cuando la asignación de nuevas tareas choque con las creencias del trabajador resulta mucho más justificado un hipotético derecho de objeción de conciencia, pues obviamente, no había habido aceptación expresa por parte del trabajador, sino que es una exigencia unilateral y a posteriori del empresario. Incluso el Tribunal Constitucional ha venido a reconocer, al menos en

si es posible y factible, ejercerá el trabajador su derecho a la libertad religiosa, requiriendo entonces que las nuevas circunstancias se adapten a sus necesidades religiosas. En ambos casos habrá que realizar una ponderación de derechos y bienes.

No obstante, cuando la alteración de las condiciones de trabajo a través del poder de dirección traiga su causa en gran medida en la autonomía de la voluntad del empresario y especialmente el clausulado contractual¹⁸⁹⁸, en la ponderación de derechos y bienes se deberá tener en cuenta de forma especial el desequilibrio negocial y también material de las partes inherente al contrato de trabajo¹⁸⁹⁹; una constatación que no ha de ser automática, pues se insiste que habrá trabajadores con un gran poder negocial¹⁹⁰⁰. Como siempre en materia de ponderación, se trata de un criterio general, de una pauta a seguir, pero habrá que estar al caso concreto.

A la hora de ponderar los límites del derecho fundamental del trabajador a la libertad religiosa en contrapartida de la autonomía de la libertad de las partes del contrato de trabajo y el principio *pacta sunt servanda*, debe tenerse en cuenta la función protectora de la parte más débil del contrato que caracteriza al Derecho del Trabajo. No es lo mismo que se esté ante una ponderación de derechos en una relación jurídica privada regida por el Derecho Civil, donde las partes tengan el mismo poder negociador, que en la relación

algunos casos (personal sanitario de la seguridad social en relación con la práctica de abortos), una suerte de derecho de objeción de conciencia, mediante el cual el trabajador podría legítimamente oponerse a su realización por motivos ideológicos". AAVV: Inmigración, religión y trabajo..., op. cit., p. 39.

¹⁸⁹⁸ Si del clausulado contractual o de los pactos o novaciones contractuales posteriores se desprendiera que el trabajador había asentido a los cambios ahora realizados, no se podrá oponer a ellos sin contar con una causa excepcional, pues en caso contrario la regla general indicaría que estaría actuando de forma abusiva y con mala fe.

¹⁸⁹⁹ Desde dicho prisma se ha descrito el rol del jurista del trabajo del siguiente modo: "*El jurista del trabajo debe utilizar ahora con mayor asiduidad las técnicas del derecho contractual para controlar el contenido del contrato, asegurando el equilibrio entre las partes y también para controlar el ejercicio correcto del poder de dirección. Para ello también puede cumplir un papel muy importante la consideración de la incidencia de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo y en el ejercicio del poder de dirección. Sólo así el Derecho del Trabajo podrá seguir manteniendo su función, tratando de coordinar dos tendencias aparentemente contrapuestas, la ampliación de la libertad contractual y de empresa y un ejercicio «racional» y coherente del poder de dirección respetuoso de los derechos contractuales y constitucionales del trabajador*". RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER: "Poder de dirección y derecho...", en AAVV: *El poder de dirección del empresario...*, op. cit., p. 32.

¹⁹⁰⁰ Así, tal y cómo puso de manifiesto el autor de la presente investigación en otro trabajo, por ejemplo en el mundo del deporte profesional ni mucho menos todos los deportistas poseen el mismo poder de negociación, ni siquiera en un mismo equipo de primera división de fútbol, por lo que no han de inferirse consecuencias jurídicas de forma apriorística e inmotivada, sin un análisis previo de la realidad social de que se trate. En tal sentido *vid.* TOLEDO OMS, Albert: "Relaciones colectivas y sindicación", en AAVV: *La relación de trabajo en el deporte profesional*. 1ª edición. Madrid: Difusión Jurídica, 2011, pp. 205-206. Sobre la problemática del derecho a la libertad religiosa en el deporte profesional *vid.* MINTEGUÍA ARREGUI, Igor: "Diversidad cultural y deporte profesional", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013, pp. 175-195. En todo caso ha de tenerse en cuenta la estrecha relación entre poder de dirección, libertad contractual y autonomía privada: "*La peculiar relación entre poder directivo, contrato de trabajo, que es su fundamento, y empresa como organización, en y para la que aquél se ejerce ha hecho extraordinariamente difícil establecer una concordancia entre el trabajo subordinado y el derecho común de los contratos y definir jurídicamente el poder de dirección empresarial, que es también un poder de disponibilidad, como dominus, sobre la persona del trabajador sujeto a él. Y supone ejercicio de libertad contractual, de autonomía privada y de poderes dispositivos privados*". RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER: "Poder de dirección y derecho...", en AAVV: *El poder de dirección del empresario...*, op. cit., p. 6.

jurídico-laboral¹⁹⁰¹; aunque incluso en sede civil habrá excepciones (contratos de adhesión, Derecho de consumidores y usuarios, contratos de arrendamiento de viviendas habituales, etc). Para proceder a realizar una ponderación correcta es necesario partir de la premisa del desequilibrio existente entre las partes del contrato de trabajo, que es lo que el Derecho laboral intenta evitar en lo posible y justifica su nacimiento como disciplina autónoma, y siempre bajo los parámetros de la buena fe contractual¹⁹⁰². Por lo tanto, que se deban tener en cuenta los desequilibrios de las partes y que la operación se haya de guiar por el principio de buena fe, no significa que dicho elementos se erijan como límites de los derechos fundamentales ponderados, sino simplemente criterios hermenéuticos y correctores, que doten de flexibilidad dicha operación.

El Derecho Civil parte de una ficción que se materializa en el principio de la igualdad de los contratantes y, en consecuencia, otorga a éstos amplias facultades para regular sus relaciones. En cambio, el Derecho del Trabajo, como ya se mencionó, arranca de la premisa de la desigualdad entre las partes, por lo que se caracteriza por sus limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes. En el Derecho del Trabajo, a consecuencia de la especialidad de su sistema de fuentes, la autonomía individual es limitada por normas heteronómicas imperativas, ya sean de origen estatal o supraestatal, ya sean de origen convencional (fruto de la autonomía colectiva)¹⁹⁰³. La combinación de las normas imperativas provenientes del poder político y las de los convenios colectivos estatutarios reducen paulatinamente el espacio en el que puede operar la autonomía de la voluntad (los convenios colectivos extraestatutarios, por el contrario, sí son expresión de la autonomía individual de los sujetos a él). Naturalmente, a parte de los límites legales y

¹⁹⁰¹ Como recordaba ALONSO OLEA respecto a la voluntad omnímoda del empresario en la relación laboral: "en los primeros períodos de la Revolución industrial, en prácticamente todos los países, el contrato y la relación de trabajo, si se exceptúan las reglas generales de los ordenamientos sobre obligaciones contractuales, apenas conocieron otra fuente normativa distinta de la voluntad empresarial; el contrato de trabajo era (y en buena parte lo sigue siendo) meramente constitutivo de la relación de trabajo; y la regulación compleja que ésta pide por su naturaleza, y la regulación sectorial que también demanda, le vino de una remisión implícita o expresa de las decisiones adoptadas o que se adoptaran por el empresario". ALONSO OLEA, Manuel: *Introducción al Derecho del Trabajo*. 5ª edición revisada. Madrid: Civitas, 1994, p. 306.

¹⁹⁰² PALOMEQUE LÓPEZ resume así la función de esta disciplina jurídica: "No es posible olvidar (...) el dato trascendental que explica la razón de ser del Derecho del Trabajo como mecanismo de mediación y de institucionalización del conflicto social y que no es otro, en realidad, que la persecución de un equilibrio estructural entre los intereses de sus protagonistas". PALOMEQUE LÓPEZ: *Derecho del Trabajo...*, op. cit., p. 33. Para MONTOYA MELGAR se debe destacar el rol jugado por el elemento personal del contrato de trabajo a la hora de explicar las razones de la intervención del Derecho laboral en la regulación de la prestación de servicios, que hasta entonces había sido regulada por las normas civiles. Así, para dicho autor, "precisamente fue la necesaria implicación de la persona del trabajador en la relación laboral (necesaria porque la separación entre trabajador y trabajo es una pura abstracción) la causa de la intervención del legislador en tal relación" con la clara finalidad de proteger a la parte más débil. MONTOYA MELGAR: *La buena fe en el derecho...*, op. cit., p. 27. En opinión de CONDE MARÍN el principio de la buena fe es otro instrumento que contribuye al equilibrio de las posiciones de las partes en las relaciones jurídicas, y particularmente en el contrato de trabajo. CONDE MARÍN: *La buena fe en el contrato...*, op. cit. Vid. especialmente pp. 213-229.

¹⁹⁰³ "El Derecho del Trabajo, a través de sus reglas legales y colectivas, sustantivas o adjetivas, junto al reconocimiento de un contrapoder colectivo, no ha tendido a apoyar y a favorecer el juego de la autonomía contractual, más bien a limitarla y a sustituirla mediante reglas heterónomas que reducen el espacio regulador del contrato y establecen límites al poder de dirección del empresario, tratando de ordenar, de delimitar y sujetar a reglas su ejercicio y el correspondiente espacio de sujeción personal del trabajador". RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER: "Poder de dirección y derecho...", en AAVV: *El poder de dirección del empresario...*, op. cit., p. 6.

convencionales antedichos, la autonomía de la voluntad también es limitada por las normas constitucionales¹⁹⁰⁴, por lo que todo ello habrá de tenerse en cuenta cuando el empresario altere unilateralmente las condiciones de trabajo en uso de su autonomía de la voluntad y ello afecte a las convicciones religiosas del trabajador¹⁹⁰⁵. Ni siquiera en los Estados Unidos, donde la tasa de desempleo es mucho más baja que la española y donde es más fácil cambiar de puesto de trabajo si el trabajador siente amenazadas sus convicciones religiosas (o incluso donde más allá de las empresas de tendencia existe un buen número de empresas guiadas por principios religiosos que sirven como "refugio" a los trabajadores que quieran prestar servicios según su particular cosmovisión), se sostiene o pretende que exista realmente ni una apariencia de igualdad entre empresa y trabajador¹⁹⁰⁶.

El mantenimiento de la autonomía de la voluntad en toda su amplitud, siguiendo los cánones civiles, haría imposible cualquier intento de equilibrio entre las partes, constituiría una limitación irrazonable del derecho a la libertad religiosa del trabajador y provocaría la frustración de la función tuitiva del Derecho del Trabajo en un supuesto como el comentado de alteración unilateral de condiciones de trabajo. El reconocimiento pleno por parte del ordenamiento laboral de la autonomía de la voluntad de las partes, no significaría la garantía de la libertad del trabajador, pues detrás de las meras formalidades jurídicas, la libertad del trabajador por cuenta ajena está limitada materialmente por la posición económico – social que ocupa¹⁹⁰⁷. Es decir, se trataría de

¹⁹⁰⁴ Unas interesantes reflexiones sobre el papel de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones en el Derecho laboral actual se puede encontrar en CONDE MARTÍN DE HIJAS, Vicente: "Autonomía individual: alternativa de desarrollo". *Actualidad Laboral*, 1991, Tomo 2, pp. 355 y ss.

¹⁹⁰⁵ Se ha indicado por parte de la doctrina que en dicho casos sería aconsejable en la operación de ponderación realizar el oportuno reajuste de los derechos en juego en base al criterio de proporcionalidad en sentido estricto: "*Cuando, dada una tal diferencia, de la relación establecida se desprende una restricción de un derecho fundamental de la parte «débil», la relevancia del factor podrá mostrarse en el análisis de su licitud constitucional sobre la base del principio de proporcionalidad en sentido estricto. En ella se realiza (...) una ponderación de los bienes en juego. Pues bien, un mayor poder social o económico de una de las partes podrá traducirse en un menor peso del bien jurídico constituido por la autonomía de la voluntad de la otra, en la ponderación frente a los derechos fundamentales de esta última. De este modo, se logra, además, reducir a sus justos términos la relevancia de aquella variable, pues únicamente en la medida en que esa diferencia de poder se traduzca en una menor autonomía de la voluntad de una de las partes, incidirá en la resolución del supuesto planteado*". NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos...*, op. cit., p. 228.

¹⁹⁰⁶ En dicho sentido: "*The general assumption is that, except in rare circumstances, companies do not hold monopolistic power over their employees. Rather, in a free market economy marked by employment-at-will-relationships, employees are seen to be able to move with relative ease from one company to another, particularly if they believe they are being treated unjustly or inhumanely. The freedom of employees to choose among multiple employment alternatives, combined with the existence of many potential employers and many potential employees, would seem to guarantee that no one company (or individual employee) has undue power. Such assumptions of a free and competitive labor market are, arguably, never entirely accurate. In many cases, they fail to take into account the institutional power of large companies as well as the forces of economic necessity and the high costs associated with quitting a job and finding another one. All these factors can, and often do, compel workers to accept suboptimal working conditions*". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 94.

¹⁹⁰⁷ ALONSO OLEA incide en que la regulación del contrato de trabajo por el ordenamiento laboral tiene como efecto una drástica reducción de la autonomía de la voluntad de las partes, calificada por el autor de "teórica", pues su finalidad "es mantener una cierta paridad de posiciones contractuales, una situación de equilibrio o relación ponderada de prestación y contraprestación que permita la presencia y juego de decisiones jurídicamente libres, de una libertad práctica, pues,

un reconocimiento meramente formal, alejado de la concreta realidad social que el ordenamiento intenta regular. Además, aunque parezca obvio, se debería tener presente en todo momento, que los intereses en juego son distintos. Como ya se avanzó con anterioridad, el trabajador, a diferencia de su contraparte contractual y salvo contadas excepciones, se ve del todo necesitado de conservar su puesto de trabajo. Si pierde dicho puesto de trabajo o se ve obligado a abandonarlo, porque debe optar por escoger entre sus convicciones jurídicas o la prestación de servicios, pierde normalmente su única fuente de ingresos, de la que depende él y su familia.

Como contrapartida, resulta patente que no es deseable que el principio *pacta sunt servanda* pueda ser totalmente neutralizado o que se anule completamente la autonomía de la voluntad de las partes en el seno de la relación laboral. El tráfico jurídico y económico podría verse del todo alterado vulnerando o lesionando valores y bienes protegidos por la Constitución, como es la libertad de empresa (art. 38 E) o el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Así pues, y ponderando las circunstancias de cada caso, lo más correcto sería que la autonomía de la voluntad, el principio *pacta sunt servanda* y la libertad contractual fueran manejados con mucha prudencia, y modulados en su caso, pero sin neutralizarlos ni mucho menos si no es estrictamente necesario¹⁹⁰⁸. Piénsese

dentro de una realidad generalizada de trabajo por cuenta ajena". ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M^a Emilia: *Derecho del Trabajo*. 17^a edición, revisada. Madrid: Civitas, 1999, pp. 48-49. Respecto a la relación entre poder de dirección y realidad material subyacente: "El poder de dirección es, desde luego, un concepto jurídico pero, al mismo tiempo, presupone y se fundamenta materialmente en relaciones sociales y económicas; es un poder que no puede separarse del escenario de trabajo en que se ejerce, ni de los valores sociales dominantes en cada momento. Una anomalía metodológica del Derecho del Trabajo es la necesidad de tomar en cuenta, dentro de razonamiento jurídico la realidad económica y productiva, los cambios en la organización del trabajo y en el sistema productivo y las distintas «sensibilidades» y preferencias en la tutela del trabajador en relación con la tutela del sistema de empresas y la libertad de mercado. Esa necesidad es particularmente pertinente en cuanto se trata de analizar el poder de dirección y de configurar los límites de su ejercicio". RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER: "Poder de dirección y derecho...", en AAVV: *El poder de dirección del empresario...*, op. cit., p. 7.

¹⁹⁰⁸ Sobre el rol de la autonomía de la voluntad en la operación de ponderación: "En estos casos (...) se debe aceptar la existencia de un conflicto entre bienes y derechos protegidos en la Constitución. Cuando a raíz de este conflicto resulta limitado un derecho fundamental, se debe comprobar que esta restricción es adecuada para la protección de la autonomía de la voluntad, tanto del propio titular del derecho como de la persona con la que se acuerda, que resulta necesaria y, por último, que es proporcional en sentido estricto. Será este último aspecto sobre el que gire básicamente el examen de la constitucionalidad de la limitación. En este sentido, deberá estudiarse en el caso concreto si la importancia de la autonomía de la voluntad desde un punto de vista constitucional justifica la gravedad específica de la restricción de derecho". NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos...*, op. cit., p. 225. La doctrina alemana más autorizada también es muy cuidadosa en la materia: "La propia autonomía privada, no sólo su limitación, es objeto de garantías de derecho fundamental y, por lo tanto, del efecto entre terceros. Una deficiencia de la discusión acerca de los efectos en terceros ha sido que, a menudo, el asunto de la limitación de la autonomía privada estaba en primer plano y su protección no era tratada como un asunto de igual rango. La forma cómo han de trazarse los límites de las competencias de derecho privado es un asunto material y, en última instancia, un problema de ponderación. Con la definición de un efecto directo entre terceros, en el sentido mencionado, no se prejuzga nada acerca de esta pregunta material. Más bien, agudiza la mirada en relación con los problemas de derecho fundamental". ALEXY: *Teoría de los derechos...*, op. cit., pp. 479. La firma de un contrato de trabajo crea un haz de derechos y obligaciones que tronca de lleno con principios tan cardinales como el *pacta sunt servanda*, la autonomía de la voluntad de las partes, la seguridad jurídica, la libertad de empresa, la buena fe contractual, el abuso de derecho... La preeminencia indubitada, automática, ilimitada e incondicionada del derecho a la libertad religiosa sobre cualquier otra circunstancia sería como abrir una vía de agua en la línea de flotación del tráfico jurídico-económico privado que tendría

que precisamente la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales fue creada para preservarlos en un ámbito en el que actúan grupos de gran poder económico y social¹⁹⁰⁹, característica que se ve acentuada en el ámbito laboral. Además, los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y la esencia de tales derechos¹⁹¹⁰. En el caso del derecho a la libertad religiosa, el art. 16 CE no erige el principio del cumplimiento de los pactos como limitador de los derechos constitucionales allí regulados, cuando la regla general es que los límites han de estar expresamente establecidos por la propia norma constitucional o estar implícitamente amparados por ella. Así pues, el derecho a la libertad de empresa deberá ponderarse con el derecho a la libertad religiosa teniendo en cuenta las antedichas cautelas.

FERRAJOLI diferencia entre derechos fundamentales de libertad y derechos fundamentales de autonomía, un esquema que puede ser de utilidad a la hora de realizar la operación de ponderación en un supuesto como el explicado:

- 1) Derechos fundamentales de libertad: las libertades inherentes a tales derechos quedan sustraídas a la autonomía privada, ya que se configuran como universales. Y si gozan de rango constitucional quedan sustraídas asimismo a la autonomía política.
- 2) Derechos fundamentales de autonomía: las conforman libertades positivas o autonomías y consisten en la potestad de autodeterminarse (*potestates agendi*) mediante actos jurídicos potestativos, directamente en la esfera privada y de forma indirecta en la pública.

Para dicho autor ambos tipos de derechos fundamentales de libertad conviven sin interferencias recíprocas; pero, en cambio, los derechos de autonomía, ya sean derechos civiles (autonomía privada), ya sean derechos políticos (autonomía política) pueden producir efectos sobre las libertades, por lo que pueden entrar fácilmente en conflicto con ellas, lo que significa que deben ser jurídicamente limitados. El autor critica cómo el liberalismo ha confundido ambas tipologías, así como la confusión existente entre los derechos de libertad y los derechos civiles o de autonomía privada. En lo que aquí importa, el autor enfatiza cómo tal confusión posee su relevancia en el supuesto de "colisión" entre derechos. Para empezar, los derechos de autonomía, a diferencia de los derechos de libertad, se erigen en derechos-poderes, que en un Estado de Derecho se encuentran sujetos a la ley, a diferencia del derecho de libertad. Es más, los derechos de autonomía están sujetos a los límites establecidos por los derechos de libertad y los derechos sociales. Pero lo que es más importante, resulta impropio hablar de "conflictos" o "incompatibilidad", sino de simplemente sujeción constitucional a la ley, entre derechos-poderes de autonomía y los límites constitucionales impuestos por los otros derechos. Y en este momento el autor cita gráficamente: "*Oposiciones - entre libertad de empresa y derechos laborales, entre autonomía contractual e indisponibilidad de los derechos fundamentales, entre autonomía política e inviolabilidad de los propios derechos - que*

unas consecuencias económicas, sociales y jurídicas imprevisibles. Ahora bien, la postura contraria consistente en neutralizar como regla general y de forma acrítica el derecho a la libertad religiosa en el contrato de trabajo no tendría consecuencias menos desastrosas para el Estado de Derecho.

¹⁹⁰⁹ CÁMARA VILLAR: "El sistema de los derechos...", en AAVV: *Derecho Constitucional...*, op. cit., Vol. II, p. 58.

¹⁹¹⁰ Por ejemplo, STC 67/1984 de 7 de junio (BOE 11 de julio de 1984), Fundamento Jurídico Quinto.

son las habitualmente abordadas y dramatizadas". Los derechos de libertad son precisamente los límites de los derechos de autonomía, por lo que tales derechos de autonomía no pueden constituir límites a los derechos de libertad. Así, el grado de libertad de cada individuo es el resultado de sumar sus derechos fundamentales de libertad, sus libertades públicas y las libertades privadas. Si bien los dos primeros tipos son iguales para todos, el tercer tipo es causa de desigualdad. El autor enfatiza una paradoja que se materializa en la relación laboral: los derechos de libertad limitan los derechos-poderes de autonomía privada, al reducir su espacio aumenta el espacio de las simples libertades privadas¹⁹¹¹. Aunque el esquema teórico es muy útil para la presente investigación, hay que adaptarlo a las circunstancias jurídicas del ordenamiento jurídico español; en el que la Constitución, por ejemplo, distingue entre derechos fundamentales y derechos simplemente constitucionales; o en el que se citan de forma expresa algunos de los límites de los derechos fundamentales.

3.5.3. El cambio sobrevenido de convicciones

Un ulterior supuesto será cada vez más habitual. Es aquel en el que el trabajador cambia de convicciones de forma sobrevenida una vez ya iniciada la ejecución del contrato de trabajo. Es decir, un trabajador firma el contrato de trabajo otorgando su consentimiento respecto a unas condiciones de trabajo que *a priori* no entran en conflicto con sus convicciones religiosas, o quizás ni siquiera sostiene ningún tipo de convicciones a la firma del contrato de trabajo. Ahora bien, una vez iniciada la relación laboral el trabajador abraza unas convicciones religiosas que sí entran en conflicto con las condiciones de trabajo, ya sea porque cambia las convicciones que ya sostenía, ya sea porque no tenía convicciones religiosas y ahora sí las tiene; o incluso en el supuesto jurídicamente más problemático, el trabajador cambia la interpretación de las convicciones que ya sostenía (por ejemplo, se afilia a un grupo religioso disidente dentro de una corriente religiosa más amplia, o asume una posición religiosa más ortodoxa)¹⁹¹². Dada la paulatina profundización en la pluralidad religiosa a la que está sometida el país, según se ha tenido ocasión de examinar en otro apartado, tal tipología de conflictos es previsible que aumente gradualmente; como así han aumentado en otras sociedades occidentales. Si se es consciente que las condiciones económicas son dinámicas y variables en el tiempo; no menos variables son las necesidades espirituales de muchos trabajadores reflejo de sus convicciones religiosas¹⁹¹³. No toda mutación espiritual tendrá afectación en el trabajo, pero alguno de dichos cambios sí que lo pueden afectar potencialmente, como

¹⁹¹¹ FERRAJOLI: *Los fundamentos de los derechos...*, op. cit., pp. 307-312 y 353-354.

¹⁹¹² Al tratar de la problemática de la sinceridad de las convicciones ya se ha explicado que lo realmente importante son las convicciones que sostenga el trabajador, no el grupo o confesión al que quizás, no necesariamente, pertenece.

¹⁹¹³ Hume exageró probablemente al respecto, pero su aserto es harto gráfico sobre la variabilidad de la vida espiritual humana: "Por el momento, lo que resulta obvio es que el imperio ejercido sobre el entendimiento por cualquier fe religiosa es variable e incierto, está sujeto a todo tipos de cambios de humor y dependiendo de los incidentes que un u otro momento afectan a la imaginación". HUME: *Historia natural...*, op. cit., p. 76. Si parece razonable y normal adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades económicas de la empresa o a las necesidades preventivas, cada vez más se debe pensar en las necesidades de satisfacción de los requerimientos de los derechos fundamentales inespecíficos, entre ellos el derecho a la libertad de pensamiento en general, y a la libertad religiosa en particular.

muestra la jurisprudencia de otros países, y en un grado menor también la jurisprudencia española.

Ha de tenerse en cuenta que la relación laboral es una relación jurídica muy dinámica. Al fundamentarse en un contrato de tracto sucesivo, durante su ejecución y con el transcurso del tiempo es posible que el trabajador mute sus creencias en relación a las que profesaba al inicio. De hecho, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa prevé expresamente dicha posibilidad. Así, el art. 2.1.a) prevé el derecho de toda persona, también el trabajador, de “*cambiar de confesión o abandonar la que tenía*”. No sólo se trata de una facultad básica anudada al núcleo duro del derecho a la libertad religiosa, sino que es un reflejo jurídico del todo congruente con la naturaleza humana, cuyas creencias suelen ir evolucionando según la experiencia y conocimientos que va adquiriendo la persona. Que en un momento determinado de la vida de un trabajador dicho trabajador sea adepto a una determinada confesión, no significa que no pueda pasar a creer en otra; o que un ateo o agnóstico puedan adherirse en un momento determinado de la relación laboral a una de las confesiones religiosas existentes; o al revés. De este modo, como se explicará a continuación, la relación laboral debe ir adaptándose a la situación de cada momento en cumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio de los derechos fundamentales, también del derecho a la libertad religiosa. Aunque suele enfatizarse la necesidad de que la relación laboral, o más bien el trabajador, sea lo suficientemente flexible como para adaptarse en lo posible a las necesidades económicas de la empresa como condicionante de su subsistencia, y de forma que se satisfaga correctamente el derecho a la libertad de empresa¹⁹¹⁴; dicha adaptación debe producirse con más razón cuando hay en juego el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa, con lo que el contrato de trabajo no puede erigirse como un obstáculo insalvable a dicho ejercicio.

Parte de la doctrina y de la jurisprudencia española en un caso como éste optarían fácilmente por ponderar ante todo las condiciones de trabajo pactadas, es decir, la autonomía de la voluntad, el principio *pacta sunt servanda* y sobre todo se afirmarían que la buena fe que debe presidir el contrato de trabajo conlleva como consecuencia que, o bien el trabajador sigue prestando los servicios de forma inexorable tal y como se ha pactado y respecto los cuales otorgó su expreso consentimiento; o bien empresa y trabajador alcanzan un acuerdo novatorio que solventa la controversia jurídica; o bien el trabajador debe dimitir sin compensación alguna. Pero negarían rotundamente la posibilidad de ajustar las condiciones de trabajo a las convicciones del trabajador¹⁹¹⁵.

¹⁹¹⁴ WEBER ya puso de manifiesto la problemática de la inadaptación humana a las necesidades del mercado: “*El sistema capitalista actual es un cosmos terrible en el que el individuo nace y que es para él, al menos como individuo, como un caparazón prácticamente irreformable, dentro del que tiene que vivir. Él le impone al individuo, en cuanto que éste está integrado en el conjunto del «mercado», las normas de su actividad económica. El fabricante que actúe permanentemente contra estas normas es eliminado indefectiblemente desde el punto de vista económico, al igual que el obrero que no quiera o no pueda adaptarse a ellas se ve puesto en la calle como desempleado*”. WEBER: *La ética protestante...*, op. cit., p. 63.

¹⁹¹⁵ En dicho sentido: “*Si ese cambio de convicciones provocase de manera sobrevenida la incompatibilidad absoluta de la conciencia del sujeto con el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de una relación jurídica voluntariamente entablada, la única salida posible sería la rescisión de aquélla, debiendo asumir el sujeto las consecuencias*”. MACHO: “*Límites a la regulación...*”, en AAVV: *Opciones de conciencia...*, op. cit., p. 145. El autor no especifica si la extinción contractual sería indemnizada, o si, según parece, se trataría de una dimisión. Ante tal postura, cabe oponer, por ejemplo, que por el contrario el ordenamiento laboral admite la

Para solucionar dicha problemática hay que partir de dos premisas. La primera de ellas es que, como ya se ha avanzado, la buena fe contractual no constituye un límite al derecho fundamental de la libertad religiosa, como tampoco lo constituye frente a ningún otro derecho fundamental. El principio de buena fe debe ayudar a realizar la ponderación de los derechos que colisionen. Y en un caso como el presente no se aprecia que concurra ningún tipo de mala fe por parte del trabajador, ni abuso de derecho a menos que las convicciones que se sostengan no sean ni convicciones, ni sean sinceras; pues consintió cumplir con unas obligaciones que en su momento no tenía ningún problema en cumplir. En caso contrario, sí existiría una evidente mala fe y ejercicio abusivo del derecho. Una visión simplista consistente en resolver la controversia sería afirmar que si el empresario corre con los riesgos inherentes a su actividad económica, el trabajador ha de correr con los "riesgos" o ha de pechar con las consecuencias del cambio sobrevenido de sus convicciones; pero obviamente la dinámica de los derechos constitucionales no concuerda con tal proceder, un proceder que tiende erróneamente a la igualación de los principios contractuales (incluso económicos) con los principios constitucionales.

En segundo lugar, ha de partirse de una segunda premisa incontestable: el derecho fundamental a la libertad religiosa comprende el derecho a abrazar la religión que se desee, a dejarla de abrazar, a cambiar de religión, o no abrazar ninguna, tal y como establece el art. 2.1.a) LOLR. Recuérdese nuevamente el contenido del art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia*"; y del art. 18.1 de la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza*"; y el art. 9.1 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales: "*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos*".

modificación sustancial de las condiciones de trabajo que no posee ni mucho menos naturaleza constitucional fundamental y permite al trabajador percibir una indemnización si procede a rescindir el contrato ex art. 41.3 ET. En este caso resultaría que se trata de peor condición al trabajador que ejerce un derecho fundamental que el que es objeto de una medida no amparada en un derecho fundamental. Otra autora se sitúa en una posición parecida: "*El otro supuesto que excluiría el abuso de Derecho es el cambio de convicciones. Esta modificación de los propios principios o valores en uso legítimo de la libertad moral encuentra la protección del Derecho, pero si produce una intolerable tensión con las obligaciones derivadas de una relación jurídica establecida de forma voluntaria, la solución más justa es la rescisión de esa relación*". GONZÁLEZ MORENO: "La regulación legal...", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación...*, op. cit., p. 238. Por un lado, se reconoce que no hay abuso de derecho, pero de nada sirve a efectos prácticos ejercer un derecho inespecífico en sede laboral si resulta que ha de extinguirse el contrato de trabajo. Tampoco se especifica el tipo de extinción, pero también apunta a una dimisión. Al menos parece que a la decisión de extinción se llegaría después de haberse ponderado los derechos que colisionarían, pero resuelta en favor de la inexorable extinción contractual.

Pues bien, si de forma automática e irreflexiva se negara al trabajador toda posibilidad de ajuste de las condiciones de trabajo a sus actuales convicciones religiosas el mensaje que lanzaría el ordenamiento español es que se ponderan los principios contractualistas por encima de los derechos fundamentales, puesto que en la práctica se situaría al creyente que ha cambiado de convicciones en la difícil tesitura de transigir en sus convicciones más íntimas, o dimitir. Incluso, dando un paso más, se podría afirmar que se protege la ortodoxia religiosa con este proceder, ya que se penaliza todo cambio de postura religiosa, con lo que indirectamente se favorece el inmovilismo espiritual. Cuestión diferente es que se ponderen los derechos que hayan colisionado y se opte por una modulación de ellos; pero rechazar por regla general cualquier acomodación sin ni siquiera realizar la ponderación de derechos equivaldría a negar la facultad de cambiar de convicciones, ya que en la práctica tal hecho estaría fuertemente penalizado en el ámbito laboral, que lo haría frecuentemente impracticable¹⁹¹⁶. Además, la renuncia del trabajador a su puesto de trabajo que se ofrece por parte de la doctrina como solución al problema obvia que por si no fueran suficientes los argumentos esgrimidos, los derechos fundamentales son derechos que no sólo son irrenunciables según constante doctrina constitucional; sino que el art. 3.5 ET prevé expresamente la prohibición de irrenunciabilidad de los derechos por parte de los trabajadores que sean considerados de Derecho necesario, y una libertad como la de libertad religiosa no es disponible.

Así pues, procedería ejercer el derecho a la objeción de conciencia si no queda otro remedio según las circunstancias concurrentes para evitar el inmediato cumplimiento de aquellas obligaciones jurídicas contrarias a la conciencia recientemente mudada del trabajador; y de forma general y deseable, si no es posible un acuerdo entre las partes, el trabajador debería ver sus condiciones de trabajo acomodadas de acuerdo con las nuevas convicciones de trabajo y en ejercicio del derecho a la libertad religiosa¹⁹¹⁷. Ello

¹⁹¹⁶ Una crítica a los ordenamientos laborales que no admiten en la práctica la posibilidad de cambiar de convicciones: *"Most modern legal systems protect the general right to choose and change religious beliefs, but traces of older inflexibility are often evident. For example, conscription laws typically exempt conscientious objectors from military service (or provide for various forms of alternative service), but these laws are not always sensitive to changes of religious belief that occur once someone has entered the military. Similarly, labor legislation will often make allowances of religious views held at the outset of employment, but not necessarily for subsequent changes in a worker's beliefs in subsequent work assignments. In short, while modern legal systems are committed to the right to change religious beliefs in theory, they are often insufficiently sensitive to the implications of that right in practice"*. DURHAM JR: "Perspectives on religious...", en AAVV: *Religious human rights...*, op. cit., pp. 28-29.

¹⁹¹⁷ En tal sentido: *"En los supuestos en que sobrevenga un cambio de creencias o convicciones éticas o religiosas del trabajador, éste puede solicitar al empresario la adaptación del contrato de trabajo, para quedar exonerado de los deberes laborales que resulten de todo punto incompatibles con su conciencia. El empresario estará obligado a salvaguardar, en lo posible, las convicciones religiosas del trabajador, modificando la organización productiva, e incluso renegociando el contrato de trabajo. Así, habrá de conceder un cambio de funciones o un traslado, si esto facilita el ejercicio del derecho fundamental"*. GIL Y GIL, José Luis: "Poder directivo y apariencia externa del trabajador", en AAVV: *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. 1ª edición. Madrid: La Ley 2005, p. 124. Más que la adaptación del contrato de trabajo, pues el ejercicio de un derecho no puede sustituir a las partes en cuanto a la negociación contractual en el legítimo uso de su autonomía de la voluntad, lo que ocurriría es que se modificaría la relación laboral en curso. El supuesto de la interrupción voluntaria de los embarazos es un caso muy especial, pues tiene una regulación legal propia como se ha visto, pero también en tal caso se ha defendido la objeción sobrevenida y, por tanto, implícitamente el ejercicio asimismo sobrevenido del derecho a la libertad religiosa: *"En caso de colisión entre el derecho de la madre gestante a la utilización de los mecanismos que le confiere la ley y el derecho del objetor a no ser discriminado o gravado por el*

sin perjuicio, claro está, que *de lege ferenda* se pudiera legislar al respecto, precisamente para que en lo posible se minimizaran las controversias y el supuesto de hecho pudiera ser solventado con el máximo grado de seguridad jurídica¹⁹¹⁸.

La Comisión Europea de Derechos Humanos ha tenido ocasión de examinar un interesante caso en materia de cambio sobrevenido de convicciones religiosas. Se trata de la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 3 de diciembre de 1996, caso Konttinen contra Finlandia. Dicha Decisión analiza el supuesto de un trabajador que presta servicios para la Administración pública, concretamente para la Compañía de Ferrocarriles finlandesa, y fue despedido por negarse a cumplir su horario de trabajo por convicciones religiosas. Empezó a trabajar para la empresa en 1986 y su horario era de lunes a viernes, terminando por la tarde a las 18:39. En 1991 se convirtió en miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, por lo que se trata de un supuesto de un cambio de convicciones sobrevenida durante la ejecución del contrato de trabajo. Como adventista sus convicciones le prohibían trabajar los sábados, desde la puesta de sol de lo viernes. Un viernes preavisó a la empresa de que se debería ausentar antes del trabajo por causas religiosas. Fue sancionado por dicha ausencia. Asimismo, volvió a avisar a la empresa que se ausentaría durante varios viernes para poder cumplir con sus convicciones. Finalmente fue despedido por ausentarse del trabajo en seis ocasiones antes de terminar el turno de los viernes, y consta que la empresa le había advertido que le debería despedir si continuaba sin cumplir su turno del viernes. La empresa hizo lo posible por transferirle a otro puesto de trabajo compatible con sus convicciones, pero alegó que no existía ninguna vacante, a pesar de constar que el trabajador era polivalente en cuanto a su experiencia y formación. Además, el trabajador también realizó

hecho de su objeción, prevalece este último, precisamente porque (...) goza de una protección constitucional con especial cobertura, y en principio de la tutela que la Constitución garantiza al objetor de conciencia al servicio militar. Razones análogas mueven a aceptar la posibilidad de que la objeción de conciencia al aborto se plantee como sobrevenida, es decir, incluso en el supuesto que el médico firmase un contrato o aceptase la relación funcional asumiendo la obligación específica de practicar abortos legales". NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN: Conflictos entre conciencia y ley..., op. cit., p. 149. En todo caso aquí se limita tal posibilidad a que la objeción sobrevenida venga motivada por un cambio de convicciones sobrevenidas, o por una muy especial razón de peso si no es así, puesto que si el médico ha firmado un contrato de trabajo comprometiéndose a realizar abortos, sin una muy buena razón de peso no puede desligarse de ese compromiso jurídico, ya que habría un claro abuso de derecho y mala fe contractual. El contrato debería ser cumplido en todos sus extremos.

¹⁹¹⁸ En el mismo sentido: "*Cabría apostar de lege ferenda, por una especie de derecho a la «acomodación razonable de las condiciones de trabajo», similar al reconocido en el derecho anglosajón (países más sensibles hacia estas preocupaciones, quizás debido al notable pluralismo religioso que de siempre estas sociedades han tenido), mediante el cual el trabajador que, a través de su discurrir vital, ha cambiado de creencias (o reforzado las que ya tenía), puede demandar del empresario un esfuerzo para que, en tanto no suponga un «gravamen excesivo» para los intereses de la organización productiva, proceda a una redefinición de las condiciones de trabajo que resulten acordes a la nueva ideología". AAVV: Inmigración, religión y trabajo..., op. cit., p. 42. Aunque indudablemente sería aconsejable algún tipo de desarrollo legal del derecho a la libertad religiosa en relación al contexto laboral, también para el caso de un cambio sobrevenido de las convicciones religiosas, no es menos cierto, como se defiende aquí, que la institución de la *accommodation* estadounidense no es más que una operación de ponderación de derechos y bienes como la que ya prevé el Tribunal Constitucional español en una constante jurisprudencia, en la que se coloca en la balanza el derecho a la libertad religiosa (la *free exercise* de la Primera Enmienda) y los intereses empresariales (art. 38 CE, principio de *pacta sunt servanda*, etc.); todo ello bajo el principio de la buena fe que preside las relaciones laborales.*

una propuesta para acomodar su puesto de trabajo a sus convicciones¹⁹¹⁹. La empresa no alegó antes de iniciarse la vía judicial que rechazaba dicho acuerdo por razones de dificultad de implementación o similares. El trabajador entendió que se la había vulnerado su derecho a la libertad religiosa (art. 9 de la Convención) porque a pesar de la obligación de la empresa de respetar su convicción consistente en no trabajar los viernes a partir de la puesta del sol, el respeto de dicha obligación por parte de la empresa se consideraba razonable (el problema se daba cinco viernes al año y el trabajador estaba dispuesto a cambiar los turnos de trabajo) y no infringía perjuicios a terceros y se respetaba la igualdad entre trabajadores. Asimismo, el trabajador entendía que su despido podía ser considerado una discriminación por razones religiosas, ya que la gran mayoría de los finlandeses son luteranos y casi el resto de la población es ortodoxa; por lo tanto, con los horarios de la empresa estatal de ferrocarriles se facilitaba cumplir con los convicciones religiosas esas confesiones que hacen fiesta los sábados y domingos, que se corresponde precisamente con las confesiones mayoritarias¹⁹²⁰.

La Comisión desestima la petición del trabajador del siguiente modo: *“In these particular circumstances the Commission finds that the applicant was not dismissed because of his religious convictions but for having refused to respect his working hours. This refusal, even if motivated by his religious convictions, cannot as such be considered protected by Article 9 para. 1 (Art. 9-1). Nor has the applicant shown that he was pressured to change his religious views or prevented from manifesting his religion or belief”*. Dicha interpretación es extremadamente estricta, puesto que para la Comisión lo relevante es que el trabajador no cumplió con el horario de trabajo que ha de ser cumplido por todos los trabajadores, y además el trabajador había sido advertido de que sería despedido. Por lo tanto, es evidente que la Comisión no es partícipe en esta decisión de amparar una objeción de conciencia por motivos religiosos que podría calificarse de manual: la sinceridad de las convicciones religiosas quedan acreditadas (convicciones sobrevenidas durante la ejecución del contrato de trabajo); consta la incompatibilidad parcial entre la prestación de servicios y el horario (una incompatibilidad muy parcial, en sólo cinco viernes en un año); el horario de la empresa estatal de ferrocarriles satisface plenamente las necesidades religiosas de las confesiones mayoritarias (una de ellas con carácter de religión de Estado); el trabajador había ofrecido una propuesta de acomodación razonable; la empresa la había rechazado sin explicitar los motivos concretos; no consta que de haberse acomodado el puesto de trabajo se perjudicara a terceros; y, finalmente, el trabajador procedió a desobedecer las obligaciones jurídicas sabiendo que iba a ser

¹⁹¹⁹ Los términos de la propuesta consistían en tener en cuenta las variaciones que hay durante el año en la puesta del sol de los viernes para recuperar la jornada de trabajo: *“The question concerned a maximum of some five Fridays between October and March, when the sun would set at the most three and a half hours before the end of his shift. In return for a permission to finish his shift at sunset on those days he would have been prepared to work a longer shift in the summertime, when the sun would set late”*.

¹⁹²⁰ De hecho, el Estado finlandés en sus alegaciones no tiene inconveniente en señalar que las festivos nacionales se corresponden con las convicciones de los fieles de las confesiones mayoritarias (la Iglesia Luterana constituye religión de Estado en Finlandia) y que la acomodación de los deberes individuales a las convicciones religiosas es irrazonable, pero no se explican las razones concretas: *“In most countries only the religious holidays of the majority are celebrated as public holidays. In Finland members of different religious denominations are equal before the law governing working hours. Public officials whose presence at work is required on Sundays cannot refuse to perform their duties. Accommodating the rules of different religious denominations in order to respect an employer's wishes in this field would be unreasonable as far as the employer and usually also the other employees are concerned”*.

sancionado y cuando había agotado los otros instrumentos jurídicos (incluso había avisado a la empresa antes de cada desobediencia). Por si ello no fuera poco, la Comisión considera que si el puesto de trabajo no era compatible con sus convicciones religiosas, podía haber renunciado voluntariamente a dicho puesto de trabajo, pues, aunque pueda resultar sorprendente, la renuncia al puesto de trabajo es considerada por la Comisión como la última garantía del derecho a la libertad religiosa¹⁹²¹. Es decir, se conceptúa a la religión como un fenómeno que para ser garantizado en su plenitud ha de relegarse de la vida pública, como es el caso trabajo por cuenta ajena¹⁹²².

3.6. Los derechos de otros sujetos como límites. Especial referencia a la prohibición de discriminación y afectación de su dignidad

Como ya se ha analizado con anterioridad, el ejercicio del derecho a la libertad religiosa tiene como límite los derechos de los demás. Por lo tanto, como regla general el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la objeción de conciencia, si se ejercen legítimamente deberán ponderarse con los derechos y bienes de otros trabajadores, del empresario y de terceros, como puede ser el derecho a la libertad religiosa o el principio de igualdad (art. 14 CE en su primer inciso)¹⁹²³ cuya titularidad también ostentan dichos sujetos.

Ahora bien, tal y como se ha argumentado asimismo con anterioridad, y sin ánimo de exhaustividad, si del ejercicio de libertad religiosa o de su acomodación se desprende un eventual daño en la salud física o psíquica de una persona (art. 15 CE); su discriminación (art. 14 CE en su segundo inciso) o una afectación de su dignidad como persona (art. 10.1 CE)¹⁹²⁴ el derecho ejercido deberá ser limitado totalmente o parcialmente en la

¹⁹²¹ Un razonamiento que, a tenor de la doctrina, produce perplejidad, pues "*siguiendo este modelo de argumentación, es difícil imaginar un solo supuesto en que quepa considerar la existencia de vulneración del derecho de libertad religiosa*". GARCÍA-PARDO GÓMEZ, David: "Descanso semanal y festividades religiosas islámicas", en AAVV: *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2004, p. 176. Una perplejidad doctrinal que es compartida aquí.

¹⁹²² Entre las prioridades de la Comisión, como es conocido, no ha estado nunca la objeción de conciencia, como se puede comprobar en el Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos núm. 1041/83 51 DR, caso Angelini contra Suecia. En cambio, la jurisprudencia norteamericana en materia de objeción de conciencia militar ha aceptado que una persona que ingresa como voluntario en el ejército, sea después eximida del servicio militar si hay un cambio sincero en los valores religiosos del soldado. Se acepta así una objeción de conciencia sobrevenida. El ingreso voluntario arroja una duda sobre la objeción, pero no la anula. PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., p. 89.

¹⁹²³ Una cosa es que el derecho a la libertad religiosa "compita" con el derecho a la igualdad de otros sujetos, y cosa muy distinta es que el ejercicio a la libertad religiosa de uno cause una discriminación a otro. La igualdad puede ser matizada, especialmente en las relaciones *inter privatos*, la discriminación resulta inaceptable. En relación a la igualdad en concurrencia con la libertad religiosa: "*Rights to religious freedom and equality can often apperar in conflict. In such situations, one may well have to proceed on a case-by-case basis. Rights have to be weighed against each other in the light of the particular facts. Ignoring, or sweeping aside, one of the rights may create undue burdens. Both rights should be accommodated as far as possible. Religious freedom is a basic right that cannot simply be discarded because it competes with other priorities*". TRIGG: *Equality, freedom...*, op. cit., p. 38.

¹⁹²⁴ El concepto de dignidad es analizado al tratar de la prohibición de discriminación por razones religiosas. Un rechazo total a que en nombre de la libertad religiosa se afecte la dignidad de otra persona: "*The inclusion of dignity in the concept of equality addresses basic recognition ills including harassment and prejudice. It also makes it impossible to argue that equality is compatible with levelling down. Particularly important is its role in resolving conflicts between different grounds*

medida que afecte dichos derechos y bienes; ya que el Estado de Derecho no puede permitir tales conductas aunque haga lo posible para defender en su máxima extensión el derecho a la libertad religiosa y no deba entrar a valorar posturas teológicas, más allá de su incidencia en el ordenamiento jurídico.

Imagínese por ejemplo un médico que ejerce su derecho a la objeción de conciencia. Si tal ejercicio puede producir razonablemente un daño a un paciente, tal derecho ha de quedar neutralizado. De hecho, el art. 3.1 LOLR hace especial referencia a la protección de la salud como límite al ejercicio del derecho. O imagínese un trabajador que alega que sus convicciones religiosas le impiden trabajar con una persona de cierta raza¹⁹²⁵, con una persona del género contrario o con una persona de una tendencia sexual diferente a la suya. En tales casos, por muy fundamentada que esté su postura en sus convicciones religiosas (el Estado es incompetente para establecer si tales tesis religiosas son conformes a una ortodoxia religiosa determinada o no), el ejercicio al derecho quedará asimismo neutralizado, porque el ejercicio de tal derecho repugnaría los valores más nucleares del Estado de Derecho, los que garantizan su supervivencia como tal y la convivencia de los ciudadanos¹⁹²⁶.

En relación de la igualdad de género es evidente que existen confesiones religiosas que no han asumido dicho planteamiento fundamental del Estado democrático de Derecho. Aunque el Estado no puede enjuiciar si sus postulados teológicos son correctos o no, sí que ha de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, o limitar dicho ejercicio si es el caso, con el objetivo de que se respete el art. 14 CE. Es decir, el Estado ha de

of discrimination, such as those with arise between religion, on the one hand, and gender and sexual orientation, on the other. In the name of religious freedom, it can never be acceptable to denigrate the dignity of other individuals, for example because they are women or gay". FREDMAN: Discrimination law..., op. cit., p. 29. Asimismo específicamente respecto al puesto de trabajo: "The workplace need not welcome any and all commitments; the workplace should be free to shun commitments that are coercitive and degrading to other people. Yet, religious and other commitments deserve a presumption of legitimacy, although some way to exclude clearly degrading or coercitive forms should be determined and put into practice". HICKS: Religion and the workplace..., op. cit., p. 101. En el mismo sentido por parte de la doctrina española: "Lo importante a la hora de valorar una modalidad de objeción de conciencia es, primero, si los intereses ajenos que con ella se ven frustrados son lo suficientemente relevantes como para autorizar un sacrificio de la libertad de conciencia, es decir, si la autonomía, inviolabilidad o dignidad de otras personas entra en conflicto con la autonomía moral del objetor de conciencia; y, segundo, si el incumplimiento del deber jurídico por parte de este último causa un daño fundamental e irreversible o, por el contrario, si la conducta debida es fácilmente sustituible o contribuye en muy pequeña medida a la satisfacción del interés tutelado". GASCÓN ABELLÁN: Obediencia al Derecho..., op. cit., p. 231.

¹⁹²⁵ De hecho, la jurisprudencia estadounidense ya tuvo que resolver un caso de una confesión religiosa que, entre sus postulados, defendía la "supremacía blanca". Por tal razón, un trabajador adepto de dicha confesión religiosa intentó hacer valer sus postulados en el centro de trabajo. GREGORY: *Encountering religion...*, op. cit., pp. 15 y siguientes.

¹⁹²⁶ Ha de recordarse que cuando el fenómeno religioso actúa en la esfera pública como fenómeno social puede incurrir en responsabilidades respecto a las otras personas que interactúan en el medio social de que se trate: "Godly religions impose serious duties and responsibilities, including not just duties of worship and diet but also social responsibilities. A government that prohibits its people from respecting those duties profoundly insults their dignity and their self-respect. It may, of course, be necessary for government to prohibit what religion demands: some religions purport to impose duties on the faithful to kill unbelievers. But when the prohibition cannot be justified as protecting the rights of others, but only reflects disapproval of the religion that imposes the duty in question, government has violated the right to free exercise". DWORKIN: *Religion without...*, op. cit., p. 113.

limitarse a aplicar la legalidad vigente, sin dejarse llevar meramente por las percepciones sociales, muy engañosas en cuanto a las nuevas religiones se refieren¹⁹²⁷. Al mismo tiempo ha de seguirse avanzando para que las diferentes confesiones religiosas y sus integrantes abandonen toda renuencia a hacer suyo el respeto de los derechos fundamentales¹⁹²⁸, y ha de constatarse que aún resultan insuficientes los estudios en España que abordan la religión desde una perspectiva de género¹⁹²⁹.

Una discusión jurídica que se reitera en el tiempo en relación a los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales, y en especial respecto al derecho a la libertad religiosa por su íntima conexión con la identidad y el substrato cultural de las personas, es el que hace referencia al relativismo cultural. Son por todos conocidos los anacrónicos debates en Naciones Unidas sobre derechos humanos en los que los países con los regímenes más autoritarios defienden, con altas dosis de retórica, sus particularidades culturales y religiosas frente al "imperialismo occidental" con la finalidad de evitar que los derechos humanos más básicos sean de aplicación en dichos países¹⁹³⁰. En la presente investigación se defiende que aun teniendo que interpretar el ejercicio a la libertad religiosa según las circunstancias que rodean el caso concreto con todas las particularidades concurrentes, bajo ningún concepto el Estado de Derecho puede permitir que tal ejercicio afecte aquellos derechos fundamentales o bienes jurídicos que cimentan la convivencia, como son, como muestra más representativa, los ya citados derechos a la vida y a la integridad psicofísica, la prohibición de discriminación y el valor de la dignidad de la persona humana. Ninguna creencia religiosa, cultural o tradición puede obstaculizar el respeto de tales derechos o las prohibiciones que se desprenden de ellos¹⁹³¹.

De este modo, en la ponderación de derechos y bienes no puede servir como argumento jurídico válido un mayor valor del derecho a la libertad religiosa, por ejemplo, sobre la

¹⁹²⁷ CASTRO JOVER, María Adoración: "Los nuevos movimientos religiosos". *Eguzkilore*, 2004, núm. 18, pp. 18-19.

¹⁹²⁸ La citada renuencia a aceptar los derechos humanos por algunas confesiones es enfatizada por TAMAYO ACOSTA, Juan José: "Religiones y derechos humanos: dificultades, problemas y aportaciones". *Encuentros multidisciplinares*, 2014, núm. 46, pp. 11-19.

¹⁹²⁹ En dicho sentido, especialmente en relación a los estudios históricos, cabe mencionar SALOMÓN CHÉLIZ, María Pilar: "Laicismo, género y religión. Perspectivas historiográficas". *Ayer*, 2006, núm. 61, pp. 291-308. Dicho trabajo reivindica el estudio de la categoría de género a la hora de acercarse a la religión, también en relación a la historia de la Iglesia Católica en España. Así, en opinión de la autora, debe seguir explorándose el trinomio laicismo, género y religión, ámbito en relación al cual se ofrecen algunos trabajos más o menos recientes.

¹⁹³⁰ En referencia a los citados debates sobre derechos humanos llevados a cabo en el contexto de Naciones Unidas: "*Whenever democratic states chastise police states for their violations of human rights, the answer rings loud and clear: «Human rights talk is Western cultural imperialism! It is foreign interference in another state's internal affairs»*". *Admittedly, this kind of argument usually comes from privileged fat-cat diplomats, not from the victims of human rights violations. The victims, be they oppressed minorities or political prisoners, child laborers or women not treated as the equals of men, would probably want their human rights to be universally valid. Yet state elites can reject them whenever it suits them, and they do so by pointing to their cultural-historical specificity*". BAUMANN: *The multicultural*, op. cit., p. 4. De hecho, el autor define la citada posición al mismo tiempo que califica los derechos humanos como de "ideología".

¹⁹³¹ En dicho sentido es recomendable la consulta de CONTRERAS MAZARÍO, José María: "Laicidad y derechos de las minorías", en AAVV: *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 133-199. En dicho trabajo se analiza de forma extensa la problemática que supone el difícil equilibrio entre el respeto de las tradiciones de las minorías, sus costumbres y creencias religiosas y el insoslayable respeto de los derechos fundamentales. Asimismo, trata de forma especial la casi siempre conflictiva relación entre las creencias religiosas de las minorías y la igualdad de género.

orientación sexual de una persona (es muy habitual en varias confesiones religiosas tanto europeas como extraeuropeas una aversión a la homosexualidad), porque las convicciones religiosas en el contexto cultural donde se suelen aplicar, donde se crearon o en el contexto histórico en que tuvieron su génesis, tal era la interpretación teológica o culturalmente correcta. Si bien una confesión que sea contraria a las personas homosexuales, o por poner un ejemplo extremo, a los meros efectos discursivos, que promueva el canibalismo, 1) podrá conceptuarse como una verdadera convicción religiosa (el Estado no puede entrometerse en la corrección teológica de un postulado tal); en el caso concreto probablemente 2) dichas convicciones religiosas serán sostenidas de forma sincera por un trabajador fundamentalista; pero, no obstante, serán 3) inmediatamente limitadas en su ejercicio por el respeto que se merece la prohibición de discriminación, o el derecho a la integridad física, que será supraponderados en el caso concreto. Es más, si tal ponderación no se realizara correctamente y finalmente el trabajador fundamentalista ejerciera su derecho frente a otro trabajador que le situara en una clara posición de discriminación, dicho trabajador activaría a su vez la tutela antidiscriminatoria, o ejercería a su vez el derecho fundamental que se viera afectado.

Como ya se ha explicado, las actitudes religiosas fundamentalistas por suerte son una minoría dentro del ejercicio razonable y normal del derecho a la libertad religiosa, aunque obviamente los casos más extremos son siempre noticia en España como en otros países por ser muy mediáticos: ablaciones y otras conductas atentatorias a la igualdad de género (un caso paradigmático en el que es fácil esgrimir el relativismo cultural), supremacía racial, actitudes de hostigamiento, etc. Si bien el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal actuarán casi siempre en los casos más extremos, el segundo especialmente de acuerdo con su configuración jurídica de *ultima ratio*¹⁹³²; en cambio el Derecho del Trabajo puede jugar un rol más constructivo, de incentivar

¹⁹³² Un ejemplo claro es el recogido en la STS (Sala Penal) núm. 602/2015 de 13 octubre (JUR 2015, 244437) en el que se analiza el supuesto de una mujer pakistaní que es retenida ilegalmente por sus familiares por razón de querer divorciarse de su marido con el cual contrajo matrimonio en el Pakistán de forma concertada entre ambas familias. El Tribunal rechaza frontalmente todo intento de oponer cualquier relativismo cultural a la vigencia de los derechos constitucionales, especialmente en cuanto a la igualdad entre mujeres y hombres: "*Los acusados eran conscientes de que privaban de libertad a Tania y le anulaban su libertad ambulatoria. De hecho, todos ellos participaron, con una u otra contribución, en la efectividad del encierro. El dolo, por tanto, captó todos los elementos del tipo por el que se formuló acusación. Cuestión distinta es que esa conducta -querida y aceptada por los acusados- pudiera afectar a la culpabilidad de sus autores por aplicación del error de prohibición. Sin embargo, nada indica en la causa que las creencias -y las carencias- culturales que reivindica la defensa puedan desplazar la vigencia de los principios y valores sobre los que se construye nuestra convivencia. La protección penal de la libertad forma parte de nuestro patrimonio jurídico. La libertad es uno de los valores constitucionales proclamados por el art. 1 de la CE. Se trata de un principio metaconstitucional, que no necesita siquiera ser expresamente declarado. Las convicciones culturales y sociológicas de otros pueblos no pueden ser tuteladas por nuestro sistema cuando para su vigencia resulte indispensable un sacrificio de otros valores axiológicamente superiores. El papel secundario y subordinado que algunas sociedades otorgan a la mujer nunca podrá aspirar a convertirse en un valor susceptible de protección. Ni siquiera podrá ser tenido como un principio ponderable ante una hipotética convergencia de intereses enfrentados. La libertad de Tania fue radicalmente cercenada por su familia. Lo fue cuando le impuso un matrimonio que no quería y cuando la encerró en el domicilio paterno para evitar su integración social y neutralizar cualquier intento de desarrollo de su proyecto existencial como mujer*" (Fundamento de Derecho Quinto *in fine*).

identidades comunes en el centro de trabajo dentro del respeto de los derechos fundamentales¹⁹³³.

En todo caso, el canon de interpretación a la hora de realizar la ponderación de bienes debe ser la Constitución y las normas internacionales en materia de derechos humanos, dejando al margen cómo se interpretaría tal convicción religiosa en su país de origen o en el contexto cultural de qué se trate. Tal contexto puede servir de ayuda, como fuente de información y conocimiento; pero nunca como pretexto o argumento para dinamitar o erosionar los derechos fundamentales de las personas. Como ya se ha explicado en el apartado correspondiente se puede, y debe, combinar el respeto a la diversidad cultural y religiosa (respecto a la cual se puede aprender cualitativamente mucho)¹⁹³⁴, sin necesidad de homogeneizar todos los valores, pero respetándose los derechos fundamentales de los demás¹⁹³⁵, especialmente en el sentido del art. 10.1 CE: "La

¹⁹³³ No sólo es necesario rechazar el relativismo cultural, sino que por el contrario hay que incentivar que voluntaria y libremente se compartan valores comunes: "Hay que reforzar los elementos de consenso interculturales e inter-religiosos, como la «regla de oro» de tratar al otro como a uno mismo, que, bajo diversas formulaciones forma parte del patrimonio de todas las grandes religiones mundiales. Desde los consensos se pueden asumir las diferencias. Éstas llevan a que los derechos humanos en sus distintas formulaciones sean asumibles para todos los países, aunque la fundamentación de éstos sea diferente según la propia cultura y religión. Las religiones abiertas y el consenso a favor de una sociedad más justa, es la mejor forma de luchar contra los fanatismos religiosos y sus manipulaciones políticas. Presupone religiones que hacen su propio proceso de ilustración y autocrítica, y que son capaces de vivir en el contexto laico y plural que favorece el proceso de globalización. De ahí dependen la paz mundial y el futuro mismo de las tradiciones religiosas de la humanidad". ESTRADA DÍAZ: "Globalización, postmodernidad...", en AAVV: *Historia del cristianismo...*, op. cit., p. 468.

¹⁹³⁴ Aunque a veces hay mucho que rechazar y corregir, frecuentemente también hay mucho por adquirir y aprender: "One could argue that is reasonable to suppose that cultures that have provided the horizon of meaning for large numbers of human beings, of diverse characters and temperaments, over a long period of time - that have, in other words, articulated their sense of the good, the holy, the admirable - are almost certain to have something that deserves our admiration and respect, even if it is accompanied by much that we have abhor and reject. Perhaps one could put in another way: it would take a supreme arrogance to discount this possibility a priori". TAYLOR: *Multiculturalism and the politics...*, op. cit., pp. 72-73.

¹⁹³⁵ Para una defensa tal con un rechazo frontal al relativismo cultural *vid.* BARREIRO CARRIL, Beatriz: "Un análisis de la relación entre la diversidad cultural y la universalidad de los derechos humanos: especial referencia a algunos elementos novedosos aportados por la Convención de la UNESCO para la diversidad cultural". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2011, núm. 27, pp. 61-79. En ningún caso el derecho a la libertad religiosa puede amparar prácticas atentatorias a la dignidad humana o a los derechos fundamentales más nucleares. Cosa distinta es que existiendo dos derechos fundamentales que colisionen habrá que intentar alcanzar un escenario que los limite lo mínimo posible. En ocasiones no será nada fácil conciliar las particularidades culturales y religiosas con la universalidad de los derechos humanos. En otras ocasiones, cuando se lesione de algún modo la dignidad humana (por ejemplo, mutilación genital de niñas en cumplimiento de costumbres o prácticas ancestrales de ciertas zonas de África), se podrá afirmar de plano que la práctica en concreto ni siquiera queda amparada por el derecho a la libertad religiosa, por lo que en puridad no se confrontarán dos derechos fundamentales. El problema es que en los casos más habituales en sede laboral, hasta que no se lleva a cabo la ponderación no podrá saberse a ciencia cierta si se lesionan otros derechos o no, y si es posible una acomodación parcial; por lo que la realización de la ponderación permitirá una solución más garantista, en el sentido que sea. Además, en sede laboral es difícil pensar en casos en que sea de aplicación la cláusula del orden público, diseñada más bien para otros ámbitos de la vida social. Otro ejemplo de rechazo total al relativismo cultural respecto los derechos humanos en la doctrina italiana pueden encontrarse en FERRAJOLI: *Los fundamentos de los derechos...*, op. cit., pp. 364-371. Un rechazo clásico del relativismo cultural desde una postura liberal contemporánea es la siguiente: "We judge as we judge, we take the risk which this entails, we accept correction wherever this

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".

Un buen ejemplo de lo argumentado se puede examinar en la STEDH de 15 de enero de 2015, caso Eweida y otros contra Reino Unido, en la que se tratan varios casos acumulados. El Sr. McFarlane trabajaba como asesor en una organización privada nacional que proporciona servicios de asesoramiento sexual confidencial sobre relaciones. Como consecuencia de sus profundas creencias cristianas defendía que la Biblia afirma que la actividad homosexual es un pecado y que no se debe hacer nada que apoye directamente dicha actividad. Así, pues fue despedido porque se negaba a asesorar parejas del mismo sexo en materia sexual. Para la empresa dicha postura era totalmente contraria a la ética de la organización, que no podía aceptar una situación en la que un consejero podría negarse a tratar con clientes concretos porque él desaprobaba su conducta personal. El Tribunal a un lado de la balanza coloca las sinceras convicciones religiosas del trabajador y los perjuicios graves causados por el despido: *"el Tribunal tiene en cuenta que la pérdida de su trabajo fue una sanción severa con graves consecuencias para el demandante"*. Pero pesan más los otros dos elementos colocados en el otro extremo de la balanza: 1) el consentimiento del trabajador al inicio de la relación laboral con conocimiento de las circunstancias: *"el demandante se inscribió voluntariamente en el programa de formación de postgrado de Relate en asesoramiento psíco-sexual, conociendo la política de igualdad de oportunidades de Relate y que filtrar clientes por motivos de orientación sexual no sería posible"* (109); 2) y lo que resulta más relevante, la efectividad de la tutela antidiscriminatoria: *"para el Tribunal, el factor más importante a tener en cuenta es que la medida del empleador pretendía garantizar la aplicación de su política de brindar un servicio sin discriminación"* (109).

3.7. Las normas imperativas de naturaleza pública como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Especial referencia a la normativa de prevención de riesgos laborales y a la normativa penal

Muy próxima a la cuestión anteriormente estudiada se encuentra la problemática que genera la aplicación de normas imperativas de naturaleza pública en la relación laboral, que protegen derechos y bienes muy diversos, como pueden ser la integridad física y psíquica de los trabajadores (por ejemplo, la normativa en materia de prevención de

seems valid, we go too far, and under pressure we retract. We make hasty generalizations, we prove mistaken, and if we are honest, we withdraw. We seek to be understanding and just, or we seek to derive practical lessons, or to be amused, and we expose ourselves to praise and blame and criticism and correction and misunderstanding. But in so far as we claim to understand the standards of others, whether members of our own societies or those of distant countries and ages, to grasp what we are told by spokesmen of many different traditions and attitudes, to understand why they think as they think and say what they say, then, so long as these claims are not absurdly false, the «relativism» and «subjectivism» of other civilizations don not preclude us from sharing common assumptions, sufficient for some communication with them, for some degree of understanding and being understood. This common ground is what is what is correctly called objective - that which enables us to identify other men and other civilizations as human and civilized at all". BERLIN: Four essays..., op. cit., p. 103.

riesgos laborales)¹⁹³⁶, la seguridad e higiene en relación a los productos y servicios prestados por la empresa (por ejemplo, normativa en materia de manipulación de alimentos, productos pirotécnicos o sobre productos farmacéuticos)¹⁹³⁷, la normativa de Seguridad Social, la normativa de naturaleza penal, la normativa deontológica¹⁹³⁸, etc. Tal

¹⁹³⁶ En relación a las órdenes en materia de prevención de riesgos laborales poco margen queda para el *ius resistentiae*, como ya hace tiempo constató la doctrina: "*Deberá el trabajador seguir las instrucciones empresariales dictadas con carácter general, sea cual fuere la finalidad perseguida. Especial importancia tendrán éstas si son aplicación o concreción de normas estatales sobre seguridad e higiene, por su eventual repercusión civil, administrativa y criminal y por la natural severidad disciplinaria con la que ha de ser tratada su violación*". CREMADES: *La sanción disciplinaria...*, op. cit., p. 198. Si cuando se ha explicado en otra parte de la investigación la objeción de conciencia bajo su formulación de *ius resistentiae* se ha evidenciado que tanto la doctrina jurisprudencial como la de los autores bajo la Ley de Contrato de Trabajo admitían como regla general la desobediencia cuando el cumplimiento de la obligación jurídica suponía la materialización probable o segura de un riesgo laboral; ahora se constata lo contrario, es decir, como regla general no se puede admitir la desobediencia o alteración del cumplimiento de obligaciones laborales que tengan por objeto preservar la integridad física en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Incluso el liberalismo clásico, tan renuente a la intervención pública en los asuntos privados, acepta dicha intervención y la consecuente restricción de las libertades individuales para preservar bienes como la seguridad: "*Restrictions on trade, or on production for purposes of trade, are indeed restraints; and all restraint, quâ restraint, is an evil: but the restraints in question affect only that part of conduct which society is competent to restrain, and are wrong solely because they do not really produce the results which it is desired to produce by them. As the principle of individual liberty is not involved in the doctrine of Free Trade, so neither is it in most of the questions which arise respecting the limits of this doctrine; as, for example, what amount of public control is admissible for the prevention of fraud by adulteration; how far sanitary precautions, or arrangements to protect workpeople employed in dangerous occupations, should be enforced on employers. Such questions involve considerations of liberty, only in so far as leaving people to themselves is always better, caeteris paribus, than controlling them: but that they may be legitimately controlled for these ends is in principle undeniable*". STUART MILL: "On liberty", en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., p. 164.

¹⁹³⁷ Una vez más se trata de normas que prevén obligaciones jurídicas relativas fundamentalmente a la protección de la vida y la integridad física y psíquica de las personas, sobre las cuales de poco margen de maniobra disfrutará el objetor o el trabajador que ejerza el derecho a la libertad religiosa: "*Cuando un deber jurídico ha sido establecido para proteger bienes tan valiosos como la vida o la libertad de las personas no parece que la objeción de conciencia pueda estar justificada, pues ello supondría dar primacía a la autonomía del objetor sobre la inviolabilidad de los demás individuos. Pero esto no significa que siempre que la obligación jurídica vincule a personas determinadas haya de ceder la posición del objetor; de un lado, porque la contribución de este último puede ser mínima y fácilmente sustituible; y, de otro, porque tal vez el interés protegido por el deber no encierre ningún valor fundamental o resulte de una importancia menor que la libertad de conciencia del objetor. En relación con esto último, quizás fuera deseable contar con alguna de valores y, suponiendo un Derecho medianamente justo, puede recurrirse a la prelación de bienes jurídicos que ofrece el ordenamiento, pero en cualquier caso me parece difícil escapar al casuismo y a la consideración de las situaciones particulares*". GASCÓN ABELLÁN: *Obediencia al Derecho...*, op. cit., p. 229.

¹⁹³⁸ El trabajador que firma un contrato de trabajo como médico o abogado, y aunque no se diga nada en dicho contrato, *ex lege* asume la normativa deontológica de la profesión y deberá actuar de acuerdo con la *lex artis*, que ha de conocer en profundidad para poder ejercer la profesión: "*Serious questions about the relation of performance and remedy are raised by civil law duties. These duties may be completely divided between those imposed by rules of general application and those that derive from some voluntary, contractual, undertaking. Violations make one liable to another private person, typically to pay damages but occasionally to perform an act required by a court order*". GREENWALT: *Conflicts of law...*, op. cit., p. 15. Dicha idea es completada por el autor en la nota al pie 24: "*Although many rules of general application, such as tort duty not to commit assault, apply to everyone, others, such as the duties of physicians, attach to particular positions that are entered voluntarily. As to some kinds of contracts, such as marriage and large employment*

normativa se erigirá normalmente, a través de los derechos y bienes fundamentales que protegen, como límites más o menos infranqueables al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y el derecho a la objeción de conciencia; y en muchos casos, algunas de las citadas normas pueden constituir perfectamente parte de la noción de orden público¹⁹³⁹.

Como ya se ha dejado dicho en varias ocasiones en la presente investigación, la relación laboral es una relación jurídica muy intervenida por el Derecho público, aunque siga reputándose como una relación básicamente jurídico - privada¹⁹⁴⁰; porque, se insiste una vez más, la empresa cumple una función social, se inserta de lleno en la sociedad y es parte de la "esfera pública". Si durante el franquismo dicha intervención pública era muy acentuada y estaba muy relacionada con las legítimas funciones del empresario (por ejemplo, existencia de un elevado intervencionismo en relación a las extinciones colectivas de trabajo); cada vez más la intervención pública va dirigida a fiscalizar y promover intereses de otra índole. Así, buena parte de la intervención es directa en la relación laboral, como puede ser el caso de la normativa en materia de seguridad e higiene en el trabajo; y otra tipología de intervención es más indirecta, pero no menos relevante a los presentes efectos, como sería el caso, de la normativa administrativa de aplicación sectorial a la actividad económica a la que se dedique la empresa (por ejemplo, manipulación de alimentos); o en general a la actividad concreta que realice el trabajador (licencia de armas, licencia de conducción, etc.). Es decir, cuando se firma el contrato de trabajo nacen obligaciones privadas para las partes; pero también de naturaleza pública¹⁹⁴¹.

contracts, the law dictates certain crucial terms. Thus, voluntary action is connected to some general duties, and mandated elements characterize many contractual relationships" (p. 23).

¹⁹³⁹ Se trata de los clásicos límites al intento de los ciudadanos de vivir según consideren: "*The extent of a man's, or a people's, liberty to choose to live as they desire must be weighed against the claims of many other values, of which equality, or justice, or happiness, or security, or public order are perhaps the most obvious examples. For this reason, it cannot be unlimited*". BERLIN: *Four essays...*, op. cit., p. 170.

¹⁹⁴⁰ Incluso en los momentos de más intervención pública de la relación laboral, dicha relación jurídica ha mantenido su naturaleza esencialmente privada, donde la autonomía de la voluntad sigue siendo un requisito *sine qua non*, aunque sea objeto de limitaciones: "*A pesar de la reducción del principio dispositivo y aun admitiendo el máximo condicionamiento en la autonomía de la voluntad individual, el vínculo jurídico que une a un trabajador con una Empresa estimamos que conserva todavía el esquema fundamental del contrato. Es un acuerdo, es un convenio. Ahora bien, los efectos jurídicos del pacto, aunque tengan su base y fundamento en el contrato, no se limitan escuetamente a los previstos, expresa o tácitamente, por los contratantes. Por encima de los derechos y deberes contractuales hay una serie de vínculos jurídicos, éticosociales, económicos..., a veces hasta políticos, que exceden del puro nexo obligacional. El contrato de trabajo, como contrato puro, no es suficiente para albergar en su seno todos esos nexos extrajurídicos, una vez, metajurídicos otras, y de derecho público las más*". PÉREZ BOTIJA: *Contrato de trabajo y Derecho...*, op. cit., p. 10.

¹⁹⁴¹ Según la visión doctrinal predominante a mitades del siglo pasado: "*Las normas de policía laboral, las disposiciones que dicta la Administración pública para garantía de los trabajadores o para tutela del interés general, condiciona la voluntad de las partes. El Contrato de Trabajo no es únicamente la libre expresión de dos consentimientos, ni el libre juego de dos intereses patrimoniales contrapuestos. El vínculo contractual en este caso no se limita a engarzar dos voluntades, sino que produce una larga serie de derechos y obligaciones, contractuales unos, supracontractuales otros, de carácter administrativo muchos. El contrato laboral no sólo pone en movimiento un negocio jurídico de Derecho privado, no sólo vincula intereses particulares, sino que opera sobre derechos y deberes de carácter público, pone en marcha determinados servicios de la Administración pública (Colocación, Inspección de Trabajo, Seguros sociales) e, influyendo sobre un grupo social (la empresa en cuanto comunidad de trabajo), produce efectos sociales de cierta trascendencia*". PÉREZ BOTIJA: *Contrato de trabajo y Derecho Público...*, op. cit., pp. 8-9.

Dicha normativa tiene en común que protege derechos y bienes relevantes (muchas veces de naturaleza fundamental), frecuentemente cuya titularidad ostentan terceros ajenos a la relación laboral (por ejemplo, los consumidores), y se contiene en leyes que habitualmente poseen la característica más típica de dicha tipología de normas, cual es que su aplicación es general, por lo tanto muy ligadas al principio de igualdad frente a la ley; y, no menos importante a los presentes efectos, se trata de normativa de naturaleza imperativa, *ius cogens*, inderogable, de Derecho necesario, la que prevé en definitiva el art. 6.3 CC: "*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*"¹⁹⁴². En el Derecho del Trabajo abundan las normas imperativas limitadoras de la autonomía de la voluntad de las partes¹⁹⁴³, pero las que ahora aquí importan son sobre todo aquellas de carácter público, que en la mayoría de casos son asimismo controladas por organismos no menos públicos (desde la Inspección de Trabajo y Seguridad Social hasta la Agencia de Protección de Datos). De hecho, es habitual que la normativa administrativa entre a menudo en conflicto con el derecho a la libertad religiosa no sólo en el ámbito laboral, sino en todos los ámbitos donde actúa¹⁹⁴⁴. Por ejemplo, el

¹⁹⁴² En un caso célebre el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tuvo que tratar de la eventual desobediencia a leyes generales, sin la obediencia de las cuales en muchos casos no tendría sentido ni siquiera el derecho a la libertad religiosa. Se trata de la sentencia dictada en el caso *School District v. Gobitis*, 310 US 586 (1940): "*Conscientious scruples have not, in the course of the long struggle for religious toleration, relieved the individual from obedience to a general law not aimed at the promotion or restriction of religious beliefs. The mere possession of religious convictions which contradict the relevant concerns of a political society does not relieve the citizen from the discharge of political responsibilities. The necessity for this adjustment has again and again been recognized. In a number of situations, the exertion of political authority has been sustained, while basic considerations of religious freedom have been left inviolate. Reynolds v. United States, 98 U. S. 145; Davis v. Beason, 133 U. S. 333; Selective Draft Law Cases, 245 U. S. 366; Hamilton v. Regents, 293 U. S. 245. In all these cases, the general laws in question, upheld in their application to those who refused obedience from religious conviction, were manifestations of specific powers of government deemed by the legislature essential to secure and maintain that orderly, tranquil, and free society without which religious toleration itself is unattainable*". Ha de tenerse en cuenta que dicha sentencia está muy condicionada por el contexto de guerra mundial en el que se dictó.

¹⁹⁴³ Sobre la inderogabilidad de la ley imperativa en el Derecho laboral se ha dicho en un tratado ya clásico: "*Es la limitación más importante a la autónoma regulación de los intereses privados, por cuanto no se limita a establecer el ideal de justicia en las relaciones intersubjetivas, sino que construye, asimismo, un sistema de protección al interés común y a los restantes intereses privados, comprometiéndose tomando una parte activa dentro del ámbito reservado a la autonomía de la voluntad. El número de los mandatos legales, preceptivos y prohibitivos, es aún mayor respecto a la relación jurídico-laboral, escaseando en la regulación legal del trabajo subordinado las normas dispositivas; lo que se debe a la especial situación del trabajador, que obliga al legislador a dictar una amplia normativa cogente dirigida fundamentalmente a establecer una plataforma de condiciones de trabajo, impuesta como punto de partida de la contratación laboral*". OJEDA AVILÉS: *La renuncia de derechos...*, op. cit., pp. 42-43.

¹⁹⁴⁴ Un ejemplo claro es el de policía mortuoria que constituye una limitación equiparable a otras normas de Derecho público como son las normas de sanidad. Así, existe una prohibición de enterrar los muertos directamente en el suelo, sin ataúd, tal y como prescribe el rito musulmán. El rito musulmán prevé que el cadáver sea depositado en la fosa cubierto únicamente por un sudario. Desde el punto de vista sanitario tal forma de enterrar los cadáveres provoca un aumento del riesgo de expansión y contagio de enfermedades infecciosas. Así, la libertad religiosa es frontalmente limitada por preceptos como el art. 9 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, aprobado por el Decreto 2263/1974, de 20 de julio, que prescribe que "*se prohíbe la conducción, traslado y enterramiento de cadáveres sin el correspondiente féretro de las características que para cada caso se indican en este Reglamento (...)*". En éste y en otros ámbitos, conforme se van

art. 2.2 LPRL es del siguiente tenor: "Las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos"; o el art. 3 LGSS se expresa en los siguientes términos: "Será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente Ley".

Por la finalidad que persiguen dichas normas, frecuentemente derechos y bienes fundamentales, se erigirán a menudo como límites obstaculizadores del ejercicio a la libertad religiosa y el derecho a la objeción de conciencia por parte del trabajador. Es más, con un alto grado de probabilidad si la empresa tolerara que el trabajador no cumpliera las obligaciones derivadas de dichas normas o pretendiera alterar su régimen en el puesto de trabajo, el empresario debería responder por ello frente a terceros, pues, por ejemplo, por la misma firma del contrato de trabajo, a las obligaciones públicas y a las privadas, se suma el respeto de los derechos fundamentales, entre ellos la salud de todos los trabajadores¹⁹⁴⁵. Ello no significa, no obstante, que la acomodación pueda consistir en la utilización de métodos o protocolos alternativos que cumplan los requisitos administrativos; o incluso que se pueda recolocar al trabajador en otro puesto de trabajo donde no existan tales requerimientos.

Supuestos típicos que se pueden observar en la jurisprudencia de otros ordenamientos jurídicos son los relacionados con los Equipos de Protección Individual (EPI). Como se analiza en el apartado correspondiente, por ejemplo en materia de indumentaria, a veces el trabajador intentará evitar utilizar dichos equipos por ser contrarios a sus convicciones personales, a lo que se opondrá la normativa de prevención de riesgos laborales que, a su vez, viene reforzada por el art. 15 CE. Imagínese un trabajador sij que no pueda utilizar mascarilla en un ambiente tóxico como consecuencia de la barba o que no desee llevar el casco de protección en una zona peligrosa porque ha de llevar el turbante por razones religiosas. En estos casos en la operación de ponderación compite un interés privado de las partes (derecho a la libertad religiosa por parte del trabajador vs. normativa de prevención de riesgos laborales por parte del empresario), pero también un interés público, pues la Administración ha de velar para que se cumpla la normativa de prevención de riesgos laborales¹⁹⁴⁶.

encontrado alternativas, de ahí la necesidad de una voluntad de buscarlas y de ser jurídicamente imaginativos, la limitación al derecho de libertad religiosa se va reduciendo.

¹⁹⁴⁵ "En cuanto límites negativos, los derechos fundamentales contribuyen a delimitar el ámbito propio del contrato y de los poderes empresariales, los cuales, por su naturaleza y base contractual, no pueden exceder de la esfera del compromiso contractual del trabajador. Actúan así como derecho de defensa frente a ejercicio innecesario o ilegítimo del poder de dirección, para lo que resulta insuficiente la lógica contractual. Pero los derechos fundamentales no operan sólo «frente» a la relación de trabajo, por así decirlo, como añadido y al margen de la lógica contractual, también se insertan en su dinámica e integran su contenido, modalizando el contrato y siendo modalizados por éste. Se insertan en la esfera de la autonomía privada, y pueden actuarse frente al empresario en el marco de la relación laboral. No se trata sólo de dar base constitucional a ciertos deberes empresariales, p. ej. la conexión entre derecho a la salud del trabajador y los deberes empresariales en materia de prevención de riesgos laborales. Además, los derechos fundamentales enriquecen, completan y modulan el ejercicio de los poderes empresariales e implican nuevas posiciones contractuales activas del trabajador, amparadas constitucionalmente y vinculadas al respeto debido a su dignidad y libertad". RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER: "Poder de dirección y derecho...", en AAVV: *El poder de dirección del empresario...*, op. cit., p. 29.

¹⁹⁴⁶ Además, las normativas sobre seguridad, también por supuesto la relativa a la seguridad e higiene en el trabajo, pretenden en muchas ocasiones promover asimismo valores considerados

En muchos casos es frecuente que la misma normativa prevea de forma expresa limitaciones o modulaciones de los mismos derechos fundamentales, que es un signo evidente que intentan proteger derechos que en un momento dado se consideran superiores o en riesgo. Nótese, como ejemplo de ello, el art. 22 LPRL. Si bien, en general la vigilancia de la salud es voluntaria, en determinados casos el legislador ha optado por sacrificar la voluntariedad, que va muy ligada al derecho a la intimidad en este supuesto (art. 18 CE), en favor de otros derechos, como son la integridad física de otros trabajadores.

Además, en el caso de la normativa pública imperativa el trabajador no se podrá escudar en su desconocimiento a la hora de firmar el contrato de trabajo, pues por la naturaleza jurídica de dicha normativa es de plena aplicación el art. 6.1 CC: "*La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*". Así, desde dicho prisma, y a pesar de la abundancia de normas imperativas que entran en vigor todas las semanas, en teoría el conjunto de los trabajadores-ciudadanos (así como los empresarios) las deben conocer. Cuestión distinta es que la norma entre en vigor de forma sobrevenida, o el trabajador de forma asimismo sobrevenida cambie de convicciones religiosas; supuesto que ya ha sido examinado con anterioridad.

Una normativa de especial relevancia, a la que ya se ha hecho referencia, especialmente al tratar de la objeción de conciencia, es la normativa penal. El Derecho Penal por definición constituye la *ultima ratio* para proteger los derechos y los bienes jurídicos más preciados en el ordenamiento, entre ellos el mismo derecho a la libertad religiosa: tal derecho a la libertad religiosa no puede alterarse o ponderarse por encima de las normas penales¹⁹⁴⁷. No obstante, un interesante planteamiento teórico surge cuando un gobierno democrático abusa del Derecho Penal y tipifica como delitos conductas que como mucho deberían estar previstas en el Derecho Administrativo sancionador¹⁹⁴⁸.

nucleares o muy relevantes en la sociedad en un momento o contexto dado, como es la cultura preventiva: "*Society properly requires people to do things other than what they regard as morally best when a corporate determination has been made that their contribution is needed for general safety and welfare; and the law properly aims to influence the moral judgments of citizens, both by affecting their calculations of relevant consequences and by encouraging moral perspectives that favor the required act*". GREENWALT: *Conflicts of law...*, op. cit., p. 314. La normativa de seguridad y salud laboral no sólo va dirigida a salvaguardar la integridad física del trabajador en concreto, de sus compañeros y de terceros, así como de bienes como la maquinaria y los productos, sino que además posee una especial carga moral sobre la necesidad de adoptar una cultura preventiva que vaya más allá de los mínimos legales.

¹⁹⁴⁷ Ya en el siglo XIX el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tuvo la ocasión de afirmar la primacía de las leyes penales como regla general frente a las conciencias de los ciudadanos. Se trata de la sentencia dictada en el caso *Davis v. Beason*, 133 US 333 (1890): "*With man's relations to his Maker and the obligations he may think they impose and the manner in which an expression shall be made by him of his belief on those subjects no interference can be permitted, provided always the laws of society, designed to secure its peace and prosperity, and the morals of its people, are not interfered with. However free the exercise of religion may be, it must be subordinate to the criminal laws of the country, passed with reference to actions regarded by general consent as properly the subjects of punitive legislation*".

¹⁹⁴⁸ Desde un punto de vista teórico es difícil determinar la frontera entre lo que es democráticamente admisible y lo que no, o hasta dónde debe prevalecer un valor concreto: "*Should democracy in a given situation be promoted at the expense of individual freedom? or equality at the expense of artistic achievement; or mercy at the expense of justice; or spontaneity at the expense of efficiency; or happiness, loyalty, innocence at the expense of knowledge and truth? The simple point which I am concerned to make is that where ultimate values are irreconcilable, clear-cut solutions cannot, in principle, be found. To decide rationally in such situations is to decide in the light of general ideas, the over-all pattern of life pursued by a man or a*

3.8. Espacios singulares: la Administración pública

Hasta aquí se ha tratado de supuestos en que los trabajadores prestan servicios en empresas privadas que buscan el beneficio económico. No obstante, un buen número de trabajadores prestan servicios mediante relación laboral en la Administración pública. En este caso el contrato de trabajo no tiene por objeto servir a fines privados, sino públicos. Y los sujetos destinatarios finales de la prestación de servicios no son una empresa privada con ánimo de lucro o clientes, sino la Administración pública y los ciudadanos. Así pues, excepcionalmente se abandona la contemporánea relación *inter privatos* para volver a una relación entre trabajador - servidor público y Estado. La pregunta que surge inmediatamente es si el hecho de prestar servicios para una Administración pública mediante un contrato de trabajo, por lo tanto excluyendo a las relaciones jurídicas estatutarias y las funcionariales, supondrá alguna diferencia en el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y el derecho a la libertad religiosa y, por lo tanto, en la aplicación de límites al proceder a la acomodación.

En este supuesto ha de partirse necesariamente del art. 103.1 CE: "*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*". Dicho precepto es desarrollado legalmente por el art. 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que introduce los tradicionales conceptos de buena fe y confianza legítima: "*Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima*".

En esta materia resulta de gran relevancia la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que en su art. 1.2 establece que su objeto no sólo son los funcionarios públicos, sino también "*determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*"

Si cuando se analiza, por ejemplo, la objeción de conciencia y el derecho a la libertad religiosa de los médicos ha de tenerse en cuenta los derechos de los pacientes, en el presente caso habrá de tenerse especial consideración los ciudadanos y los intereses generales o interés público¹⁹⁴⁹; que es una parcela del más genérico bien común¹⁹⁵⁰. En lo

group or a society. If the claims of two (or more than two) types of liberty prove incompatible in a particular case, and if this is an instance of the clash of values at once absolute and incommensurable, it is better to face this intellectually uncomfortable fact than to ignore it, or automatically attribute it to some deficiency on our part which could be eliminated by an increase in skill or knowledge; or, what is worse still, suppress one of the competing values altogether by pretending that is identical with its rival - and so end by distorting both". BERLIN: Four essays..., op. cit., pp. XLIX-L.

¹⁹⁴⁹ Si el interés público sirve de justificación a toda la actividad administrativa, puede ser definido como "*un interés común, que, aunque, no beneficie a la totalidad de la comunidad, sí favorece al menos a una infracción importante de sus miembros. Por consiguiente, salvo que ello influya sobre la situación de un número de terceros bastante numeroso, el interés de uno o de algunos individuos no es de naturaleza pública*". PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: *Derecho Administrativo I. Parte General*. 13ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 388.

¹⁹⁵⁰ Se ha diferenciado el bien común del interés general del siguiente modo: "*Si la acción del Estado debe ser supletoria de la acción individual y si a aquél no le corresponde exclusivamente la*

que aquí interesa cabe destacar que el art. 3 del Estatuto refleja como fundamentos de actuación, entre otros, el "*servicio a los ciudadanos y a los intereses generales*" (apartado a) y el "*sometimiento pleno a la ley y al Derecho*" (apartado c).

Especialmente relevante en cuanto a la regulación de los trabajadores que prestan servicios para la Administración pública es el art. 7 que dispone que "*el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan*". Así, excepto las especialidades establecidas en la ley comentada, los derechos y obligaciones del trabajador en gran medida serán los mismos que la del resto de trabajadores que no prestan servicios en la Administración pública. En concordancia con ello, el art. 8 diferencia a los distintos empleados públicos, algunos de ellos funcionarios, otros trabajadores por cuenta ajena:

a) Funcionarios de carrera.

b) Funcionarios interinos.

c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. Dicha figura es desarrollada en el art. 11, cuyo apartado primero hace una referencia explícita al contrato de trabajo.

d) Personal eventual. Dicha figura es desarrollada en el art. 12 y su regulación específica viene dada por sus especiales funciones de confianza o asesoramiento especial

A ello cabe añadir que el personal directivo puede mantener una relación laboral con la Administración, aunque la de carácter especial de alta dirección, de acuerdo con el art. 13.4. Es decir, la norma hace una remisión a la relación laboral especial prevista en el art. 2.1.a) ET y desarrollada en el Real Decreto 1382/1985, 1 agosto, *por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección*.

Según el art. 14, los empleados públicos tienen derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio, como son, entre otros, los siguientes: "*al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral*" (apartado h); "*a la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*" (apartado i); "*a los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*" (apartado q). Y es precisamente a través del apartado q) del art. 14 a través del cual, de una forma un tanto insólita, se podrá entender reconocido el derecho a la libertad religiosa de los trabajadores que prestan servicios para las Administraciones públicas, porque el

satisfacción de la totalidad del Bien común, fácilmente se advertirá nuestro empeño de no identificar el Bien común con el interés público. El interés público representa aquella parte del Bien común que el Estado, personificación de la comunidad, debe satisfacer, bien por razón de su soberanía, ora por la insuficiencia o incapacidad de la sociedad". ORTIZ DÍAZ, José: "El bien común y la Administración pública", en AAVV: *Estudios dedicados al Profesor García Oviedo con motivo de su jubilación. Volumen I: Derecho Administrativo*. 1ª edición. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1954, p. 477. Por lo tanto, a la hora de valorar la eventual modulación de los derechos del trabajador que presta servicios para la Administración pública habrá que tener en cuenta la noción de "interés público", no la más amplia de bien común. Como se ha analizado con anterioridad, el bien común puede tenerse en cuenta cuando entre en juego el orden público como límite de los derechos.

legislador no ha previsto expresamente el derecho a la libertad religiosa a pesar de insertar diecisiete apartados con derechos individuales en el citado artículo; ello sin perjuicio de otros derechos colectivos reconocidos en el art. 15. Tales derechos han de ponerse en relación con el art. 1.2 LOLR, que establece que "*no podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas*". El problema es que, quizás, en un buen número de ocasiones el empleado público verá perturbada su prestación de servicios, no por motivo de las creencias religiosas de sus superiores, sino por una laicidad mal entendida.

Hasta aquí, como se puede comprobar fácilmente, no parece existir ningún elemento que justifique diferenciar el ejercicio del derecho a la libertad religiosa o el de objeción de conciencia por parte de los trabajadores que prestan servicios en la Administración pública del mismo ejercicio de derechos del modo ya explicado para el resto de trabajadores por cuenta ajena. Se podría alegar que la Administración pública está especialmente sujeta a la Constitución y a las leyes, pero también lo están las empresas privadas en lo que se refiere al respeto de los derechos constitucionales, especialmente si se acepta su efecto directo normativo en las relaciones entre sujetos privados. Ahora bien, sí que es cierto que una característica a tener en cuenta, como ya se ha advertido, es que ha de tenerse en cuenta especialmente los derechos de los ciudadanos y los intereses generales; aspectos que las empresas privadas cada vez tienen más en cuenta, pero de forma voluntaria a través del concepto de Responsabilidad Social Empresarial.

Alguna duda podría surgir al respecto al examinar los deberes de los empleados públicos, que son resumidos en el art. 52: "*Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta (...)*". Como se puede observar, se recoge el principio de neutralidad, sin ulteriores detalles. Ha de suponerse que es una referencia a la neutralidad ideológica y religiosa que debe guiar el ejercicio de las tareas administrativas. En el caso de la neutralidad religiosa debería entroncarse tal principio con el art. 16.3 CE que, como es sabido, no hace referencia expresa a la noción de "neutralidad", pero sí se infiere tal concepto de su redactado tal y como ha constatado reiteradamente el Tribunal Constitucional¹⁹⁵¹. El art. 53.2 del Estatuto trata de la imparcialidad, pero no de la

¹⁹⁵¹ Por ejemplo, según la STC 177/1996, de 11 de noviembre (BOE 17 de diciembre de 1996): "*el art. 16.3 CE al disponer que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», establece un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que, como se declaró en las SSTC 24/1982 y 340/1993, «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales». Consecuencia directa de este mandato constitucional es que los ciudadanos, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, cuentan con un derecho «a actuar en este campo con plena independencia de actuación del Estado» (STC 24/1982, fundamento jurídico 1.º), cuya neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática (art. 1.1 CE)*" (Fundamento Jurídico Noveno). Asimismo STC 101/2004, de 2 junio (BOE 23 de junio de 2004, Fundamento Jurídico Tercero)

neutralidad, y lo hace en los siguientes términos: "*Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio*". Es en el art. 53.11 donde se aclara que los empleados públicos "*ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos*". De hecho, en toda la ley no se encuentra ninguna ulterior referencia a la neutralidad y cómo debe ser entendida o puesta en práctica por los trabajadores al servicio de la Administración pública.

Sin duda, ha de entenderse que el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y la objeción de conciencia por parte de los trabajadores ha de verse modulado por el límite de la no confesionalidad del Estado. Ahora bien, lo que será más difícil es determinar cómo tal límite puede afectar el derecho a la libertad religiosa del trabajador. Se entiende aquí que tal modulación deberá ser menor que en el caso de un funcionario, ya que el trabajador por cuenta ajena, muchos de ellos con un contrato temporal, no está sometido a la sujeción especial a la que está sometido aquél¹⁹⁵². En cambio el sometimiento a la jerarquía no es motivo suficiente para modular el ejercicio del derecho de forma diferente a la de un trabajador que preste servicios para una empresa privada, donde estará sometido asimismo al poder de dirección del empresario.

Además, en todo caso, incluso a los mismos funcionarios, aun sometidos a una situación de sujeción especial y aplicación de límites a sus derechos, tienen reconocido el disfrute los derechos fundamentales según constante doctrina constitucional; lo que ocurre es que, como es razonable, la modulación de sus derechos dependerá en gran medida de qué funciones desarrollen. Tal y como se afirma en la STC 81/1983, de 10 de octubre (BOE 7 de noviembre de 1983), respecto al funcionario público "*también éste en el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas encuentra límites, pues ningún derecho carece de ellos, pero el funcionario se encuentra, además, con otros límites derivados de su condición de tal. Como, por otra parte, no todos los funcionarios cumplen los mismos servicios ni todos los Cuerpos poseen un mismo grado de jerarquización ni de disciplina interna, todos esos y otros factores (como, por ejemplo, que el funcionario actúe en su cualidad de tal o en su condición de simple ciudadano) han sido tenidos en cuenta por la jurisprudencia de otros países para determinar hasta dónde deben llegar las restricciones a algunos derechos y libertades de funcionarios públicos. Fruto de esa labor de interpretación casuística, la doctrina y la jurisprudencia suelen admitir que algunos de los criterios utilizables con tal fin son el de comprobar si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental o libertad pública pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos y el de si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio*" (Fundamento

¹⁹⁵² Así, en relación al art. 103 CE se ha afirmado lo siguiente: "*Los funcionarios deben adaptarse a los principios citados y están sometidos a un régimen peculiar derivado de una relación de sujeción especial y necesaria para lograr ese interés general que es objetivo principal de la Administración Pública. Como consecuencia pueden verse sometidos a ciertas limitaciones en un grado superior a cualquier persona que no forme parte de esta categoría. Además, y eso es un aspecto que limita, de hecho, el ejercicio de la objeción de conciencia, el funcionario está obligado por el principio de jerarquía administrativa y la irrenunciabilidad de las competencias*". PÉREZ-UGENA COROMINA: *La objeción de conciencia...*, op. cit., p. 180.

Jurídico Segundo). Tal doctrina es confirmada, por ejemplo, en la STC 69/1989, de 20 de abril (BOE 19 de mayo de 1989, Fundamento Jurídico Segundo), en la STC 101/2003, de 2 de junio (BOE 1 de julio de 2003, Fundamento Jurídico Cuarto)¹⁹⁵³, o en la STC 272/2006, de 25 de septiembre (BOE 26 de octubre de 2006, Fundamento Jurídico Noveno)¹⁹⁵⁴.

En segundo lugar resulta relevante la reserva de funciones realizada en el art. 9.2: "*el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca*"¹⁹⁵⁵. Si en tales casos se podría justificar una mayor modulación del ejercicio del derecho a la libertad religiosa y una especial restricción del derecho a la objeción de conciencia, lo cierto es que los trabajadores por cuenta ajena en ningún caso podrán realizar funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas; así nunca podrán ver limitados sus derechos por tales razones.

Ante la diferente posición jurídica de los funcionarios y los trabajadores que prestan servicios en la Administración pública, el Tribunal Constitucional ha declarado que es

¹⁹⁵³ Es interesante señalar como en la sentencia el Tribunal Constitucional constata como los vínculos jerárquicos del profesorado funcionario universitario son sensiblemente más débiles que los propios de otros cuerpos funcionariales (Fundamento Jurídico Quinto). Se insiste que a la hora de analizar las modulaciones en el ejercicio de la libertad religiosa de los trabajadores que prestan servicios en la Administración pública, no sólo es relevante que no estén sometidos a una sujeción especial como los funcionarios, sino que también es relevante la tipología de las funciones que prestan y el servicio público al que coadyuvan.

¹⁹⁵⁴ Así, la doctrina administrativista más autorizada ha enfatizado la especial debilidad que pueden tener a veces los derechos de los funcionarios públicos, que "*en unos casos, que son los menos, se trata de derechos subjetivos perfectos; en otros casos, consisten en derechos subjetivos debilitados, que, como tales, se abaten cuando el interés público lo exige; y finalmente, a veces, no pasan de ser intereses de los funcionarios, en cuanto conectados con normas de organización administrativa y no con normas que directamente piensen en el beneficio de aquéllos. Ello se explica por las peculiaridades que concurren en la materia que nos ocupa. Al regularse los derechos de los funcionarios se está pensando no sólo en éstos, sino también en el interés de la Administración, al que en muchas ocasiones se otorga un carácter prevalente*". ENTRENA CUESTA, Rafael: *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I/2. 12ª edición. Madrid: Tecnos, 1998, p. 312.

¹⁹⁵⁵ Las especiales tareas y potestades de los funcionarios justifican que la regulación de sus actividades y conductas sea diferente al del resto de los ciudadanos: "*Les normes que regulen el capteniment d'aquests individus, en la mesura que els imposen uns deures específics propis de llur càrrec i els atorguen unes potestats específiques pròpies de llur càrrec, constitueixen dins de l'ordre jurídic total, el qual regula el capteniment de tots els individus que viuen dins del seu àmbit de validesa territorial, un ordre jurídic parcial que constitueix una col·lectivitat parcial que abraça només els individus qualificats com a funcionaris de l'Estat: és allò que constitueix l'Estat en tant que aparell burocràtic de funcionaris, amb el govern estatal al capdamunt*". KELSEN: *Teoria pura...*, op. cit., Vol. II, p. 100. Y son los funcionarios que realizan las tareas más relevantes en la función pública los que han de ver especialmente modulados sus derechos en comparación con otros ciudadanos, pero no los trabajadores: "*There is quite clearly no difficulty in explaining why we are to comply with just laws enacted under a just constitution. In this case the principles of natural duty and the principle of fairness establish the requisite duties and obligations. Citizens generally are bound by the duty of justice, and those who have assumed favored offices and positions, or who have taken advantage of certain opportunities to further their interests, are in addition obligated to do their part by the principle of fairness*". RAWLS: *A theory of justice...*, op. cit., p. 350.

plenamente constitucional otorgar un tratamiento legal desigual. De este modo, en la temprana STC 57/1982, de 27 de julio (BOE 18 de agosto de 1982), dictada en Pleno, se afirma que *"sin duda la Carta fundamental parte del hecho de tratarse de situaciones diversas por su contenido, alcance y ámbito diferente de función y actuación, y por eso independiza y diversifica su regulación legislativa, sometiéndolos a regulaciones diferenciadas que no parecen irrazonables"* (Fundamento Jurídico Noveno); doctrina que se reitera en la STC 108/1986, de 29 de julio (BOE 13 de agosto de 1986, Fundamento Jurídico Vigésimo Primero)¹⁹⁵⁶ y en la STC 99/1987, de 11 de junio (BOE 26 de junio de 1987) que, a su vez afirma que *"si la distinción entre ambos regímenes es una opción constitucionalmente lícita del legislador, también lo será la diferencia en los elementos configuradores de los mismos, no justificándose por ello la sospecha de arbitrariedad"* (Fundamento Jurídico Sexto)¹⁹⁵⁷.

Ha de insistirse que no es jurídicamente igual la posición de un funcionario que ejerce la autoridad pública (juez¹⁹⁵⁸, Inspector de Trabajo, policía, militar...) que el de un trabajador por cuenta ajena; y dependiendo de las responsabilidades de los funcionarios con los que se compare, la diferencia se convierte en abismal. Al respecto es interesante la STEDH de 1 de julio de 1997, caso Kalaç contra Turquía, que indica los límites de la libertad religiosa en un supuesto en que dicho derecho ha de ser especialmente modulado por razón de la condición especial del demandante. En el supuesto de hecho tratado en la sentencia el Tribunal analiza si se ajusta a la Convención la jubilación forzosa de un juez militar por causa de sus creencias religiosas, cuando el Estado turco y sus fuerzas armadas están basadas en el laicismo. Así, la sentencia argumenta cuál es el contenido del Derecho y al mismo tiempo lo condiciona según la posición jurídica que pueda ocupar el individuo: *"The Court reiterates that while religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, inter alia, freedom to manifest one's religion not only in community with others, in public and within the circle of those whose faith one shares, but also alone and in private (see the Kokkinakis v. Greece judgment of 25 May 1993, Series A no. 260-A, p. 17, para. 31). Article 9 (art. 9) lists a number of forms which*

¹⁹⁵⁶ La sentencia, que constata la constitucionalidad de un tratamiento legal menos favorable para el personal estatutario en comparación con el personal laboral, resuelve la controversia de *"forma benévola y superficial"*, en expresión crítica de ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho...*, op. cit., Vol. I/2, p. 54.

¹⁹⁵⁷ En otros supuestos los funcionarios, el personal estatutario y los trabajadores por cuenta ajena han de ser tratados de igual modo. Por ejemplo, en la STC 99/1999, de 31 de mayo (BOE 29 de junio de 1999), se analiza el caso de una convocatoria pública en la que el baremo de aplicación debería haber situado en la misma posición en cuanto puntuación a los tres colectivos: *"No es razonable que, abierta la convocatoria al personal funcionario, al personal laboral fijo y al personal estatutario de la Seguridad Social, al interpretar las bases y el baremo no se tenga en cuenta el diferente régimen jurídico sustantivo de dichos colectivos, de tal suerte que se coloca en una situación desventajosa al personal estatutario frente a los funcionarios públicos y al personal laboral fijo, al no valorar al personal estatutario de la Seguridad Social en uno de los apartados del baremo de méritos (el relativo al «grado personal») cuando ello es perfectamente posible mediante una interpretación más acorde con el principio de igualdad del referido apartado, como se ha hecho en relación con el personal laboral fijo"* (Fundamento Jurídico Quinto).

¹⁹⁵⁸ A favor de la máxima limitación en el caso de los jueces: *"Del mismo modo que no cabe que, desde la invocación del artículo 16.1, un ciudadano encuentre apoyo para una cláusula general e innominada de objeción que le permita seleccionar aquellos deberes públicos que determine cumplir o no por razones de conciencia, con más motivo hay que rechazar el ejercicio directo en el caso del juez que ejerce un poder público y está por ello sujeto a un estatuto profesional"*. REQUERO IBÁÑEZ, José Luis: *"La objeción de conciencia por los jueces"*, en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 167.

manifestation of one's religion or belief may take, namely worship, teaching, practice and observance. Nevertheless, Article 9 (art. 9) does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief. Moreover, in exercising his freedom to manifest his religion, an individual may need to take his specific situation into account". Y precisamente toma en cuenta la situación específica del demandante para afirmar que, por un lado, el ejército le ha permitido profesar sin problemas sus creencias como musulmán (rezar cinco veces al día, cumplir con las obligaciones del Ramadán o atender los viernes la plegarias en la Mezquita). Pero, por otro lado, el demandante al entrar en el ejército ha de aceptar limitaciones a su libertad religiosa que serían inaceptables en el caso de los civiles. Así pues, la decisión de jubilarlo forzosamente por causas disciplinarias se basa exclusivamente en una vulneración de la disciplina militar, no por causa directa de sus convicciones religiosas.

Otro caso interesante, también decidido en contra del demandante es el contenido en la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 8 de marzo de 1985, caso *Borre Arnold Knudsen v. Noruega*. Allí se analiza el supuesto de un cura que presta servicios para la Iglesia estatal noruega y que se niega a realizar parte de sus funciones como consecuencia de la aprobación por parte del Estado de una norma relativa al aborto (cambio normativo sobrevenido). A consecuencia de ello es despedido. La Comisión de Derechos Humanos es expeditiva: "*The Commission finds that a clergyman within a State Church system, has not only religious duties, but has also accepted certain obligations towards the State. If the requirements imposed upon him by the State should be in conflict with his convictions. He is free to relinquish his office as clergyman within the State Church, and the Commission regards this as an ultimate guarantee of his right to freedom of thought, conscience and religion*". Para la Comisión tampoco quedaba clara la relación entre derecho a la libertad religiosa y tareas administrativas a realizar: "*These views expressed by the applicant did not lead to his dismissal which the Commission finds was due to his refusal to perform functions that were administrative duties of his office. The Commission finds that this refusal did not actually express the applicant's belief or religious views and it cannot, therefore, be considered as such to be protected by Article 9 para. 1, even when it was motivated by such views or belief (cf. Arrowsmith v. the United Kingdom, Comm. Report 12 .10 .78, para . 71, D .R . 19 p . 19). The applicant has not shown that he has been under any pressure to change his views or that he has been prevented from manifesting his religion or belief. It follows, that the applicant's dismissal did not in any way interfere with the exercise of his rights under Article 9 of the Convention and this part of the application is therefore manifestly ill-founded within the meaning of Article 27 para. 2 of the Convention*".

En un sentido parecido se pronuncia la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 8 de septiembre de 1988, caso *Jan Åke Karlsson v. Suecia*. En este caso se analiza el supuesto de un cura que presta servicios para la Iglesia estatal sueca. Al solicitar un nuevo puesto de trabajo que supone un ascenso le es denegado porque dicho cura está en contra de prestar servicios y colaborar con otros sacerdotes de sexo femenino, al pertenecer a una corriente que se opone al sacerdocio femenino. De este modo, se entiende que si se aceptara su candidatura no podría realizar correctamente la prestación de servicios. La Comisión ratifica que la Iglesia no tiene por qué aceptar su candidatura sabiendo que no podrá llevar a cabo correctamente sus funciones: "*The freedom of religion thus does not include the right of a clergyman, within the framework of a church in which he is working or to which he applies for a post to practise a special*

religious conception. If the applicant's views on women priests and thus his intentions regarding co-operation with female colleagues is found to be incompatible with the view generally held by the church in question the latter is not obliged to accept the applicant as its servant". Es más, la Comisión entiende que en ningún momento se ha presionado al trabajador para que cambie de opinión y se le permite prestar servicios normalmente, y no aceptar su candidatura se erige además como garantía de su libertad de conciencia: *"if the requirements imposed upon a person by the church should be in conflict with his convictions he should be free to leave his office, and the Commission regards this as an ultimate guarantee of his right to freedom of thought, conscience and religion".*

Si, por la razón que fuera, un trabajador por cuenta ajena tuviera que realizar alguna función que implicara una especial autoridad frente a otros trabajadores que presten servicios en la Administración pública, como frente a los ciudadanos, sin duda debería ver modulados sus derechos en relación a tal aspecto, por razón del principio de neutralidad. Tal es el caso analizado, por ejemplo, por la jurisprudencia británica, concretamente el caso *Ladele v London Borough of Islington* [2009] EWCA Civ 1357 (15 December 2009), en el que se examina la conducta de una registradora que presta servicios para un registro público como registradora de nacimientos, matrimonios y defunciones. Cuando en el Reino Unido se aprueba la legislación sobre la inscripción de parejas de hecho del mismo sexo la Sra. Ladele y otros registradores se niegan a inscribirlos como consecuencia de sus convicciones religiosas. La legislación establece que la *"registration authority to ensure that there is a sufficient number of civil partnership registrars for its area to carry out the functions of civil partnership registrars"*. Los argumentos de la registradora eran del siguiente tenor: *"the orthodox Christian view that marriage is the union of one man and one woman for life"*; *"could not reconcile her faith with taking an active part in enabling same sex unions to be formed"*, por ser contrarias a las "instrucciones de Dios". Después de varias reuniones, y el establecimiento de una tensa relación entre los diversos registradores (se calificó a la registradora y a otro registrador renuente a cumplir con la obligación de "homóforos") el responsable del registro informó a la registradora que su negativa a inscribir las parejas de hecho del mismo sexo no sólo quebrantaba sus obligaciones como registradora, sino que suponía una vulneración de la legislación en materia de discriminación por razones de género. Por lo tanto, se le advertía que debía llevar a cabo la tarea encomendada o se procedería a extinguir el contrato. La registradora, a su vez, y una vez denegada su solicitud de acomodación de las condiciones de trabajo, se consideraba discriminada por razón de sus convicciones religiosas y presentó la correspondiente demanda ante los tribunales laborales que fue estimada. Se entendió que existió una discriminación directa contra la registradora porque fue requerida para llevar a cabo inscripciones de parejas del mismo sexo a pesar de sus convicciones religiosas, entre otros hechos; discriminación indirecta porque *"the blanket policy of requiring all registrars to perform civil partnership duties put individuals who held the orthodox Christian belief, that marriage was a union between one man and one woman for life, at a disadvantage when compared with others who did not hold that belief"*; asimismo se estimó que fue acosada.

La sentencia aquí comentada es fruto del recurso de la registradora contra la sentencia dictada en apelación que estimó el recurso de apelación de la Administración contra la sentencia del juzgado laboral de instancia, que estimó a su vez la demanda de la registradora. Es decir, era la tercera vez que se analizaba el caso. Ha de tenerse en cuenta que, según se desprende del relato fáctico, aunque la registradora se negó a

cumplir con sus obligaciones laborales, en ningún momento consta que fuera sancionada, a pesar de haberse iniciado un expediente disciplinario contra ella por incumplir sus obligaciones por razón de la orientación sexual de los ciudadanos. Por lo tanto, en el procedimiento judicial no se conoció de un caso de objeción de conciencia (que *de facto* existió, pues la registradora se negó a cumplir las obligaciones jurídicas como consecuencia de sus convicciones religiosas); sino que el Tribunal se limita a analizar si concurrió discriminación directa o indirecta, o acoso, contra la registradora, extremo descartado por el Tribunal de apelación, pero aceptado por el órgano jurisdiccional de instancia. Se ha creído oportuno no examinar el caso en el apartado sobre la tutela antidiscriminatoria, porque se considera interesante para constatar hasta qué punto un trabajador que presta servicios en un oficina pública y que ostenta la condición de autoridad puede ver acomodada su situación laboral de acuerdo con sus convicciones religiosas. Además, es evidente que en España la conducta de la registradora hubiera sido calificada como discriminatoria. Obviamente, no es éste el lugar para determinar si el Derecho laboral inglés es adecuado para hacer frente a esta tipología de asuntos o si los órganos jurisdiccionales ingleses aplicaron dicha legislación de forma correcta. A pesar de que existen argumentos más o menos confusos o criticables como el hecho de diferenciar entre "convicciones" y "acciones o conductas motivadas por dichas convicciones", dualidad que recuerda cierta doctrina ya comentada y superada del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, lo cierto es que el Tribunal alude a un argumento clave que se erige como el núcleo de la cuestión y que marca el límite en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa cuando se presta un servicio público como autoridad: *"However, even assuming that argument could be run here, it appears to me that the fact that Ms Ladele's refusal to perform civil partnerships was based on her religious view of marriage could not justify the conclusion that Islington should not be allowed to implement its aim to the full, namely that all registrars should perform civil partnerships as part of its Dignity for All policy. Ms Ladele was employed in a public job and was working for a public authority; she was being required to perform a purely secular task, which was being treated as part of her job; Ms Ladele's refusal to perform that task involved discriminating against gay people in the course of that job; she was being asked to perform the task because of Islington's Dignity for All policy, whose laudable aim was to avoid, or at least minimise, discrimination both among Islington's employees, and as between Islington (and its employees) and those in the community they served; Ms Ladele's refusal was causing offence to at least two of her gay colleagues; Ms Ladele's objection was based on her view of marriage, which was not a core part of her religion; and Islington's requirement in no way prevented her from worshipping as she wished"*.

Tal asunto alcanzó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que dictó la STEDH de 15 de enero de 2015, caso Eweida y otros contra Reino Unido, en la que se tratan varios casos acumulados. El Tribunal se decanta por la posición de la Administración inglesa, no sin tener en cuenta elementos tan relevantes como el hecho de que la trabajadora firmó un contrato bajo unas determinadas circunstancias y sus funciones variaron de forma sobrevenida como consecuencia de una modificación legislativa: *"El Tribunal tiene en cuenta que las consecuencias para la demandante fueron graves: dada la fuerza de su convicción religiosa, consideró que no tenía otra opción que enfrentarse a una acción disciplinaria, antes de ser designada funcionaria registradora de las uniones homosexuales civiles y, en última instancia, perdió su trabajo. Además, no puede decirse que, cuando ella firmó su contrato de trabajo, la demandante renunciara expresamente a*

su derecho a manifestar sus creencias religiosas oponiéndose a participar en la unión de parejas homosexuales, dado que este requisito se introdujo en una fecha posterior" (106). Ahora bien, en el otro lado de la balanza el Tribunal sitúa otro argumento de mayor peso, cual es que "la política de la autoridad local buscaba garantizar los derechos de los demás que también están protegidos por el Convenio".

El límite es muy claro: el derecho a la libertad religiosa de un trabajador que se ha comprometido a servir el bien público como autoridad en una oficina del mismo carácter y que, por lo tanto, está sometido especialmente al ordenamiento jurídico por razón de sus funciones no puede ejercer tal derecho a la libertad religiosa en perjuicio de la dignidad de un ciudadano al que se le niega el servicio por razón de su orientación sexual; con lo que a su vez, no sólo se afecta su dignidad, sino que se vulnera su derecho a no ser discriminado por razón de su orientación sexual. Desde dicho prisma, ni si quiera se ajustaría a Derecho que una Administración pública reorganizara a sus registradores (o cualquier otro servidor público) para que aquellos que no quisieran atender a ciudadanos por razón de su orientación sexual pudieran actuar según sus convicciones homófobas (o racistas o de otra índole discriminatoria). Si así fuera, la Administración estaría facilitando que los servidores públicos pudieran aplicar conductas contrarias a la Constitución. De hecho, el problema no es actuar según unas convicciones religiosas o de acuerdo a una ideología política; la cuestión es ajustar la conducta de un trabajador especialmente sometido al ordenamiento jurídico de acuerdo a unos parámetros (servidor público con condición de autoridad) que de forma objetiva y clara se erige en discriminatoria respecto a los ciudadanos a los que se ha comprometido servir.

El caso tendría idéntica solución si la registradora fuera una partidaria de las doctrinas nacionalsocialistas y pretendiera ejercer su derecho a la libertad de pensamiento o de convicciones políticas para negarse a inscribir los matrimonios de ciudadanos de creencias judías. De hecho, el Tribunal inglés recoge un ejemplo muy gráfico: "*It would have been no more acceptable for someone with Ms Ladele's views to refuse to perform civil partnerships than it would have been for a militant gay registrar to refuse to perform marriages between people who, for religious reasons, objected to homosexual relationships or civil partnerships*"¹⁹⁵⁹. Precisamente la Administración pública europea ha

¹⁹⁵⁹ Para una crítica de la sentencia *vid.* TRIGG: *Equality, freedom...*, *op. cit.*, p. 96. Uno de los grandes especialistas en la materia es crítico con el peso que se otorga en la sentencia a la prohibición de la discriminación por razón de sexo respecto a la prohibición de la discriminación por creencias religiosas. Así, realiza el siguiente comentario de gran interés: "*In relation to indirect discrimination, I am uneasy at how the laudable aim of preventing discrimination on grounds of sexual orientation is used to annihilate the claim of religious discrimination. The one-sided nature of the argument is buttressed by a now well-established but ultimately flawed narrow interpretation of Article 9. This is particularly regrettable in the case of Ladele where it is arguable that the specific situation rule ought not to apply at all. Not all marriage registrars instantly became civil partnership registrars so how can it be argued that she voluntarily agreed to this, bearing in mind she was appointed when the law and social mores were very different to the current situation? I also find it of concern how the fact that Ladele had been willing to carry out other functions outside her contract was used against her*". SANDBERG, Russell: *The Implications of the Court of Appeal Decision in Ladele. And other Case Law developments*. Comunicación presentada al Centre for Law and Religion's Interfaith Legal Advisers Network, 1 de marzo de 2010, p. 10. Lo cierto es que si bien la registradora no sabía qué leyes iba a aprobar en un futuro el gobierno cuando aceptó el puesto, por la idiosincrasia del puesto sí debía ser consciente que debería ser especialmente escrupulosa con cualquier situación que implicara el respeto de la orientación sexual de los ciudadanos, que acuden a una Administración que estiman neutral en todos los sentidos: respecto a la raza, el género, las convicciones religiosas o políticas, la etnia, la lengua... y la orientación

de ser en la actualidad la principal garante de que se respete la pluralidad existente en las sociedades actuales; aunque dicho respeto puede conllevar muchas veces difíciles equilibrios, no es aceptable que las colisiones de derechos se solucionen priorizando conductas que precisamente son contrarias a la diferencia y que no respetan aquellos valores mínimos que se requieren en una democracia avanzada, como es el respeto a la orientación sexual de las personas¹⁹⁶⁰. Si la Administración no es ejemplar en el respeto de los derechos fundamentales, incluido el derecho a la libertad religiosa; no tiene sentido requerir a las empresas privadas que sí lo sean¹⁹⁶¹.

Así, se puede constatar que los trabajadores que presten servicios para la Administración pública están sometidos al límite que supone la neutralidad del Estado en materia religiosa; estarán sometidos a modulaciones de su derecho a la libertad religiosa más fuertes cuanto mayor influencia como autoridad puedan tener como servidores públicos, pero nunca igual que los funcionarios que están sometidos a una situación de sujeción especial y pueden realizar además las funciones reservadas en el art. 9.2 de la Ley 7/2007¹⁹⁶²; y, por último estarán sometidos al límite general ya comentado para el resto de trabajadores de respetar la dignidad y la prohibición de discriminación de los demás.

sexual. De poco sirve que el legislador implante herramientas para luchar contra las discriminaciones si los responsables de aplicarlas en primer término, los servidores públicos, son precisamente sujetos activos de dichas discriminaciones que se pretenden combatir.

¹⁹⁶⁰ Al respecto, el Tribunal es así de sincero: *"It appears to me that, however much sympathy one may have with someone such as Ms Ladele, who is faced with choosing between giving up a post she plainly appreciates or officiating at events which she considers to be contrary to her religious beliefs, the legislature has decided that the requirements of a modern liberal democracy, such as the United Kingdom, include outlawing discrimination in the provision of goods, facilities and services on grounds of sexual orientation, subject only to very limited exceptions"*

¹⁹⁶¹ Sobre la citada problemática en la doctrina española: IGLESIAS CANLE, Inés Celia: "El juez ante la obligación de asistir a matrimonios de dos personas del mismo sexo", en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 205-222. Resulta interesante también la STS (Sala Tercera) de 11 mayo 2009 (RJ 2009, 4279) que trata de un juez del Registro Civil que se niega a inscribir parejas homosexuales por razones religiosas.

¹⁹⁶² Kelsen ya puso de manifiesto la parte más nuclear de la tarea administrativa: actividad normativa, sancionadora y de autoridad aplicadora de normas; de ahí la especial sujeción de los funcionarios (unos más que otros) por sus funciones cualificadas: *"L'activitat qualificada com a administració de l'Estat és, en gran part, de la mateixa naturalesa que la legislació i l'administració de justícia, és a dir, una funció jurídica, en el sentit estricte de creació i aplicació de normes jurídiques. La funció de l'òrgan suprem de l'administració, del govern, consisteix en la participació, que li ha estat transmesa per la constitució, en la legislació; consisteix també en l'exercici de l'autorització, que li ha estat atorgada per la constitució, a concloure tractats internacionals, així com en el fet de dictar, conforme a la constitució, ordenacions i disposicions administratives als òrgans de l'administració sotmesos a ells i als súbdits, és a dir, de crear i ampliar normes generals i individuals. Entre una llei administrativa, la qual obliga els subjectes sotmesos al dret a dur a terme un capteniment determinat mitjançant l'establiment de sancions en l'àmbit de la salut, la indústria o el comerç, i una llei penal o civil no hi ha cap mena de diferència de caràcter tècnico-jurídic. Les autoritats administratives sotmeses al govern han d'aplicar, particularment com a òrgans de la policia, unes normes jurídiques que estatueixen unes sancions penals, al mateix temps que aquesta funció no es distingeix pas pel seu contingut de la funció d'administració de la justícia pròpia dels tribunals, sinó solament per la naturalesa de l'òrgan que l'acompleix"*. KELSEN: *Teoría pura...*, op. cit., Vol. II, pp. 97-98. En lo que aquí interesa los trabajadores que prestan servicios en la Administración pública: 1) subjetivamente: no son funcionarios sometidos a una situación jurídica de sujeción especial administrativa; 2) objetivamente: esta es la clave, las funciones que realizan, o mejor aún, las que no pueden realizar. El art. 9.2 de la Ley 7/2007 impide de forma expresa y taxativa a estos trabajadores realizar funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses

Respecto a esto último, el art. 53.4 de la Ley 7/2007 establece como principio ético a seguir por los empleados públicos: "*Su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*". Y en un sentido más genérico el art. 54.1 establece que "*tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos*". Asimismo, respecto el régimen disciplinario, el art. 95.2.b) califica como muy grave la falta consistente en "*toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo*". Naturalmente, se ha de tratarse de una conducta discriminatoria en el ejercicio de la función pública para ser incardinada en dicho precepto¹⁹⁶³.

Por lo tanto, de lo hasta aquí dicho hay que concluir que, una vez aplicados los límites habituales para todos los trabajadores, más los señalados anteriormente para el trabajo en el contexto de una Administración pública, queda aun bastante espacio para ejercer el derecho a la libertad religiosa¹⁹⁶⁴, y a la objeción de conciencia, y solicitar la acomodación que proceda de las condiciones de trabajo de forma parecida al supuesto de cualquier trabajador que preste servicios en una empresa privada. No obstante, tales derechos pueden estar especialmente modulados en el caso de los trabajadores eventuales por razón de sus especiales funciones y la confianza inherente a su contratación (art 12) y en el caso de los altos directivos por las mismas razones (art. 13.4), en comparación con el resto de trabajadores por cuenta ajena.

La Administración está expresamente sometida a la Constitución y la legalidad, y precisamente por su posición dentro de la estructura del Estado y sus funciones debería ser la punta de lanza en la defensa del derecho a la libertad religiosa, como lo es en defensa del resto de derechos fundamentales. Es claro que la defensa decidida por parte del Administración respecto al derecho de libertad religiosa no tiene que suponer ni mucho menos la vulneración del principio de no confesionalidad del Estado (art. 16.3 CE). Póngase como ejemplo la Administración federal de los Estados Unidos que, como ya se

generales del Estado y de las Administraciones públicas, es decir, aquellas a las que hace referencia principalmente Kelsen.

¹⁹⁶³ En dicho sentido se pronuncia la STC 234/1991, de 10 de diciembre (BOE 3 de enero de 1992 y corrección de errores el 13 de febrero de 1992): "*El interés legítimo de la Administración en su conjunto es, el de servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 C.E.); el de cada uno de los entes u órganos que la integran, en particular el de asegurar el funcionamiento eficaz del servicio público que les está encomendado, de donde fácilmente se infiere que la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta, salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste*" (Fundamento Jurídico Segundo).

¹⁹⁶⁴ En un sentido parecido CASTRO JOVER, María Adoración: "La función de la laicidad en una sociedad plural", en AAVV: *Derechos humanos, minorías culturales y religiosas en Colombia y en España*. 1ª edición. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2008, pp. 147-148. Dicha autora enfatiza la relevancia del art. 1.2 LOLR, en relación al art. 103 CE, apartados primero y tercero, y el art. 2.3 CE. Ello le lleva a concluir que los empleados públicos pueden ejercer el derecho a la libertad religiosa como cualquier otro ciudadano, con los límites inherentes a la función que desempeñen.

ha dicho, incluso bajo el gobierno de Clinton y hasta la actualidad aplica una guía de buenas prácticas para garantizar el derecho a la libertad religiosa de los empleados públicos; una guía que ha acabado siendo de referencia también para un buen número de empresas privadas, y no por ello se ha vulnerado la Primera Enmienda en su principio de no confesionalidad: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion*".

Además, la Administración pública tiene como ventaja que no está en la necesidad de buscar la obtención de beneficios económicos, ni ha de competir en un agresivo mercado con el resto de empresas privadas. Poca legitimidad tendría requerirse a las empresas privadas que acomodaran sus puestos de trabajo a las convicciones religiosas de sus trabajadores si la Administración pública no es la primera en dar ejemplo en relación a sus propios empleados; nefasto ejemplo que a veces se ha materializado, por ejemplo, en materia de prevención de riesgos laborales.

Desde muchos puntos de vista, la Administración pública puede acoger más fácilmente la pluralidad religiosa que la empresa privada. Un buen ejemplo de ello es la política aplicada en la *British Broadcasting Corporation* (BBC). La citada empresa pública británica, que se nutre asimismo de fondos públicos, cuando organiza la programación de contenido religioso dista de estar monopolizada por la oficial *Church of England*, ni los servicios religiosos retransmitidos están dominados por sacerdotes anglicanos. Al contrario, las diferentes confesiones religiosas cooperan en la materia. Así, la mayoría de las unidades de la BBC están conformadas en su plantilla por un católico, un anglicano, y un *nonconformist*. Y el contenido que produce es un trabajo deliberadamente ecuménico y que ni conlleva controversias, ni ninguna crítica a las otras confesiones. Las ocasiones en que se retransmiten ceremonias religiosas van rotando y son proporcionales al tamaño de cada confesión religiosa¹⁹⁶⁵.

Una falsa "neutralidad" llevaría a afirmar que en los medios públicos de comunicación no debería haber presencia de programas religiosos. Pero ello no sería correcto desde una interpretación acorde del art. 16.3 CE en relación al derecho a la libertad religiosa. Al contrario, en los medios de comunicación públicos deben reflejarse todas las cosmovisiones de la sociedad española: religiosas, no religiosas, filosóficas, etc¹⁹⁶⁶. Pero su reflejo en los medios públicos debe ser equilibrado, debe respetar la pluralidad existente, como hace la BBC, que tampoco puede clasificarse como un medio confesional. Lo contrario sería elevar a dogma la intransigencia, y la no-presencia de religión alguna en los medios públicos no reflejaría la efectiva existencia del fenómeno religioso en la sociedad, ni en general la diversidad en materia de cosmovisiones existentes en la España del siglo XXI. Así, como los partidos y movimientos políticos han de tener presencia en los medios de comunicación públicos (y no sólo durante las campañas electorales) si se pretende respetar la libertad ideológica, no por ello significa que dichos medios públicos han perdido su neutralidad ideológica.

¹⁹⁶⁵ BRUCE: *Religion in the modern...*, op. cit., pp. 76-77.

¹⁹⁶⁶ Para el caso de la Iglesia Católica el art. XIV del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano, que fue ratificado mediante Instrumento de 5 de diciembre establece que "*Salvaguardando los principios de libertad religiosa de expresión, el Estado velará para y que sean respetados en sus medios de comunicación social los sentimientos de los católicos y establecerá los correspondientes acuerdos sobre estas materias con la Conferencia Episcopal Española*".

Si bien la Ley 7/2007 recoge una multitud de derechos individuales y colectivos, por ejemplo la libertad de expresión como paradigma de los derechos de primera generación, no se ha reconocido curiosamente el derecho a la libertad religiosa de forma expresa. Menos aun, lógicamente, se ha reconocido derecho alguno a la acomodación de las condiciones de trabajo por razones religiosas, aunque sí en materia de discapacidad, que podría ser aplicada de forma analógica *mutatis mutandis* para el caso de las convicciones religiosas. Así, según el art. 59.2 *"cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad"*.

Tampoco aparece en la ley ninguna referencia expresa al derecho a la objeción de conciencia. Al contrario, como principio ético se dice en el art. 53.1 que *"los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico"*. Curiosamente se introduce en una ley que el cumplimiento de la Constitución y de las leyes ha de ser un principio ético del empleado público, cuando precisamente el objetor por razones morales, que no tiene por qué compartir con el legislador (es más, por razones obvias no las compartirá), discrepará de las obligaciones jurídicas emanadas de una ley¹⁹⁶⁷. Se puede exigir jurídicamente que se cumpla la Constitución y las leyes, pero no se puede exigir que se compartan desde un prisma ético o moral todos sus aspectos. En todo caso el apartado tercero establece que los empleados públicos *"ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos"*; y en el apartado décimo: *"Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia"*.

Y en consonancia con dicho rigor en cuanto al deber de obediencia y el cumplimiento de las obligaciones por parte del empleado público, el régimen disciplinario consideran faltas muy graves (art. 95.2):

c) *"El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas"*.

g) *"El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas"*.

p) *"También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral"*.

Resáltese que la situación de sujeción especial de los funcionarios frente a los simples trabajadores que prestan servicios en la Administración pública se constata también en los arts. 410 a 412 CP, que tipifican como delito la desobediencia llevada a cabo por las autoridades y los funcionarios públicos (la definición tanto de las "autoridades" como la de los "funcionarios" se puede localizar en el art. 24 CP); pero nada se dice de dicha tipología de trabajadores, si es que constituyen realmente una tipología aparte.

¹⁹⁶⁷ Más principios éticos de aplicación en la Administración pública se contienen en la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, pero sin trascendencia a los presentes efectos.

Ahora bien, la ley establece claramente una excepción al deber de obediencia. Así, en el art. 54.3 se establece como principio de conducta de los empleados públicos el siguiente: "*Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes*". Es decir, se prevé expresamente el *ius resistentiae* de los empleados públicos, debiéndose entender el concepto de "ordenamiento jurídico" de forma amplia, por lo tanto, abarcando también el derecho a la libertad religiosa. De este modo, en aplicación de dicho precepto el trabajador que presta servicios para la Administración podrá negarse a cumplir las obligaciones jurídicas siempre que entren en conflicto con sus convicciones religiosas; y, a falta de desarrollo legal del *ius resistentiae*, si se cumplen los requisitos ya expresados con carácter general para la objeción de conciencia, se deberá realizar la oportuna operación de ponderación y aplicación de los límites ya expresados.

Un ejemplo de desobediencia en la STSJ de Madrid núm. 260/2015 de 17 marzo (JUR 2015, 153776) en la que una trabajadora que presta servicios para Patrimonio Nacional como guía-intérprete se niega a utilizar las prendas de ropa entregadas por la empleadora pública a modo de uniforme. La trabajadora se niega a utilizarlo a pesar de la obligación convencional en materia de vestimenta y las órdenes recibida por la empleadora por resultar inadecuado y sexista (por ejemplo, blusas que transparentan y tacones altos en una profesión en que se debe estar en continua bipedestación). Respecto a la obligación de usar obligatoriamente zapatos con tacones, sin poder optar por utilizar zapatos planos como los hombres que ocupan el mismo puesto de trabajo, evidencia la proyección al exterior de "*una determinada imagen de diferencias entre hombres y mujeres que no se corresponde con una visión actual de los organismos públicos, lo que también pone de manifiesto que no resulta proporcional la medida en relación con el derecho de igualdad y no discriminación, ni es necesaria, pues si se concediera por la empresa la opción de llevar zapatos de tacón o planos a las trabajadoras que así lo desearan, ello permitiría también que se materializase la comprensible finalidad pretendida por la empresa de uniformidad de sus empleados para que los usuarios conozcan en todo momento la calidad o condición de guía, como ocurre con los hombres que hacen la misma función, actuación empresarial que es aún más gravosa teniendo en cuenta que hombres y mujeres realizan idéntica tarea en posición de bipedestación y que el uso de tacones altos es innecesario y no solo no aporta ningún beneficio ni ventaja, sino por el contrario puede perjudicar la salud de las trabajadoras dado que si les resultan incómodos, la incomodidad puede traducirse en cansancio cuando llevan varias horas de pie y en lesiones y además puede llegar a repercutir en su rendimiento y en la atención al público*". Así pues, el Tribunal concluye que la orden dada a la trabajadora por la empresa vulnera el art. 14 y es consecuentemente nula, lo que justifica la falta de acatamiento por parte de la trabajadora.

Tal posibilidad de objetar encuentra su reflejo asimismo en el régimen disciplinario. Concretamente el art. art. 95.2.i) califica como falta muy grave "*la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico*". Por lo tanto, no se incurrirá en la falta muy grave cuando haya una infracción, que ha de ser manifiesta, del ordenamiento jurídico; por lo tanto, también cuando la obligación jurídica a cumplir manifiestamente pueda vulnerar el derecho a la libertad religiosa del empleado público.

Salvando las distancias, se trata de un supuesto parecido a la objeción al aborto por parte del médico. Al ciudadano destinatario del servicio le es indiferente quién lo lleve a cabo, mientras sea llevado a cabo y resulte indemne (como si la objeción no se hubiera producido). El empleado objetor puede ser sustituido por otro empleado de la misma formación y capacitación. Si ello no fuera posible, por ejemplo por que se causa una grave distorsión organizativa, deben prevalecer los derechos y bienes de los ciudadanos.

Eso sí, dado el carácter altamente uniforme y preestablecido de las funciones a prestar en cada categoría y puesto de trabajo en la Administración pública, el trabajador en muchas ocasiones no podría oponerse a cumplir con unas funciones que ya conocía (o debía razonablemente conocer) en el momento de la firma del contrato por causa de sus convicciones religiosas. Si así lo hiciera podría incurrir fácilmente en abuso de derecho y mala fe contractual, tal y como se ha expresado con anterioridad. Ahora bien, en la Administración pública el trabajador tiene asimismo garantizado el derecho a cambiar de convicciones religiosas, y también el trabajo en la Administración pública está sometido, aunque quizás en un grado menor que en el ámbito privado dado sus respectivas idiosincrasias, a especificaciones y cambios en las condiciones de trabajo que puedan provocar colisiones sobrevenidas con las convicciones religiosas. Sin duda, tales cambios se producen incluso en el caso de los funcionarios públicos¹⁹⁶⁸.

También es claro que la Convención Europea de los Derechos Humanos es de aplicación, como no podría ser de otro modo, a los trabajadores que prestan servicios para las Administraciones públicas. En dicho sentido, la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 3 de diciembre de 1996, caso Konttinen contra Finlandia, que analiza el supuesto de un trabajador que presta servicios para la Administración pública, concretamente para la Compañía de Ferrocarriles finlandesa, y fue despedido por negarse a cumplir su horario de trabajo por convicciones religiosas: *"While it is true that a right of recruitment to the public service was deliberately omitted from the Convention, it does not follow that a person designated as a public servant is debarred from challenging his dismissal if it infringes one of the rights guaranteed by the Convention. Public servants do not fall outside the scope of the Convention any more than do other citizens. In Articles 1 and 14 (Art. 1, 14) the Convention stipulates that "everyone within [the] jurisdiction" of the Contracting States must enjoy the rights and freedoms in Section I "without discrimination on any ground" (see Eur. Court HR, Vogt v. Germany judgment of 26 September 1995, Series A no. 323, pp. 22-23, para. 43 with further references). The Commission therefore considers it conceivable that a dismissal of a civil servant for disobedience could, in certain circumstances, raise an issue under Article 9 (Art. 9) (cf.*

¹⁹⁶⁸ En dicho sentido se pronuncia la STC 99/1987, de 11 de junio (BOE 26 de junio de 1987): *"El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando o bien, en fin, que el derecho a pensión, causado por el funcionario, no pueda ser incompatibilizado por Ley, en orden a su disfrute por sus beneficiarios, en atención a razonables y justificadas circunstancias, porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional (art. 103.3 C. E)" (Fundamento Jurídico Sexto).*

No. 8160/78, Dec. 12.3.81, D.R. 22 pp. 27-38 at p. 33; No. 11045/84, Dec. 8.3.85, D.R. 42 pp. 247-258 at pp. 257-258)".

De todos modos, un debate abierto y harto difícil de cerrar es hasta qué punto la neutralidad del Estado debe condicionar como límite el ejercicio a la libertad religiosa de los trabajadores que prestan servicios en la Administración. Muchos de ellos ni tienen trato alguno directo con los ciudadanos, ni realizan en ningún caso las funciones administrativas más nucleares en cuanto al ejercicio de autoridad, reservadas por ley a los funcionarios públicos. Si se entiende neutralidad como ausencia total de cualquier atisbo de religión, casi que sería preferible que todos los trabajadores sin excepción llevaran un uniforme, porque la ropa que aparentemente no simboliza nada, también posee significados cambiantes, ya sean religiosos, ya sean no religiosos. Ahora bien, quien debe ser neutral es la Administración y sus servidores en cuanto sus actuaciones. Es claro que la Administración no puede resolver un expediente administrativo según las convicciones religiosas de la persona que lo gestiona, o según las convicciones religiosas del ciudadano implicado, pero eso nadie lo cuestiona.

Pero si la Administración está sometida a la Constitución y la Constitución prevé que la sociedad española es plural, y por lo tanto, y se defiende la pluralidad como un valor, tanto los servidores del Estado, como los servicios (los ciudadanos) son fruto de tal pluralidad, y conforman dicha pluralidad; no se acaba de entender por qué razón no podrían los trabajadores que prestan un servicio público ir vestidos de cierta forma mientras no afecte al núcleo duro de la neutralidad. Piénsese una vez más como en Estados Unidos o en la Gran Bretaña (por ejemplo, la BBC) la religión tiene asimismo presencia en la Administración pública sin que se ponga en duda el carácter no confesional de dichos Estados. Así pues, el problema una vez más es de límites, y hasta qué punto se admite el fenómeno religioso en la "esfera pública". ¿Un ambiente "libre" de religión es un ambiente representativo de una Administración plural que sirve los intereses de una sociedad plural? ¿Realmente dicha postura es respetuosa con el derecho a la libertad religiosa?

El art. 2.3 de la Ley 7/2007 excluye expresamente de su ámbito de aplicación al personal docente, pero en todo caso dicho personal puede servir como ejemplo a los efectos argumentativos que aquí se pretenden. Como es sabido, en los países occidentales existe una viva discusión sobre hasta qué punto los docentes en instituciones educativas públicas pueden llevar el cabello cubierto por un pañuelo islámico o bien es admisible que lleven colgado un pequeño crucifijo o una estrella de David. Parece que hay consenso en que el docente, especialmente cuando su actividad se realiza con alumnos de corta edad o adolescentes, debe evitar todo acto de proselitismo. Pero llevar un pequeño crucifijo o un pañuelo musulmán, ¿constituye un acto "pasivo" de proselitismo o altera la neutralidad del Estado? La respuesta no es nada clara. Es claro que el docente no puede ajustar la materia a enseñar a sus convicciones religiosas, o no puede administrar su autoridad sobre los alumnos de acuerdo con su propia cosmovisión; o menos aun incurrir en supuestos de discriminación por razones religiosas. Ahora bien, no sería nada descabellado admitir que ya que se considera jurídicamente aceptable y deseable que en una sociedad plural dicha pluralidad sea evidentemente visible (profesores hombres y mujeres; jóvenes y ancianos; mujeres y hombres; casados y solteros; heterosexuales y homosexuales; de una raza u otra; de un origen u otro; con o sin discapacidad; progresistas o conservadores; con una lengua materna u otra...), ¿por qué no aceptar que los docentes u otros trabajadores públicos (dejando al margen a los funcionarios que

quedan fuera del ámbito de la presente investigación) puedan vestir de acuerdo con sus convicciones siempre y cuando mantengan una corrección mínima en su atuendo?, ¿no resulta más educativo y pedagógico, e incluso consecuente con los valores de pluralidad y respeto mutuo, que a la hora de formar ciudadanos dichos futuros ciudadanos traten con la diversidad cara a cara y la conozcan de primera mano?, ¿no ayudaría ello a vencer los prejuicios contra las minorías religiosas y étnicas? En esta investigación se defiende que existen más argumentos a favor de permitir dichas indumentarias, que en contra¹⁹⁶⁹.

¹⁹⁶⁹ A favor de dicho argumento: "*Pensemos en el argumento de los Länder alemanes que han prohibido a sus profesoras llevar el hiyab. Son representantes de la autoridad, desde luego; pero ¿nuestra idea es que solo pueden ser representantes de la autoridad las personas sin religión reconocible? ¿Que quiénes en este contexto destacan por sus prácticas religiosas no pueden ocupar puestos de autoridad en nuestra sociedad? Tal vez esta sea la idea que no deberíamos inculcar a los niños en una sociedad que se diversifica rápidamente*". TAYLOR: "Por qué necesitamos...", en AAVV: *El poder de la religión...*, op. cit., p. 52. En este trabajo se excluye de su estudio los funcionarios que ostentan potestades públicas, cuyo tratamiento, por otro lado, es más problemático y parece que en la cual deberá acentuarse mucho más la modulación de los derechos. No es jurídicamente igual la posición de un funcionario que ejerce la autoridad pública (juez, Inspector de Trabajo, policía, militar...) que la de un trabajador por cuenta ajena con contrato temporal de tres meses que se dedica al archivo de expedientes o a introducir datos en un ordenador sin contacto con el ciudadano. También a favor: "*Es más que dudoso que al neutralidad del Estado, sic et simpliciter, signifique prohibición de atuendo religioso de los profesores en las escuelas públicas occidentales. La actividad docente, en sí misma, no es monopolio del Estado. Nadie en un país de raíces cristianas identificará al Estado con el Islam por el pañuelo de una profesora. El problema no es tanto la neutralidad del Estado, cuanto determinar si la identidad del docente conduce a formas de proselitismo, es decir, si la actividad docente se transforma en adoctrinamiento. Visto desde otra perspectiva: la interdicción de los símbolos religiosos en los funcionarios públicos (y tal vez también en los espacios públicos) garantiza o puede garantizar la «apariencia de neutralidad», pero no necesariamente la neutralidad misma. Para preservar la imagen de neutralidad total del Estado, es probable que debiera exigirse la uniformidad en el vestuario de los empleados públicos, pues también la vestimenta no-religiosa puede transmitir mensajes ideológicos o de creencias. Además, tampoco la uniformidad en el vestuario ofrece la solución definitiva, pues se encuentra de frente con la libertad religiosa del empleado o del funcionario*". PALOMINO LOZANO: *Neutralidad del Estado...*, op. cit., p. 199. Asimismo a favor con las debidas y lógicas precauciones CASTRO JOVER, María Adoración: "Libertad de conciencia, laicidad y privacidad", en AAVV: *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 239-240. En contra, aunque se comparte aquí parcialmente el argumento en el caso de los funcionarios que ejercen potestades públicas: "*Es evidente que si la neutralidad es una obligación del Estado y de todos los poderes públicos, es contrario a la Constitución y al principio de laicidad que realicen su función portando símbolos de identificación religiosa, porque en la realización de esa función están obligados por el deber de reserva en aras de la neutralidad les obliga a actuar de acuerdo con su propia conciencia pero sin imponer a los demás los dictados de la misma que no se identifiquen con los valores constitucionales comunes. La contradicción es especialmente clamorosa si se trata de las autoridades públicas o de determinados funcionarios: jueces y profesores, por ejemplo*". LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la libertad...*, op. cit., Vol. I, op. cit., p. 381. Realmente, un docente que lleva un pañuelo musulmán en la cabeza ¿está "imponiendo" alguna idea a sus alumnos? ¿ello impide que realice correctamente su función docente o obstaculiza la labor pedagógica? El único mensaje que parece desprender es que ella es musulmana, lo cual no significa que deba ser positivo para los demás, ni nadie deba cambiar de religión, o menos aun que el Estado haya perdido su neutralidad. Por ejemplo, es conocido que en la tradicional Real Policía Montada de Canadá se permite que los sijs lleven su característico turbante, además del uniforme oficial, y tal permisibilidad (confirmada por el Tribunal Supremo) no significa que Canadá no sea un Estado religiosamente neutral, lo que significa es que es un Estado que protege las minorías y es consciente que la población a la que sirve es asimismo plural. Sobre el uso de turbante en el citado cuerpo policial puede consultarse SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO: *Musulmans a Catalunya...*, op. cit., pp. 76-77.

Al respecto es interesante la STEDH 15 de febrero de 2001, caso Lucía Dahlab contra Suiza. Una profesora de primaria en una escuela pública abandona el catolicismo y se convierte al islam. En un momento determinado empieza a llevar el pañuelo musulmán durante las clases. La controversia se produjo por razón de una inspección educativa, porque durante tres años la profesora había llevado el pañuelo musulmán sin problemas ni quejas: *"the applicant, who abandoned the Catholic faith and converted to Islam in 1991, by which time she had already been teaching at the same primary school for more than a year, wore an Islamic headscarf for approximately three years, apparently without any action being taken by the head teacher or the district schools inspector or any comments being made by parents. That implies that during the period in question there were no objections to the content or quality of the teaching provided by the applicant, who does not appear to have sought to gain any kind of advantage from the outward manifestation of her religious beliefs"*.

El Tribunal en su argumentación califica al pañuelo islámico como "poderoso símbolo religioso", se pregunta sobre los efectos en la conciencia religiosa de niños de cuatro a ocho años del pañuelo como eventual instrumento de proselitismo, incluso pone en duda que la utilización del pañuelo musulmán (téngase en cuenta que en este caso se trataba de una mujer nacional que había cambiado voluntariamente de religión) pudiera ser acorde al principio de igualdad entre mujer y hombre: *"The Court accepts that it is very difficult to assess the impact that a powerful external symbol such as the wearing of a headscarf may have on the freedom of conscience and religion of very young children. The applicant's pupils were aged between four and eight, an age at which children wonder about many things and are also more easily influenced than older pupils. In those circumstances, it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court noted, is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils"*.

Como se puede observar el Tribunal paradójicamente entiende que el uso voluntario del pañuelo islámico por una profesora convertida al islam no ofrece un mensaje de tolerancia. Cuando más bien parece, que si una persona en dichas circunstancias evidencia que ha hecho uso de su libertad para creer en lo que desee creer y ha hecho uso de su libertad para vestir de la forma que crea que debe vestir. Al contrario, quizás pudiera parecer más intolerante restringir el pleno derecho de cambiar de religión obstaculizando las facultades que tal decisión conlleva; no permitir adecuar ni siquiera en un lugar público la vestimenta a las convicciones personales, y, en definitiva, que la diversidad no sea vista de cerca por los futuros ciudadanos. Por otro lado, en toda la sentencia no se pone en duda que la profesora no hubiera impartido correctamente las clases durante los últimos años, porque de hecho ni siquiera había quejas de los padres ni de la dirección del centro. Así, finalmente el Tribunal falla en contra de la profesora para "proteger" a sus alumnos y preservar una "harmonía religiosa" que no consta que hubiera sido amenazada en los últimos años: *"Accordingly, weighing the right of a teacher to manifest her religion against the need to protect pupils by preserving religious harmony, the Court considers that, in the circumstances of the case and having regard, above all, to the tender age of the children for whom the applicant was responsible as a representative"*

*of the State, the Geneva authorities did not exceed their margin of appreciation and that the measure they took was therefore not unreasonable*¹⁹⁷⁰. En la STEDH 24 de enero de 2006, caso Kurtulmuş contra Turquía, se inadmite la petición de una profesora universitaria turca a la que se le impide impartir clases con el pañuelo musulmán.

En un sentido muy diferente puede examinarse la STEDH de 18 de marzo de 2011, caso Lautsi y Otros contra Italia; sentencia que contiene votos disidentes. Y que a su vez es un reexamen del caso decidido en sentido totalmente contrario por la STEDH de 3 de noviembre de 2009, caso Lautsi y Otros contra Italia. Cuando se dictó la sentencia en el año 2009 la polémica política y social fue tal que el 28 de enero de 2010 Italia solicitó la remisión del asunto ante la Gran Sala, al amparo de los artículos 43 del Convenio y 73 del Reglamento del Tribunal. El art. 43 del Convenio prevé que cualquier parte en el asunto (en este caso Italia) podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. En dicho caso un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus protocolos o una cuestión grave de carácter general¹⁹⁷¹.

De este modo la Gran Sala reexaminó el caso y dictó la sentencia de 18 de marzo de 2011. El supuesto trata de una materia relacionada directamente con la actividad docente, cual es la presencia de crucifijos en las aulas de los colegios públicos italianos: *"El Tribunal estima que el crucifijo es ante todo un símbolo religioso. Los tribunales internos también lo estimaron así y, por lo demás, el Gobierno no lo niega. Si el simbolismo religioso agota o no el significado del crucifijo, no es algo decisivo en esta fase del razonamiento. El Tribunal carece de datos que evidencien la eventual influencia que la exposición en las paredes de las aulas de un símbolo religioso podría tener en los alumnos; por tanto, no se puede afirmar, en forma razonable, que tenga o no un efecto en los jóvenes, cuyas convicciones aún no han sido fijadas. Sin embargo, se puede comprender que la demandante pueda ver en la exposición del crucifijo en las aulas del instituto público al que asisten sus hijos una falta de respeto, por el Estado, de su derecho a asegurar la educación y la enseñanza de éstos de acuerdo con sus convicciones filosóficas. No obstante, la percepción subjetiva de la demandante no es suficiente para caracterizar en sí una violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1"* (66). Se añade: *"A juicio del Tribunal, la decisión de perpetuar o no una tradición pertenece, en principio, al margen de apreciación del Estado demandado. Por otra parte, el Tribunal debe atender al hecho de que Europa se caracteriza por una gran diversidad entre los Estados que la componen, concretamente en el plano de la evolución cultural e histórica. Destaca, sin embargo, que la evocación de una tradición no exonera a un Estado contratante de su obligación de respetar los derechos y las libertades consagradas por el Convenio y sus Protocolos"* (68). Después de varios razonamientos de forma harto polémica el Tribunal decide a favor del mantenimiento de los crucifijos en el aula: "Se

¹⁹⁷⁰ La doctrina ha criticado con razón la sentencia: *"La sentencia del TEDH toma en cuenta tan sólo un símbolo en el vestir, el pañuelo, para deducir una consecuencia a mi juicio desorbitada – de por sí representa, afirmaba, un asunto de proselitismo hacia los alumnos – sin tener en cuenta la actitud de la profesora en su integridad – y no sólo en el vestir -: sus acciones, la manera de dar clase, su comportamiento con los alumnos, etc."*. MOTILLA DE LA CALLE, Agustín: "La libertad de vestimenta: el velo islámico", en AAVV: *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2004, p. 124.

¹⁹⁷¹ Un comentario extremadamente detallado de la sentencia así como su contexto puede examinarse en MCGOLDRICK: "Religion in the European...", *op. cit.*, pp. 451-502.

infiere de lo que antecede que al decidir mantener los crucifijos en las aulas del instituto público al que asistían los hijos de la demandante, las autoridades obraron dentro de los límites del margen de apreciación de que dispone el Estado demandado en el marco de su obligación de respetar, en el ejercicio de las funciones que asume en el campo de la educación y la enseñanza, el derecho de los padres de asegurar esta educación y esta enseñanza de acuerdo con sus convicciones religiosas y filosóficas" (76).

Nótese que aquí se ha defendido que los docentes puedan llevar la indumentaria que consideren adecuada a sus convicciones religiosas, es decir, en ejercicio de una libertad individual, una libertad por definición privada y privativa de cada individuo por el hecho de serlo. Ahora bien, parece bien diferente la función de un crucifijo en un aula de una institución educativa pública, pero eso ya queda fuera del ámbito del objeto de la presente investigación. Lo que sí guarda relación es afirmar que un crucifijo u otro símbolo religioso en una aula de un colegio público ni muestra el posicionamiento de un sujeto físico o jurídico privado, ni desde luego tiene eventualmente una menor capacidad proselitista que la prenda de ropa que pueda utilizar un docente.

Resulta asimismo interesante la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional alemán el 24 de septiembre de 2003 (2 BvR 1436/02), que considera inconstitucional la prohibición del Estado Baden-Württemberg respecto que las profesoras puedan llevar el pañuelo musulmán en las escuelas y mientras llevan a cabo las tareas docentes.

4. LA PROBLEMÁTICA DE LAS FESTIVIDADES Y LOS DESCANSOS

4.1. Relevancia religiosa de las festividades y descansos en la Historia

4.1.1. Antigüedad

Desde tiempos inmemoriales todas las religiones han regulado las celebraciones y ofrendas a sus deidades¹⁹⁷², y al mismo tiempo han establecido qué épocas eran sagradas, al mismo tiempo que definían qué objetos u otros elementos poseían la misma naturaleza religiosa¹⁹⁷³. Como no sólo el espacio puede ser sagrado, en relación al tiempo

¹⁹⁷² "La fiesta religiosa no es una invención de la modernidad ni tampoco, obviamente, de la medievalidad. Sus componentes y tramas, atauriques y lazadas simbólicas se remontan tan atrás, en la historia de las sociedades humanas, en cuanto que lo que encierran y lo que manifiestan se refiere, justamente, al ejercicio del poder, con sus garantías del misterio y lo sagrado y a su nada inocente proclividad a ordenar los ejes de la creencia y la conducta de los colectivos sociales". ÁLVAREZ SANTALÓ, León Carlos: "La fiesta religiosa moderna: la madeja sacralizada del poder y la necesidad", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006, p. 595.

¹⁹⁷³ "Religion is the human enterprise by which a sacred cosmos is established. Put differently, religion is cosmozitation in a sacred mode. By sacred is meant here a quality of mysterious and awesome power, other than man and yet related to him, which is believed to reside in certain objects of experience. This quality may be attributed to natural or artificial objects, to animals, or to men, or the objectivation of human culture. There are sacred rocks, sacred tools, sacred cows. The chieftain may be sacred, as may be a particular custom or institution. Space and time may be assigned to the same quality, as in sacred localities and sacred seasons. (...) The historical manifestations of the sacred vary widely, though there are certain uniformities to be observed cross-culturally". BERGER: *The social reality...*, op. cit., pp. 34-35.

todas las civilizaciones, por rudimentarias que hayan sido, han concretado qué días del año no estaba autorizado el trabajo y en los cuales el fiel debía destinar su tiempo a honrar su deidad, han pautado su ritmo¹⁹⁷⁴. Tales lapsos temporales en los que no se estaba autorizado a trabajar, por ser una tarea eminentemente profana (separación radical entre el ámbito sagrado y el profano)¹⁹⁷⁵, no tenían la finalidad de disfrutar de tiempo de ocio, concepto moderno al igual que el de libertad religiosa; sino de permitir las posibilidades materiales para poder participar en las celebraciones religiosas y atender a los actos religiosos, frecuentemente de tipo social y público. Así, desde la Antigüedad dejar de trabajar y celebrar poseía un evidente significado religioso, y lo contrario también: seguir trabajando cuando un día concreto estaba destinado según las normas religiosas al ámbito espiritual también, por lo que las oportunas sanciones religiosas y jurídicas podían ser impuestas por tal conducta infractora, muy a menudo de gran severidad.

Si en un primer momento civilizatorio ha de suponerse que el respeto de las fiestas se basaba principalmente en normas de moralidad positiva (*tabúes*); posteriormente las sanciones religiosas se fueron volviendo más complejas, conforme se pasó de contentar a espíritus para venerar a dioses a los cuales se rendía un culto, con lo que las creencias se iban racionalizando¹⁹⁷⁶. Finalmente, las normas jurídicas de carácter secular fueron aplicándose de forma paralela a las de carácter religioso¹⁹⁷⁷.

¹⁹⁷⁴ "En todos los tiempos y en todas las sociedades, el hombre ha querido honrar a sus dioses por medio de fiestas y establecido días en que el sentimiento religioso reine sólo en su alma, sin distraerse con los pensamientos y trabajos terrenales, dedicando de los días que ha de vivir la parte correspondiente a los dioses". Y se añade más adelante: "Lo que caracterizaba estas fiestas religiosas era la prohibición del trabajo, la obligación de estar alegre, los cantos y los juegos públicos". COULANGES: *La ciudad...*, op. cit., pp. 148-149. En la religión de la antigua Roma existía también la obligación de no trabajar en ciertos días señalados: "Se dejaba a los magistrados y sacerdotes velar por que se ejecutaran los rituales y el ciudadano corriente no tenía ninguna obligación de asistir o de interesarse por ellos. El único deber religioso obligatorio para todos no era una carga: evitar el trabajo y mantener la paz en los días de significado religioso (días festivos)". OLGIVIE: *Los romanos y sus...*, op. cit., p. 33. Las fiestas siempre han pautado el trabajo, ya se haya considerado sagrado o profano: "El trabajo en algunas religiones tradicionales puede estimarse como una maldición, aunque generalmente también se sacraliza. Se pautan sus ritmos por medio de las fiestas, se ordena su desarrollo mediante canciones que en muchas ocasiones agradecen lo recibido y propician lo que se habrá de recibir, se humanizan (y sacralizan) sus manifestaciones configurándose de modo contrapuesto al del profano trabajo industrial". DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., p. 126.

¹⁹⁷⁵ "La vida religiosa i la profana no poden coexistir en les mateixes unitats de temps. Per tant és necessari assignar a la primera uns dies o uns períodes determinats dels quals siguin retirades totes les ocupacions profanes. Així és com tingueren origen les festes. No hi ha cap religió ni, per consegüent, cap societat que no hagi conegut i practicat aquesta divisió del temps en dues parts separades que s'alternen l'una amb l'altra segons una llei variable amb els pobles i les civilitzacions". DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., p. 320.

¹⁹⁷⁶ "Cuando la fe en los espíritus se racionaliza como fe en dioses, y no se trata ya de coaccionar a los espíritus mediante magia, sino de venerar y rezar a los dioses mediante culto, la ética mágica de la fe en los espíritus se transforma en la concepción de que quien infringe las normas queridas por dios se enfrenta al disgusto ético del dios que ha puesto esas regulaciones bajo su especial protección". WEBER: *Sociología...*, op. cit., p. 102.

¹⁹⁷⁷ En el caso de la antigua Roma, MOMMSEN asemejó las normas religiosas a las actuales normas administrativas de policía. Así, el romano cumplía con la celebración de las festividades no porque las normas jurídicas de la autoridad secular dispusiera qué días de fiesta debían celebrarse, sino porque eventualmente se podía aplicar una penalidad de naturaleza religiosa. Al respecto, el autor afirma que "la religión ha ejercido (...) una influencia civilizadora más pura y profunda en tanto no se valía de las armas de la justicia temporal". Naturalmente, eso fue en un primer momento, posteriormente se produjo una evolución conforme la civilización romana

La misma noción del tiempo posee una connotación religiosa, y los ritos y cultos se llevan a cabo de forma regular, como ocurre en muchas ocasiones en la actualidad, siguiendo unas pautas consensuadas por la colectividad o sus dirigentes religiosos¹⁹⁷⁸. El conocimiento de los calendarios ha sido un privilegio de castas sacerdotales en muchas sociedades¹⁹⁷⁹. Incluso el término “calendario” posee un origen religioso. “*Calatio*” era una celebración de la antigua Roma y “*Calendas*” designaba el día en que se celebraba tal fiesta religiosa¹⁹⁸⁰. Desde sus inicios la civilización romana había ido elaborando un calendario anual en el que se marcaban las fechas de todas las celebraciones fijas de los diferentes dioses (*feria Latiane*) y las escasas celebraciones de fecha movable (*feriae conceptivae*). Los romanos marcaban en el calendario cada día según sus varias tipologías¹⁹⁸¹:

- 1) “*Nefasti*”: días en que determinados asuntos públicos no se podían realizar. Se trataba normalmente de celebraciones religiosas.
- 2) “*Endotercisus*”: celebraciones religiosas por la mañana y por la tarde.
- 3) “*Fasti*”: lo que en la actualidad se considerarían días laborables normales.
- 4) “*Comitalis*”: en esos días las asambleas se podían mantener convenientemente.

también evolucionó y ganó en complejidad. MOMMSEN: *Historia de Rom...*, op. cit., Vol. I, pp. 199-200.

¹⁹⁷⁸ Sobre la noción del tiempo se ha dejado dicho: “*És un marc abstracte i impersonal que envolta, no tan sols la nostra existència individual, sinó la de la humanitat. És com un panorama il·limitat on tota durada queda exposada a la mirada de l'esperit i on tots els esdeveniments possibles es poden situar en relació amb unes fites fixes i determinades. No és el que s'organitza així; és el temps tal i com és pensat objectivament per tots els homes d'una civilització. Això sol ja és suficient per fer entreveure que aital organització ha de ser col·lectiva. I efectivament, l'observació estableix que aquestes fites indispensables, en relació a les quals totes les coses es classifiquen temporalment, són preses de la vida social. Les divisions en dies, setmanes, mesos, anys, etc. corresponen a la periodicitat dels ritus, de les festes, de les cerimònies públiques. Un calendari expressa el ritme de l'activitat col·lectiva alhora que té la funció d'assegurar-ne la regularitat*”. DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., pp. 35-36. Si se aplican las tesis del autor al presente supuesto, se podría afirmar que si la noción del tiempo es fruto o reflejo de una sociedad determinada, no parece descabellado señalar que el calendario laboral de una empresa, el calendario de fiestas del país, la institución del domingo como día prevalente de descanso semanal o la jornada de trabajo de cuarenta horas semanales sean un producto social que encuentra sus raíces en lo más profundo de la colectividad, y son conceptos que se han ido modulando con el paso del tiempo y los cambios sociales acaecidos; y dada su especial raigambre, a veces no será fácil discernir qué es producto de una mentalidad secular y qué encuentra su origen e incluso se sustenta en un material ideológico de naturaleza religiosa.

¹⁹⁷⁹ “*El conocimiento del calendario es una de las facetas de una labor de previsión de mayor escala que desarrollan en muchas sociedades tradicionales los especialistas en lo sagrado y que es la adivinación. Los ritmos misteriosos del tiempo se disuelven, gracias a una infinidad de técnicas que van desde toscos sistemas binarios a complejísimas combinaciones astrales y desde sistemas que se basan en la interpretación a otros que se centran en el éxtasis visionario. Pertrechados de tales instrumentos, los sacerdotes adivinos son capaces de penetrar en el futuro y prever lo que ocurrirá, indicando líneas de conducta a seguir. El control de previsión dotó a los sacerdotes de un mecanismo de primer orden para encauzar las decisiones (por medio de la adivinación) y proteger a la sociedad (por medio del atesoramiento y el control del calendario), convirtiéndose así en una institución que poseís las claves para minimizar los conflictos*”. DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., p. 122.

¹⁹⁸⁰ “*El primer día del mes el pontífice, después de haber ofrecido un sacrificio, convocaba al pueblo y proclamaba las fiestas que había de guardar en su transcurso. Esta convocación se llamaba Calatio, de donde viene el nombre de Calendas que se daba a aquel día*”. COULANGES: *La ciudad...*, op. cit., p. 150.

¹⁹⁸¹ OLGIVIE: *Los romanos y sus...*, op. cit., pp. 10-11 y 92-93.

El término “pontífice” también encuentra su origen etimológico en las fiestas religiosas romanas, pues en sus inicios eran los encargados de montar y desmontar el puente sobre el río Tíber. Posteriormente, y entre otras funciones, eran los encargados de confeccionar el calendario de fiestas públicas y fiscalizar su cumplimiento¹⁹⁸². La confección, conocimiento y control del calendario siempre ha otorgado un gran poder a las élites en cada sociedad¹⁹⁸³.

En la China imperial confuciana el emperador es quien ostenta el monopolio del calendario. De este modo, es quien pauta el ritmo del imperio, incluidos los días en que se puede trabajar o en los que está totalmente prohibido¹⁹⁸⁴.

El mismo origen religioso poseen las festividades y descansos en la tradición judeo-cristiana. En el Pentateuco, concretamente en Éxodo 20, se contiene el Decálogo o Diez Mandamientos, donde se regula la obligación de guardar el sábado como día de descanso; una regulación que en la actualidad es seguida aún, por ejemplo, por judíos¹⁹⁸⁵ o por los miembros de la Iglesia Adventista del Séptimo Día¹⁹⁸⁶, hecho del que derivan

¹⁹⁸² “Los cinco constructores de puentes (pontífices) tomaron su nombre del cargo santo e importante que les estaba confiado, montar y desmontar el puente del Tíber. Fueron, propiamente hablando, los ingenieros romanos que sabían los secretos de las medidas y de los números. De aquí el deber que tenían de formar el calendario público, anunciar la luna nueva o llena y los días de fiesta, y vigilar para que se cumpliesen regularmente en días propicios las solemnidades del culto y de la justicia”. MOMMSEN: *Historia de Roma...*, op. cit., Vol. I, p. 297.

¹⁹⁸³ “El control del tiempo y su ritmos se convierte en una ocupación en la que se esmera en las civilizaciones originales la elite sacerdotal y en cierto modo desempeña el papel de cohesión social que antes se concretaba en los cultos de solidaridad. Conocer el tiempo sagrado es desentrañar los secretos del universo y de los Dioses y hacer de los hombres partícipes de la divinidad. Su influencia aumenta como consecuencia de su capacidad imaginaria para prever el futuro (el tiempo que todavía no llegó, un modo de control sutil sobre el calendario) e indicar a los hombres las pautas para actuar en consecuencia (asesorando el soberano en la toma de decisiones - un medio de controlarlo -, planteando la época de siembra, los ritos para que el mundo siga su curso y el sol se levante cada día)”. DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., p. 156.

¹⁹⁸⁴ “Los ritos que realiza el emperador son los más significativos, marcan y pautan el año por medio de ceremonias que derivan del poder imperial para estatuir el calendario. El emperador tiene entre sus principales obligaciones la de promulgar el calendario (que confeccionan una comisión de astrólogos y otros funcionarios), que se convierte en una manifestación simbólica de la interdependencia del Cielo, la Tierra y el Hombre (el emperador). Por su orden se marcan las fechas sagradas para la realización de fiestas, los días fastos y nefastos (en los que se puede desarrollar actividad, muy especialmente la ritual), los días correctos para realizar las faenas agrícolas y sobre todo el día de comienzo del año (que corresponde con el solsticio de invierno)”. DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., pp. 194-195.

¹⁹⁸⁵ Los judíos, tanto en la Antigüedad como en la actualidad, han respetado el Sabbath incluso en momentos de confrontación bélica. Ello no es óbice para que en ocasiones se haya reconocido una dispensa o hayan realizado una interpretación más flexible de la prohibición de no realizar actividad alguna, especialmente con la finalidad de defenderse: “Algunos de los hasidim - los primeros esenios posiblemente - se refugiaron en las cuevas del desierto. Allí se dejaron matar al ser atacados en día de sábado, en el que sus leyes les prohibían empuñar un arma. Para evitar el exterminio, Matatías, el líder de la revuelta, y sus seguidores hubieron de interpretar la ley religiosa de modo que fuera posible defenderse en día de sábado. Los fariseos siguieron esta interpretación laxa mientras que otros grupos permanecieron fieles a la letra de la ley. La guerra de Yom Kippur de 1973 tomó a los israelíes por sorpresa en un día de absoluto reposo y de total incomunicación, tardando varias horas cruciales en percatarse de lo que sucedía”. TREBOLLE BARRERA, Julio: “Monoteísmos y violencia: celotas y mártires”, en AAVV: *Religión y violencia*. 1ª edición. Madrid: Círculo de Bellas Artes, 2008, p. 154.

¹⁹⁸⁶ A los efectos que interesan en materia laboral ha de recordarse que los adventistas (la Iglesia Adventista tiene implantación en España) se caracterizan por enfatizar el valor del sábado como día de reposo, así como en cuestiones dietéticas y de alimentación. GRAU BELTRÁN: “El

obviamente consecuencias jurídicas, especialmente en el Derecho del Trabajo: “*Acuérdate de santificar el día de sábado*” (v. 8). A continuación se expresa una norma religiosa que ordena cuándo se puede trabajar: “*Los seis días trabajarás, y harás todas tus labores*” (v. 9). Y finalmente se ratifica la prohibición de trabajar en sábado y se expresa cuál es el ámbito subjetivo de aplicación, que afecta incluso a los extranjeros que quizás ni siquiera conocen el contenido del Pentateuco: “*Mas el séptimo día es sábado, o fiesta del Señor Dios tuyo. Ningún trabajo harás en él, ni tú, ni tu hija, ni tu criado, ni tu criada, ni tus bestias de carga, ni el extranjero que habita dentro de tus puertas o poblaciones*” (v. 10)¹⁹⁸⁷. Hay numerosos preceptos en el Antiguo Testamento sobre la relevancia de guardar el sábado, “*Schabbath*” en hebreo¹⁹⁸⁸.

Un buen ejemplo de festivo dedicado a las tareas espirituales, y no al trabajo se puede, localizar en el Levítico 16, 29, que afecta a trabajadores naturales y extranjeros: “*Y esto será para vosotros un estatuto perpetuo: En el mes séptimo, a los diez días del mes, mortificaréis vuestras almas, y no trabajaréis, ni los naturales, ni los extranjeros que están domiciliados entre vosotros*”¹⁹⁸⁹.

En Deuteronomio 5, 12-14 puede observarse una segunda versión del Decálogo que referencia asimismo la obligación de abstenerse de trabajar en sábado: “*Cuida de santificar el día del sábado; como te tiene mandado tu señor Dios. Seis días trabajarás, y harás todos tus quehaceres. El día séptimo es día de sábado, esto es, del descanso del Señor Dios tuyo. No harás en él ningún género de trabajo ni tú, ni tu hijo, ni la hija, ni el esclavo, ni la esclava, ni el buey, ni el asno, ni alguno de tus jumentos, ni el extranjero*

protestantismo en España...”, en AAVV: *La nueva realidad religiosa...*, op. cit., p. 89. Desde principios del siglo XX dicha confesión prohíbe a sus seguidores la afiliación o contribución a organizaciones sindicales. Interpretan el mandato de amor al prójimo de forma que, como trabajadores y empresarios son prójimos los unos de los otros, la actividad sindical así como las huelgas suponen un quebrantamiento del mandato. PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., p. 168, nota al pie 385. También puede consultarse BLOOM: *La religión...*, op. cit., pp. 153-164. Dicho autor señala que “*ninguna fe americana, ni siquiera los Testigos de Jehová, tiene una teología tan enrevesada como la del adventismo del Séptimo día*” (p. 156).

¹⁹⁸⁷ La explicación religiosa del descanso en sábado que ofrece el Pentateuco es la siguiente: “*Por cuanto el Señor en seis días hizo el cielo, y la tierra, y el mar, y todas las cosas que hay en ellos, y descansó en el día séptimo: por esto bendijo el Señor el día del sábado, y le santificó*” (v. 11). El Sabbath es una institución dedicada a Dios “*by abstaining from work, that is, from anything that is intended for one's own benefit, or human purposes generally. In order to ensure that the entire community keeps it, the householder is required to ensure that everyone in the house, which is also the work unit in peasant society, abstains from work on the seventh day.* HOUSTON, Walter: “Exodus”, en AAVV: *The Oxford Bible commentary*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 81. Asimismo vid. Génesis 2, 2-3 y Éxodo 16, 23-30. De ahí Hechos de los Apóstoles 1, 12.

¹⁹⁸⁸ Como se ha visto, la práctica de guardar el sábado aparece en los estratos más antiguos del Antiguo Testamento, pero probablemente posee un origen premosaico. AAVV: *Vocabulario de teología Bíblica*. 2ª edición. Barcelona: Herder, 2009, pp. 805-806.

¹⁹⁸⁹ Véase también otros ejemplos en Levítico 23, 23-44. En dichas normas sobre festividades incluso se castiga su infracción con la pena de muerte; o Números 29. En Números 15, 32-35 hay un ejemplo de muerte por lapidación de un hombre que recogió leña en sábado. Sobre la celebración de la Pascua vid. Números 9, aplicándose también a este supuesto la misma legislación para los extranjeros: “*Asimismo si entre vosotros hubiere algún extranjero o advenedizo, celebrará al Señor la Pascua, según sus ceremonias y ritos: una misma será entre vosotros la ley para el extranjero que para el nacional*” (v. 14).

*que se alberga dentro de tus puertas; para que como tú descansen también tu siervo y tu sierva*¹⁹⁹⁰.

En el Nuevo Testamento aparece reflejado que los discípulos de Jesús siguieron observando el sábado (por ejemplo, Marcos 15, 42). Pero luego, el primer día de la semana, domingo, día de la resurrección de Jesús, viene a ser el día de culto para los cristianos, considerado como el día del Señor¹⁹⁹¹. De este modo, será el domingo (etimológicamente *Dominicus* significa “día del Señor”), el día en que los cristianos reposarán del trabajo, extremo que ha trascendido a todos los ordenamientos jurídicos de los países con mayoría cristiana: católicos, ortodoxos, anglicanos, protestantes...

Además, muchas de las festividades y en parte el calendario cristiano tienen su origen en tradiciones religiosas paganas aún más ancestrales¹⁹⁹².

Ya en el siglo IV, cuando el cristianismo se ha fusionado con la autoridad política romana, se pueden observar dos normas jurídicas en materia de descansos donde se hace alusión al culto al Sol¹⁹⁹³:

1) El emperador Constantino Augusto a Helpidio: “*Que todos los jueces, las plebes urbanas y los negociados de todo tipo descansen el venerable día del sol. Sin embargo, en el campo, los que se dedican al cultivo de las tierras pueden trabajar libremente y a su gusto, pues puede suceder que el trigo no pueda ser sembrado o las viñas no puedan ser plantadas de modo más apropiado otro día y para que no pase la coyuntura del buen tiempo proporcionado por la providencia celeste. Publicado el 5 de las Nonas de julio en el 2º Consulado de los Césares Crispo y Constantino (3 julio 321)*”.

2) El emperador Constantino Augusto a Helpidio: “*Del mismo modo que parecía muy indigno ocuparse el día del sol, consagrado a la veneración, de la realización de pleitos y de disputas criminales de las partes, es agradable y placentero realizar en este día las cosas que son más deseadas. Así pues, que todos tengan en este día de fiesta facultad de emancipar o manumitir y que las actas levantadas a este respecto sean válidas. Publicado el día 5 de las Nonas de julio de Cagliari en el 2º Consulado de los Césares Crispo y Constantino (3 julio 321)*”.

No sólo existen evidencias de que Constantino realizara esfuerzos proselitistas entre los guardias de su palacio, sino que consta asimismo que otorgó a los soldados como día libre el domingo¹⁹⁹⁴. También consta que en el 382 d.C., en los inicios del reinado del emperador Teodosio I, se promulgó una ley que imponía la pena de muerte a quien celebrara la Pascua en un día incorrecto del año, norma que pretendía imponer la ortodoxia en el Imperio¹⁹⁹⁵.

SAN JERÓNIMO en su obra *In die Domnica Paschae homilia* hace alusión a la importancia del domingo y a su relación con los ritos paganos: “*El día del Señor, el día de la*

¹⁹⁹⁰ El mandamiento recoge una antigua tradición y probablemente transforma un día de celebración cuando había luna llena en un día de celebración semanal. BULTMANN, Christoph: “Deuteronomy”, en AAVV: *The Oxford Bible commentary*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 141.

¹⁹⁹¹ AAVV: *Vocabulario de teología...*, op. cit., p. 806. Vid. Apocalipsis 1, 10.

¹⁹⁹² “*Resulta apasionante reconocer en las fiestas y en las costumbres cristianas el calendario y hasta las tradiciones del paganismo*”. BAYET: *La religión...*, op. cit., p. 294.

¹⁹⁹³ TEJA CASUSO: *El cristianismo primitivo...*, op. cit., p. 21.

¹⁹⁹⁴ MACMULLEN: *Christianizing the Roman...*, op. cit., p. 45.

¹⁹⁹⁵ MACMULLEN: *Christianizing the Roman...*, op. cit., p. 93.

*Resurrección, el día de los cristianos, es nuestro día. Por eso es llamado día del Señor: porque es en este día cuando el Señor subió victorioso junto al Padre. Si los paganos lo llaman día del sol, también lo hacemos con gusto; porque hoy ha amanecido la luz del mundo, hoy ha aparecido el sol de justicia cuyos rayos traen la salvación*¹⁹⁹⁶.

4.1.2. Edad Media y Modernidad

Es conocido que la celebración semanal del domingo como festividad regular de naturaleza religiosa se mantuvo durante toda la Edad Media en el territorio denominado por aquel entonces como Cristiandad. Por tal razón, en aquellas zonas donde los cristianos entraban en contacto con judíos o musulmanes podían producirse fricciones y se promulgó normativa jurídica al respecto. Una zona donde acaecían habitualmente incidentes de esta índole, como no podía ser de otra manera, era en la Península Ibérica, donde habitaban numerosos miembros de las tres religiones monoteístas. Así, a veces se materializaban problemas de convivencia por razón de llevar a cabo trabajos cuando los miembros de la religión mayoritaria habían designado ese día concreto para la celebración de alguna festividad religiosa, especialmente el domingo en el caso de los cristianos. Así, se producían quejas por los ruidos causados por el trabajo, pero también, obviamente, por la falta de respeto que significaba para unos que no se acataran las normas religiosas por parte de los otros¹⁹⁹⁷. Desde tiempos ancestrales y hasta la Edad Media los tiempos de no-trabajo tenían por finalidad cumplir con prescripciones religiosas, en ningún caso descansar o realizar labores de ocio, una noción que irá apareciendo bien entrada la Modernidad, sin abandonarse nunca del todo la presencia de obligaciones religiosas¹⁹⁹⁸.

En la Época Moderna es posible encontrar normas ancestrales sobre las festividades y la prohibición del trabajo ancladas en la Antigüedad. Es el caso de algunas tribus en estadios de evolución primitivos. Por ejemplo, en 1542 Francisco de Orellana se encontraba realizando una expedición en el río Amazonas y se encontró con la necesidad de construir una embarcación nueva de madera. Para la construcción de dicha embarcación era menester la ayuda de indígenas de las zonas, ya que los descubridores castellanos eran pocos en número. Sin embargo, los españoles hubieron de tener en cuenta que los indígenas del Amazonas sólo cortaban madera durante el último cuarto

¹⁹⁹⁶ Citado en el Catecismo de la Iglesia Católica (1166).

¹⁹⁹⁷ Al respecto se ha dicho lo siguiente sobre dicha tipología de problemas en la Península durante la Baja Edad Media: "*Muchos musulmanes, sobre todo dedicados a actividades artesanales, trasladaban sus negocios y talleres al centro de la ciudad, lo cual provocaba la protesta sobre todo de las autoridades eclesiásticas, que intentaron se recluyera de nuevo a los musulmanes en la morería. Dado que cada comunidad tenía su propio ritmo de vida y su propio calendario religioso y laboral, muchas veces se produjeron disfunciones entre la actividad laboral de los musulmanes y las prácticas religiosas de los cristianos. Estos últimos solían quejarse del ruido que, estando ellos en misa, producían los artesanos musulmanes que tenían instalados sus negocios cerca de las iglesias*". CABRERA MUÑOZ: "Judíos, musulmanes...", *op. cit.*, p. 11.

¹⁹⁹⁸ "*When ancient Romans or medieval Christians or Chinese peasants took time off from work, it was not to go away by themselves or with their families but to participate in communal celebrations. A third of their year, sometimes more, was taken up with civil commemorations, religious festivals, saint's days, and so on. These were their holidays, in origin, holy days, and they stand to our vacations as public health to individual treatment or mass transit to the private car. They were provided for everyone, in the same form, at the same time, and they were enjoyed together*". WALZER: *Spheres...*, *op. cit.*, p. 192.

del ciclo lunar, ya que creían que si talaban árboles en otras épocas la madera se pudriría irremisiblemente¹⁹⁹⁹.

No menos religiosos eran los europeos de la Modernidad, incluidos los españoles como se ha tenido ocasión de examinar en el apartado dedicado a la evolución histórica de la libertad religiosa. Así, las festividades religiosas en la Modernidad adquieren altas cotas de sofisticación, especialmente durante el Barroco, y siguen cumpliendo durante dicha etapa histórica y hasta la actualidad su función de cohesión social y mantenimiento de las identidades²⁰⁰⁰. Asimismo, trabajo y religión que fueron de la mano durante la Antigüedad y la Edad Media conservaron su conexión durante la Modernidad, a pesar de empezar a hacer mella los efectos de la secularización. De forma secularizada o puramente religiosa en la Modernidad el trabajo ha estado condicionado por la religión, y a veces al revés. Por todos es conocido la dedicación filológica de WEBER por aclarar la etimología y sentido de la palabra "profesión" en los pueblos no católicos, que precisamente eran los más secularizados: "*Es innegable que tanto la palabra alemana «profesión» (Beruf) como, con mayor claridad aún, en la inglesa «calling» resuena al menos una idea «religiosa» - una tarea puesta por Dios -, y cuanto más acentuemos la palabra en el caso concreto, más perceptible es*"²⁰⁰¹.

Lógicamente en el largo período en que se transita de la Baja Edad Media a los inicios de la Modernidad es cuando el fenómeno religioso se hace presente de la forma más clara y patente en el ámbito del trabajo y las profesiones²⁰⁰². Así, los gremios y oficios siguieron mostrando dicha conexión entre trabajo y religión mientras el sistema gremial aguantó sin ser desmantelado; un desmantelamiento que tomó un largo lapso de tiempo en materializarse según contextos y países.

De este modo, tanto en los países católicos como en los ya protestantes, el domingo era defendido de forma denodada como día en el que no se debía trabajar y se tenía que dedicar a las obligaciones religiosas semanales. Tanto en los países protestantes como en los católicos se instituyeron leyes para garantizar que no se trabajara el domingo o en

¹⁹⁹⁹ THOMAS: *El imperio español de Carlos...*, op. cit., p. 338.

²⁰⁰⁰ Sobre las festividades religiosas en la Modernidad se han descrito del siguiente modo sus características: "*En la experiencia historiográfica más terca, la casi evidencia es que la fiesta religiosa constituye un sistema, complicado y diáfano, simultáneamente, de adoctrinamiento, confirmación, exhibición militante, exaltación convincente y consolación esperanzadora, en las crisis de identidad y de la vida social toda, con sus recovecos de relaciones de autoridad, sumisión, modelos y paradigmas, confrontación, conflicto o aglutinación*". ÁLVAREZ SANTALÓ: "La fiesta religiosa...", en AAVV: *Historia del cristianismo...*, op. cit., p. 596.

²⁰⁰¹ WEBER: *La ética protestante...*, op. cit., p. 84. En las páginas siguientes el autor lleva a cabo un estudio filológico sobre el concepto y enfatiza que en las lenguas latinas de los pueblos mayoritariamente católicos el concepto no tiene la misma connotación religiosa, igual que tampoco la tenía en la Antigüedad clásica.

²⁰⁰² En relación a las festividades a principios de la Edad Moderna y al finalizar Edad Media: "*Como consecuencia, y a la vez como causa, de la presencia del fenómeno religioso en la vida cotidiana, instituciones y organismos de cualquier tipo, oficiales y privados, no sólo observan las festividades religiosas más sobresalientes, sino que, además, todos se colocan bajo la protección de alguna advocación, que es celebrada de modo muy especial. Nada extraño, por tanto, que los distintos gremios u oficios, además de los domingos, celebren al año unas sesenta fiestas por término medio, y no son pocos los lugares en los que, en las vísperas festivas, se reduce el horario laboral con el fin de preparar de manera adecuada la celebración religiosa del día siguiente, ya que no se concibe ninguna fiesta, cualquiera que sea su razón de ser, sin estar presidida por las correspondientes actividades religiosas*". CORTÉS PEÑA: "La crisis de la cristiandad...", en AAVV: *Historia del cristianismo...*, op. cit., p. 18.

otras festividades, e incluso para garantizar el cumplimiento de las obligaciones religiosas. Al respecto en las zonas dominadas por los calvinistas las autoridades eran bastante inflexibles en la materia²⁰⁰³, incluida lógicamente la Ginebra de Calvino²⁰⁰⁴. Para los calvinistas especialmente, el trabajo formaba parte de sus obligaciones religiosas, por lo que el trabajo duro era habitual y se realizaba sin problemas aunque fueran tareas desagradables para sus ejecutores²⁰⁰⁵. Como suele ser habitual en la historia, tales leyes provocaron conflictos con los habitantes judíos, y muchos cristianos se mostraban recelosos ante personas que no cumplían con dicha normativa diseñada por la mayoría religiosa²⁰⁰⁶.

Si durante la Edad Media eran habituales los conflictos entre cristianos, judíos y musulmanes respecto a la celebración de las festividades y la interrupción del trabajo, en la época posterior a la Reforma tales conflictos causados por los mismos motivos se extendieron también a los católicos y a los protestantes que convivían en los mismos territorios, como son el caso de los Países Bajos o Suiza²⁰⁰⁷. En muchas ocasiones los conflictos se podían resolver de forma amistosa o de acuerdo con la normativa jurídica de aplicación, y en otros casos estallaba la violencia religiosa, produciéndose derramamiento de sangre²⁰⁰⁸.

²⁰⁰³ Al tratar de la cultura europea postrenacentista se describe hasta qué punto de rigidez se extendió el ámbito de aplicación de las leyes: "*Enjoyment of any kind on a Sunday was discouraged and, in Calvinist countries at least, fined: the records of the parish courts abound with punishments meted out to ordinary people for drinking, singing, fishing, working and even for walking outside or going to sleep on the Sabbath*". PARKER: *Europe in crisis...*, op. cit., p. 295.

²⁰⁰⁴ En la Ginebra de Calvino se decretó que mientras durara el sermón de los domingos "*neither butchers, nor tripe sellers, nor others, nor second-hand dealers shall stay open beyond the last stroke of the great bell; that those who have idols at home break them up forthwith; that there is to be no singing of idle songs and no playing of games of chance; nor are the pastry cooks to cry their wares during the time of sermon*". PARKER: *John Calvin...*, op. cit., p. 77.

²⁰⁰⁵ "*The Calvinist willingness to do one's duty with no thought of personal happiness could look back with confidence to the example of the founder. Few men have worked for so long and so successfully with such frequent distaste for the task*". ELTON: *Reformation Europe...*, op. cit., pp. 222-223.

²⁰⁰⁶ "Opponents of emancipation, such as the Orientalist scholar Johann David Michaelis, doubted whether Jews could ever really assimilate. How, they asked, could Jews live with Christians or serve with them in the army if they would not eat the same food? How could they work with Christians if they observed a different Sabbath? And how could they give their allegiance to the state if they hoped one day to erect a state of their own in the Holy Land? How, in other words, could they be fully integrated unless they abandoned essential elements of their religion?". KAPLAN: *Divided by faith...*, op. cit., pp. 329-330.

²⁰⁰⁷ Así, múltiples historiadores han reportado conflictos entre católicos y protestantes con trascendencia laboral a lo largo de la Modernidad: "*Friction over the observance of holidays arose between Catholics and Protestants who lived and worked together. In the Dutch Republic, complaints came from maidservants whose Protestant masters prevented them from taking off Catholic holidays or observing fast days. Similarly, a Protestant mason named Jan Hugesz complained to the Haarlem magistrates that this Catholic boss prevented his working on saints' days, depriving him of needed income. In Hungary at the court of Count Adam Batthyány, Protestant servants and soldiers threw pieces of meat in Catholics' wine on fast days, to provoke them*". KAPLAN: *Divided by faith...*, op. cit., p. 83.

²⁰⁰⁸ "*In the summer of 1658, Catholics and Protestants came to blows twice in the town of Altstädten, in the Swiss Rheintal. Protestants here were legally obliged not to work on Catholic holidays, and on John the Baptist's Day and again on Saints Peter and Paul Day they stayed home in the morning. After noon, though, they went out to their fields to gather hay so that the long wet spell would not harm it too severely. To them the situation seemed an emergency that justified bending the rules. Enraged Catholics gathered at the town gate and attacked the Reformed as they*

Como ya se ha dicho al tratar de los Estados Unidos, allí también eran habituales las normativas que exigían dejar de trabajar en domingo y en otras festividades por razones religiosas, tal y como describen, por ejemplo, algunas sentencias del Tribunal Supremo norteamericano dictadas en materia de las denominadas *Sunday Blue Laws*²⁰⁰⁹. La descripción que hiciera Tocqueville es muy descriptiva: "*In the United States on the seventh day of every week the trading and working life of the nation seems suspended; all noises cease; a deep tranquility, say rather the solemn calm of meditation, succeeds the turmoil of the week, and the soul resumes possession and contemplation of itself. On this day the marts of traffic are deserted; every member of the community, accompanied by his children, goes to church (...)*"²⁰¹⁰.

El puritanismo en Nueva Inglaterra no constituía un movimiento teológico, sino litúrgico, con grandes diferencias respecto a los ritos católicos. A diferencia de los católicos, como la mayoría de los protestantes, los sacramentos no eran siete, sino dos: el bautismo y la comunión. En lo que aquí interesa, por su especial trascendencia en las relaciones laborales en el mundo contemporáneo, cabe destacar que para dichos puritanos el domingo era un día sagrado, que debía ser estrictamente observado. Así, no permitían ningún tipo de viaje o trabajo que no fuera realmente necesario en domingo. Por el contrario, los días festivos de Adviento a Pascua y a Pentecostés no eran seguidos con especial observancia²⁰¹¹.

La libertad religiosa reconocida en Pennsylvania no implicaba lógicamente una sociedad con una permisibilidad moral ilimitada. PENN consideraba del mismo modo que los puritanos que uno de los roles del gobierno era regular la moral. Por ejemplo, y en cuanto a lo que aquí interesa, en relación al Sabbath la Asamblea legislativa de Pennsylvania estableció que los trabajadores estaban obligados a "*abstain from their usual and common toil and labour*" para asegurarse de que "*Looseners, Irreligion, and Atheism may not creep in under the pretence of Conscience in this Province*"²⁰¹².

La primera ley sobre "*Sunday observance*" en la entonces colonia de Virginia data de 1610 y disponía que "*no man or woman shall dare to violate or breake the Sabbath by any gaming, publique or private abroad, or at home, but duly sanctifie and observe the same, both himselfe and his familie, by preparing themselves at home with private prayer, that they may be the better fitted for the publique, according to the commandments of God, and the orders of our Church, as also every man and woman shall repaire in the morning to the divine service, and Sermons preached upon the Sabbath day, and in the afternoon to divine service, and Catechising, upon paine of the first fault to lose their provision, and allowance for the whole weeke following, for the second to lose the said allowance, and also to be whipt, and for the thir to suffer death*"²⁰¹³.

returned from the fields, scattering their hay, overturning their carts, and assaulting them". KAPLAN: *Divided by faith...*, op. cit., p. 84.

²⁰⁰⁹ Una delegación de congregacionalistas ingleses que visitó Estados Unidos aproximadamente en la época en que lo hizo Tocqueville (dicho autor escribió su *Democracia en América* en el período comprendido entre 1834 y 1840) remarcó que aunque dicho país disponía de "*no law for the regulation or observance of the Sabbath (...)* public sentiment secures its sanctification better with them than with us". Citado en HUTCHISON, William R.: *Religious pluralism in America*. 1ª edición. Cambridge: New Haven, 2003, p. 59.

²⁰¹⁰ DE TOCQUEVILLE: *Democracy in America...*, op. cit., p. 242.

²⁰¹¹ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious history...*, op. cit., pp. 59-60.

²⁰¹² REICHELLEY: *Religion in American...*, op. cit., p. 80.

²⁰¹³ Texto citado en MILLER y FLOWERS: *Toward benevolent neutrality...*, op. cit., p. 353.

Por otro lado, ROGER WILLIAMS no creía en una obligación general e indiscriminada de paralizar toda actividad económica y la realización de cualquier trabajo en domingo; y simpatizaba con los argumentos de los adventistas del séptimo día. Por tal razón, nunca en Rhode Island se aprobó una ley que obligara a cerrar los negocios, lo que comúnmente se denomina una *Sunday law*, y que obviamente penaliza a aquellos ciudadanos cuyas convicciones religiosas no coincide con las de la mayoría²⁰¹⁴.

El 31 de octubre de 1785 MADISON propuso en Virginia un proyecto de ley que pretendía regular un ámbito muy específico del fenómeno religioso. Concretamente se trataba del tercer proyecto legislativo en materia religiosa; si dicho proyecto era el proyecto nº 84, el mucho más conocido *Statute for Establishing Religious Freedom* era el nº 82. En este caso llevaba el título de "*A bill por Punishing Disturbers of Religious Wordship and Sabbath Breakers*". Tal y como indica su título el proyecto aprobado el 27 de noviembre de 1786, y que probablemente fue redactado por JEFFERSON, establecía la inmunidad de los clérigos frente a eventuales arrestos mientras oficiaran en un lugar de culto. Asimismo, y en cuanto a lo que aquí interesa, dicha ley autorizaba a sancionar, incluso con penas de prisión, a los que obstaculizaran el culto público y a los ciudadanos que trabajaran en domingo, los denominados "*Sabbath breakers*". El tercer párrafo de la ley tenía el siguiente contenido: "*If any person on Sunday shall himself be found labouring at his own or any other trade or calling, or shall employ his apprentices, servants or slaves in labour, or other business, except it be in the ordinary household [sic] offices of daily necessity, or other work of necessity or charity, he shall forfeit the sum of ten shillings for every such offence, deeming every apprentice, servant, or slave so employed, and every day he shall be so employed as constituting a distinct offence*". Dicha ley no obligaba a asistir al culto religioso del domingo para evitar entenderse vulnerada en cuanto al deber de guardar el domingo. La utilización del término "Sabbat" en lugar del de "domingo" quiere enfatizar la tradición judeo-cristiana de conmemorar el "Día del Señor" y el correspondiente Mandamiento. Por el contrario, no existen indicios de que la ley se promulgara con la finalidad de aligerar la explotación de los trabajadores, sino que simplemente estaba destinada a la defensa de las creencias cristianas de la mayoría de la población del Estado en aquellos tiempos²⁰¹⁵.

Un cuarto proyecto de ley en materia religiosa (Bill nº 85) fue propuesta con el título "*A bill for Appointing Days of Public Fasting and Thanksgiving*". Aparentemente se trata de un texto redactado por JEFFERSON y presentado al poder legislativo de Virginia por MADISON el 31 de octubre de 1785. Dicho proyecto autorizaba al gobernador o al magistrado en jefe a designar "*days of public fasting and humiliation, or thanksgiving*". Dicho proyecto, que no fue nunca aprobado, preveía incluso sanciones para los clérigos en ciertas circunstancias: "*Every minister of the gospel shall on each day so to be appointed, attend and perform divine service and preach a sermon, or discourse, suited to the occasion, in his church, on pain of forfeiting fifty pounds for every failure, not having a reasonable excuse*"²⁰¹⁶.

Así, tanto en Europa como en América, tanto en los países católicos como, en los protestantes, y también en los que convivían ambas comunidades (como buena parte de la actual Alemania) la religión seguía presente en la vida social, incluida en el trabajo, por

²⁰¹⁴ NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, op. cit., p. 50.

²⁰¹⁵ DREISBACH: "In pursuit of religious...", en AAVV: *Religion, public life...*, op. cit., pp. 84-85.

²⁰¹⁶ DREISBACH: "In pursuit of religious...", en AAVV: *Religion, public life...*, op. cit., pp. 86-89.

lo que las festividades y el descanso semanal dominical eran instituciones que estaban al orden del día protegidas por las autoridades religiosas y seculares²⁰¹⁷. En algunas ocasiones, allí donde las comunidades estaban más divididas y la mayoría no podía imponer su voluntad sobre la mayoría, incluso se negociaban acuerdos. Un buen ejemplo es el acuerdo de 1759 cerrado en el obispado de Würzburg que estipulaba que en los días sagrados católicos los luteranos podían realizar sus trabajos habituales, menos durante el tiempo de la misa y hasta su finalización a las 12:00. Mientras durase la misa los luteranos no podían provocar ruidos derivados del trabajo, como por ejemplo serrar madera o el ruido de los carros²⁰¹⁸.

Es significativo del efecto tan relevante que supuso la ruptura protestante y, asimismo, de la íntima relación entre la religión y el tiempo, que ello ocasionó la célebre "guerra del calendario" o "cisma cronológico". Desde la Reforma muchos días de celebraciones religiosas no coincidían entre los protestantes y los católicos. El desacuerdo respecto al calendario se centraba en la disparidad existente entre el calendario juliano y el solar. El calendario juliano provocaba una disparidad de once minutos y catorce segundos. En el contexto del Concilio tridentino, Gregorio XIII encargó estudiar el asunto a especialistas en la materia, basado en los conocimientos astronómicos más avanzados de la época. El calendario gregoriano fue sancionado por una bula papal en 1582; sin que dicha reforma del calendario tuviera ningún móvil antiprottestante. Sin embargo, la mayoría de protestantes se opusieron a un calendario que consideraban confesional. Los territorios católicos adoptaron el calendario de forma inmediata, pero los territorios protestantes no lo hicieron hasta 1700-1701. El Reino Unido, sus colonias y Suecia no lo adoptaron hasta la década de 1750. Hasta esas fechas los territorios protestantes organizaron su vida religiosa y secular de acuerdo con el tradicional calendario juliano²⁰¹⁹. De hecho, la utilización del calendario gregoriano en la actualidad y la realización del cómputo del tiempo aún separan a las Iglesias latina y griega, por ejemplo, en la fijación de la Pascua²⁰²⁰.

En la Francia del siglo XVIII, poco antes de la Revolución de 1789, en el calendario se contaba un gran número de festividades religiosas que marcaban el *tempo* del trabajo²⁰²¹. Como es sabido, con la Revolución el calendario y las festividades fue radicalmente reformado, proscribiéndose muchas festividades religiosas en favor de celebraciones

²⁰¹⁷ "Just as churches and churchyards were stages for civic and social life, so religious rituals were communal events. How could they not be, when the schedule of such rituals determined the basic rhythm of work and leisure? In Catholic lands, holy days offered irregular but frequent respites from labor (...). By comparison, Protestant ritual life proceeded like clockwork". KAPLAN: *Divided by faith...*, op cit., p. 64.

²⁰¹⁸ KAPLAN: *Divided by faith...*, op cit., p. 98.

²⁰¹⁹ La "guerra de los calendarios" provocó muchos conflictos ligados a la diferente manera de organizar el tiempo y las festividades, especialmente en aquellas zonas donde cohabitaban católicos y protestantes, como en Augsburgo (*Kalenderstreit*). KAPLAN: *Divided by faith...*, op. cit., pp. 86 y siguientes. Asimismo, ELLIOTT: *La Europa dividida...*, op. cit., pp. 396-397. Puede examinarse la extensión de la "guerra de los calendarios" a la Europa de hoy en la STEDH de 24 de junio de 2004, caso Vergos contra Grecia (TEDH 2004, 44).

²⁰²⁰ SUÁREZ FERNÁNDEZ: *Crisis y restauración...*, op. cit., p. 124.

²⁰²¹ "El trabajo, es cierto, era menos intenso que ahora, con un ritmo muy lento; las fiestas religiosas, en las que no se trabajaba, eran relativamente numerosas". SOBOUL: *La revolución francesa...*, op. cit., p. 43. Tal explicación se ofrece por el autor después de describir cómo eran las largas jornadas de trabajo.

civiles²⁰²², desapareciendo el domingo de la semana y su significación religiosa; incluso cambiándose por completo el sistema de meses y de días de la semana. Apareció la denominada "religión civil" que pretendió sustituir desde un prisma laico la religión que había imperado desde hacía siglos²⁰²³. Es en la "Época del terror", que dura hasta la revolución thermidoriana, que provoca la caída de Robespierre el 28 de julio de 1795, cuando se producen los mayores esfuerzos de los revolucionarios para descristianizar el país y para romper la íntima relación entre la religión y la medida del tiempo²⁰²⁴, extremo que como es obvio no se llegó a conseguir.

Como curiosidad, y en relación a la convivencia entre los católicos y los pocos protestantes que había en España en el siglo XIX, por ejemplo, se ha reportado la imposición de una multa a un patrón inglés por haber pintado el barco el día de corpus de 1868²⁰²⁵.

4.2. El sentido de las festividades y descansos en la Contemporaneidad: tiempo de trabajo y tiempo de no-trabajo. Los retos jurídicos del Derecho del Trabajo

Como se ha podido comprobar en otro apartado, la secularización ha avanzado en un alto grado en Europa, especialmente en España en los últimos años, no tanto como en otros países industrializados como los Estados Unidos o Japón. No obstante, España dista mucho de haberse secularizado del todo la forma de medir el tiempo y la organización social de la vida. Prueba de ello, es que la contemporaneidad europea, y en general la occidental, está plagada de normas jurídicas que reflejan las cosmovisiones mayoritarias a la hora de regular los distintos ámbitos sociales, también el tiempo de trabajo. Por otro lado, muchos trabajadores y empresarios siguen guiando sus vidas y las de sus familias a través de un prisma religioso. De este modo, lo que para unos puede ser un fenómeno social secular, tradicional, cultural; para otros posee un hondo significado religioso. Recuérdese lo ya dicho sobre el objeto religioso: para lo que para unos es simple agua, una combinación de elementos químicos; para otros es agua bendita; para lo que unos es un simple pedazo de pan, para otros posee una concreta simbología religiosa; lo que para unos es un conjunto de frases, para otros es una

²⁰²² Sobre las festividades "nacionales" después de la Revolución Francesa *vid.* SOBOUL: *La revolución francesa...*, *op. cit.*, pp. 450-451.

²⁰²³ En relación a los primeros años de la Revolución Francesa es cuando se empezó a crear la "religión civil": "*En aquells moments, sota la influència de l'entusiasme general, algunes coses de natura purament laica foren transformades per l'opinió pública en coses sagrades: eren la Pàtria, la Llibertat, la Raó. Es tendí a establir per ella mateixa una religió que tenia el seu dogma, els seus símbols, els seus altars i les seves festes. A aquestes aspiracions espontànies, el culte de la Raó i de l'ésser suprem tractà d'aportar-los una mena de satisfacció oficial*". DURKHEIM: *Les formes elementals...*, *op. cit.*, p. 231.

²⁰²⁴ Entre otras medidas se toman las siguientes: "*Éste es el período de descristianización violenta que alcanza en igual medida a ambas iglesias - juramentada y no juramentada -. Las medidas tienden a crear una sociedad sin religión o al menos sin cristianismo: sustitución del calendario por otro referido a la naturaleza - en vigor desde el 22 de septiembre de 1792 hasta el 1 de enero de 1806 - ; sustitución del domingo por un día festivo en cada una de las décadas - sustituyen a la semana y como su nombre indica tienen diez días - que se dedica a honrar al Ser Supremo, al género humano, a los bienhechores de la humanidad y a las virtudes naturales; supresión de los santos en la topografía y onomástica*". BADA ELÍAS: "La nueva sociedad...", en AAVV: *Historia del cristianismo...*, *op. cit.*, pp. 24-25.

²⁰²⁵ VILAR RAMÍREZ: *Intolerancia y libertad...*, *op. cit.*, p. 329.

oración; lo que para unos es un día de ocio, para otros es un día de especial significación religiosa²⁰²⁶. En definitiva, lo que para unos es un día de fiesta, ocio y esparcimiento, para otros en una sociedad plural como la española conforma un haz de obligaciones religiosas que predeterminan ciertas actividades, algunas sagradas. Desde un punto de vista sociológico, la secularización está aquí, pero asimismo la religión permanece aquí. Así pues, el jurista estudioso de la libertad religiosa deberá estar atento a la íntima relación entre tiempo, trabajo y religión; entre tiempo profano y tiempo religioso.

Desde la industrialización, las sociedades avanzadas han ido abandonando paulatinamente los tiempos marcados por la religión para irlos sustituyendo poco a poco por el que señalan las máquinas; y ya en la época postindustrial (o postmoderna, como se prefiera), el *tempo* es pautado simplemente por las necesidades económicas²⁰²⁷. Un ejemplo muy gráfico, es el fenómeno de las colonias industriales, donde los trabajadores residen en el mismo recinto industrial o justo al lado de dicho centro, y allí, alejados a propósito de las grandes urbes urbanas (para minimizar los conflictos sociales y laborales de la época) viven al ritmo de la producción. Así, las colonias no sólo disfrutaban de economato o corales, sino que al mismo tiempo poseían su propia iglesia; una buena muestra es la célebre iglesia obra de Antoni Gaudí en la Colonia Güell²⁰²⁸. En las colonias industriales el trabajador era un apéndice más de la máquina, que pautaba su vida laboral y extralaboral, y la iglesia un engranaje del sistema.

En la sociedad actual, plural por definición, hay personas que estructuran su tiempo según la cosmovisión configurada por sus convicciones religiosas. Aquellos ciudadanos que sostienen las convicciones religiosas de la mayoría es probable que ello no les signifique ninguna problemática ni en el ámbito económico en general, ni en el ámbito laboral en particular; pues las normas jurídicas tenderán a estar confeccionadas para satisfacer dichas necesidades. Es más, la normativa jurídica, la religión y la tradición habrán estado tanto tiempo unidas que dicha regulación jurídica incluso será vista a la larga más bien como un producto cultural, secular. Además, muchos trabajadores incluso es posible que sostengan convicciones religiosas que se adapten muy bien a la a la regulación del tiempo de la vida económica, pues o bien dichas convicciones entenderán

²⁰²⁶ El terrorismo religioso utiliza frecuentemente el simbolismo del tiempo: "*Much the same can be said about the dramatic time - the date or season or hour of day that a terrorist act takes place. There are, after all, centralities in time as well as in space. Anniversaries and birthdays mark such special days for individuals; public holidays demarcate hallowed dates for societies as a whole. To capture the public's attention through an act of performance violence on a date deemed important to the group perpetrating the act, therefore, is to force the group's sense of what is temporally important on everyone else*". JUERGENSMEYER: *Terror in the mind...*, op. cit., p. 133. Es un ejemplo más de la significancia religiosa de ciertos momentos o hitos temporales concretos en la Contemporaneidad, su falta de secularización total.

²⁰²⁷ "*Tampoco el tiempo sale bien parado en el mundo industrial. Los ritmos no los marca la naturaleza o el hombre, los marca la máquina, que no requiere descanso durante su tiempo útil de vida y que convierte sus servidores en autómatas. En este reino de la cantidad y la materia se puede perfectamente cuantificar la exorbitante magnitud de los perjuicios económicos que provocan el ramadán o el descanso festivo sabático o dominical, pero no se poseen métodos científicos (salvo en la escala de valores de la psicología o psiquiatría) el beneficio para el equilibrio personal que dichos cambios procuran en el ritmo vital y productivo. De este modo la religión con su sacralización de ciertos lugares o su santificación de ciertas fiestas no puede menos que resultar una traba «irracional» frente al ritmo «razonable» de los «tiempos modernos»*". DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., p. 524.

²⁰²⁸ AAVV: *Baix Llobregat. El brogit de la indústria. De la manufactura a la fàbrica*. 1ª edición. Sant Feliu de Llobregat: Centre d'Estudis Comarcals del Baix Llobregat, 1999.

la vida económica como una parte más intrínseca de sus obligaciones religiosas; o bien, simplemente serán partidarios de una tipología de creencia religiosa a la carta, producto natural de esta etapa de la secularización, que permita al ciudadano combinar la esfera privada con la pública. O mejor, aun, quizás se sostendrá la religión como un fenómeno a limitar y restringir a la esfera estrictamente privada, por considerarse no oportuno en la esfera pública.

Ahora bien, habrán otros ciudadanos-trabajadores que sostendrán convicciones minoritarias, y muchos de ellos quizás provengan de sociedades donde no exista la distinción entre esfera privada y pública en cuanto a la religión. O simplemente se tratará de trabajadores cuyas necesidades religiosas no cuadrarán con el diseño de las leyes, ya se trate de creyentes de grupos minoritarios, ya se trate de creyentes de grupos mayoritarios que, por la razón que sea, su visión del mundo no encuentre acomodo en las leyes (heterodoxos, miembros de corrientes minoritarias dentro de un grupo mayoritario, fundamentalistas...). Unas personas que considerarán que sus convicciones religiosas tienen la misma cabida en su vida privada que en la vida profesional. Así, por ejemplo los adventistas y los judíos son partidarios de un día de descanso semanal diferente del de la mayoría, o los musulmanes, judíos o cristianos ortodoxos ni siquiera comparten el mismo calendario anual que dicha mayoría.

Una vez más, el Derecho y la religión pretenden regular la misma materia, el tiempo; una materia que no es más que una convención social, un producto cultural. Por un lado, el Derecho del Trabajo regula los tiempos de trabajo: jornadas (diaria, semanal, mensual, anual), descansos diarios, descanso semanal, vacaciones anuales retribuidas, festivos anuales, etc. Por otro lado, la religión ordena los tiempos de cumplimiento de las obligaciones religiosas, realiza una distinción del tiempo profano del sagrado (igual que diferencia los objetos y los lugares profanos de los sagrados). Si el Derecho del Trabajo establece un calendario laboral, la religión tiene su propio calendario religioso. Si el Derecho laboral otorga una periodicidad al trabajo, la religión da una periodicidad al culto. Ambos sistemas normativos pivotan sobre la periodicidad, sobre la regularidad, sobre tiempos cíclicos, que se repiten cadencialmente. Dicha regularidad es especialmente acusada en las confesiones que parten de la tradición hebraica, de ahí que las sociedades occidentales, y su Derecho como producto histórico y social, compartan dicha regularidad en el modo de distribuir los tiempos sociales, incluido el trabajo²⁰²⁹.

Asimismo, tanto el Derecho laboral como la religión también prevén momentos indeterminados previamente en que el tiempo se detiene. Así, el Derecho otorga un permiso a un trabajador por el nacimiento de un hijo; es decir, se autoriza al trabajador a no prestar servicios por la materialización de un acontecimiento que no ocurre de forma regular, aunque sí frecuentemente. Del mismo modo la religión, además del culto periódico, prevé los ritos, como es el rito del bautizo por el mismo nacimiento que puede haber provocado el permiso retribuido, y que es un hecho que no se produce de forma

²⁰²⁹ Sobre las concepciones religiosas según si el tiempo se considera cíclico o continuo: "Our modern concept of time rests on the religious foundations of Judaism and Christianity. In contrast to the other ancient Indo-European peoples, whose concept of time was cyclical and unhistorical, the Hebrew people developed the concept that time is continuous, irreversible, and historical, leading to ultimate redemption at the end. Nevertheless, Judaic-Christian time also has periods within it. It is not cyclical, but it may be interrupted or accelerated". BERMAN: *The interaction of law...*, op. cit., p. 119.

periódica²⁰³⁰. El Derecho laboral provee descansos y pausas diarias; la religión requiere tiempo diario para la oración; el Derecho laboral provee permisos retribuidos y no retribuidos, excedencias, suspensiones del contrato de trabajo, y la religión requiere tiempo para los ritos ocasionales, las peregrinaciones, las procesiones y las romerías; el Derecho laboral provee descansos semanales y anuales; la religión requiere tiempo para sus cultos periódicos. Si existe un calendario laboral en las empresas, en algunas confesiones existe un calendario religioso y/o litúrgico.

Por otro lado, el derecho a la libertad religiosa tiene por objeto posibilitar que los ciudadanos puedan externalizar sus convicciones y vivir de forma coherente con ellas. De este modo, el ejercicio de la libertad religiosa en la relación laboral debe permitir que la prestación de servicios no impida (vertiente negativa), incluso posibilite (vertiente positiva), obtener ese tiempo necesario para cumplir con las obligaciones religiosas. Si el Derecho del Trabajo divide el tiempo entre trabajo y no-trabajo, y la religión entre tiempo religioso y tiempo profano; la libertad religiosa en sede laboral deberá permitir compatibilizar el tiempo de trabajo con el tiempo en que se satisfacen las obligaciones religiosas (*ora et labora*), pues no es posible satisfacer ambas al mismo tiempo. Como tampoco es posible trabajar y descansar al mismo tiempo, o trabajar y disfrutar del ocio al unísono²⁰³¹. No existe en un Estado plural una sola cosmovisión que pautе los tiempos sociales simplemente entre ocio y negocio; sino que bajo el prisma constitucional ha de ser posible al trabajador con convicciones religiosas compatibilizar y conciliar las necesidades religiosas con las laborales, el *ora et labora*. La aparición de las fiestas fue el resultado de que los líderes religiosos dividieran el tiempo entre lo religioso y lo profano; ahora, de forma paradójica, el mundo profano (en el cual se incluye el Derecho

²⁰³⁰ Si el culto es regular, el rito no lo es: "*Un culte no és un simple conjunt de precaucions rituals que l'home es veu mogut a prendre en circumstàncies determinades; és un sistema de ritus, de festes, de cerimònies diverses que presenten totes el caràcter de retornar periòdicament. Respon a la necessitat que mostra el fidel d'estrènyer i de refermar, a intervals de temps regulars, el vincle que l'uneix als éssers sagrats dels quals depèn. Heus aquí per què es parla de ritus nupcials, i no d'un culte nupcial; de ritus de naixement, i no d'un culte al nadó: perquè els esdeveniments en ocasió dels quals tenen lloc aquests ritus no impliquen cap periodicitat*". DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., p. 84. Y dicho autor añade más adelante: "*Sabem que el culte positiu tendeix naturalment a prendre formes periòdiques; això és un dels seus caràcters distintius. Sens dubte, hi ha ritus que l'home celebra ocasionalment, per enfrontar unes situacions passatgeres. Però aquestes pràctiques episòdiques no tenen mai sinó un paper accessori (...). Allò que constitueix essencialment el culte és el cicle de les festes que retornen regularment en èpoques determinades*" (p. 358).

²⁰³¹ Es indudable en la sociedad contemporánea la dualidad y regularidad del binomio culto/ tiempo religioso - tiempo profano/tiempo laboral: "*Expresar la naturaleza del tiempo de la sociedad y coextensivamente del tiempo de la sociedad moderna requiere referirnos inevitablemente a la naturaleza del ritmo pautado del conjunto de actividades sociales que realizan los individuos en la vida social. No todas las actividades son las mismas, unas son religiosas y otras profanas - la mayoría en nuestras sociedades -, unas son pacíficas y otras violentas, unas son solidarias y otras competitivas, unas son amorosas y otras de odio, unas son de trabajo asalariado y otras lo son de ocio, etc. El común denominador de todas estas interacciones sociales es su alternancia, es decir, podríamos hablar de una continuidad de contrastes alternos, de un cierto espaciamiento del tiempo al hacer imposible la simultaneidad absoluta de todo lo que ocurre a la manera de un metaobservador sagrado o del aleph borgesiano que observan o bien sus propias creaciones o las ajenas, así se suceden los días sagrados tras los profanos en la semana judeocristiana así como el conjunto de actividades descritas*". BERIAIN RÁZQUIN, Josetxo: "¿Tiempo ganado o tiempo perdido?: el cambio en las estructuras temporales de la Modernidad", en AAVV: *Sagrado/Profano. Nuevos desafíos al proyecto de la Modernidad*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2010, p. 114.

laboral) ha de intentar devolver parte de su tiempo al ámbito religioso para asegurar su coexistencia y cumplir con los cánones constitucionales de un Estado de Derecho²⁰³². Ese es el reto del Derecho laboral en el día de hoy.

A pesar del tiempo transcurrido las *"Guidelines for review of legislation pertaining to religion or belief"*, aprobadas por la OCDE en junio de 2004, describen algunos de los problemas más candentes en relación a la libertad religiosa en los Estados miembros de la OCDE. Entre dichas materias, y como no podía ser de otro modo, cita las festividades y el descanso semanal: *"The two types of day that raise questions of exemptions are, first, days of the week that have religious significance (for example, for Friday prayers and Saturday or Sunday worship), and, second, calendar days of religious significance (such as Christmas, Yom Kippur, Ramadan). To the extent possible, State laws should reflect the spirit of tolerance and respect for religious belief"*. Pues bien, dicha guía sigue siendo un reflejo fiel de las cuestiones a resolver por el Derecho laboral en España.

4.3. Los antecedentes normativos en España del descanso dominical. El significado del domingo y de las otras festividades

4.3.1. El significado del domingo y otras festividades en la regulación pre-democrática

El descanso dominical es una institución en España de gran arraigo a lo largo de la historia, como también lo es en otros países de mayoría cristiana. En concreto en la Contemporaneidad España ha ajustado los postulados del descanso dominical a los de la Iglesia Católica que ha influenciado siempre de forma decisiva su legislación. La postura de la Iglesia Católica, como es sabido, ha defendido a ultranza y de forma sostenida durante siglos el establecimiento del domingo como día por antonomasia de descanso semanal en el que no se debería trabajar y el ciudadano debería centrarse en sus obligaciones religiosas.

Al respecto, según el canon 1244.1, situado en el Título II de la Parte III del Código de Derecho Canónico vigente y con el título *"De los tiempos sagrados"*, *"corresponde exclusivamente a la autoridad suprema de la Iglesia establecer, trasladar o suprimir los días de fiestas y los días de penitencia comunes para toda la Iglesia"*; teniendo en cuenta en su apartado segundo que *"los Obispos diocesanos pueden señalar especiales días de fiesta o de penitencia para sus diócesis o lugares, pero sólo a modo de acto"*. Dichas fiestas han de guardarse por todos los creyentes, pero, como excepción, el canon 1245 prevé que *"con causa justa y según las prescripciones del Obispo diocesano, el párroco puede conceder, en casos particulares, dispensa de la obligación de guardar un día de fiesta o de penitencia, o conmutarla por otras obras piadosas"*. En el canon 1246.1 se establece que *"el domingo, en el que se celebra el misterio pascual, por tradición apostólica ha de observarse en toda la Iglesia como fiesta primordial de precepto"*.

²⁰³² *"La vida religiosa i la profana no poden coexistir en les mateixes unitats de temps. Per tant és necessari assignar a la primera uns dies o uns períodes determinats dels quals siguin retirades totes les ocupacions profanes. Així és com tingueren origen les festes. No hi ha cap religió ni, per consegüent, cap societat que no hagi conegut i practicat aquesta divisió del temps en dues parts separades que s'alternen l'una amb l'altra segons una llei variable amb els pobles i les civilitzacions"*. DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., p. 320.

Igualmente deben observarse los días de Navidad, Epifanía, Ascensión, Santísimo Cuerpo y Sangre de Cristo, Santa María Madre de Dios, Inmaculada Concepción y Asunción, San José, Santos Apóstoles Pedro y Pablo, y, finalmente, Todos los Santos".

Es en el canon 1247 donde se especifican las finalidades del descanso dominical, que mezcla las obligaciones religiosas con el descanso: *"El domingo y las demás fiestas de precepto los fieles tienen obligación de participar en la Misa; y se abstendrán además de aquellos trabajos y actividades que impidan dar culto a Dios, gozar de la alegría propia del día del Señor, o disfrutar del debido descanso de la mente y del cuerpo"*. Ahora bien, el canon 1248.1 ofrece a los católicos una regla de flexibilidad religiosa que les puede ayudar a compatibilizar sus obligaciones religiosas con las obligaciones laborales: *"Cumple el precepto de participar en la Misa quien asiste a ella, dondequiera que se celebre en un rito católico, tanto el día de la fiesta como el día anterior por la tarde"*. Sin entrar en mayores detalles hay que indicar que según el canon 1250 *"en la Iglesia universal, son días y tiempos penitenciales todos los viernes del año y el tiempo de cuaresma"*.

Por ejemplo, en la Encíclica "Laborem Exercens" (1981) de Juan Pablo II se hace referencia a las vacaciones, pero también al descanso dominical: *"Otro sector relativo a las prestaciones es el vinculado con el derecho al descanso; se trata ante todo de regular el descanso semanal, que comprenda al menos el domingo y además un reposo más largo, es decir, las llamadas vacaciones una vez al año o eventualmente varias veces por períodos más breves"*. En otra parte del texto se indica que el descanso semanal, instituido en domingo, no tiene ni mucho menos como finalidad el mero descanso, sino el cumplimiento de las obligaciones religiosas: *"el trabajo humano no sólo exige el descanso cada «siete días», sino que además no puede consistir en el mero ejercicio de las fuerzas humanas en una acción exterior; debe dejar un espacio interior, donde el hombre, convirtiéndose cada vez más en lo que por voluntad divina tiene que ser, se va preparando a aquel «descanso» que el Señor reserva a sus siervos y amigos"*²⁰³³.

A los diez años de la "Laborem Exercens" Juan Pablo II confeccionó la Encíclica "Centesimus Annus" (1991). A diferencia de la Encíclica "Laborem Exercens" en esta ocasión sí se hace especial referencia a la relación entre descanso semanal y obligaciones religiosas, o al menos de un modo más explícito: *"Refiriéndose siempre a la condición obrera, a estos derechos León XIII añade otro, que considero necesario recordar por su importancia: el derecho a cumplir libremente los propios deberes religiosos. El Papa lo proclama en el contexto de los demás derechos y deberes de los obreros, no obstante el clima general que, incluso en su tiempo, consideraba ciertas cuestiones como pertinentes exclusivamente a la esfera privada. Él ratifica la necesidad del descanso festivo, para que el hombre eleve su pensamiento hacia los bienes de arriba y rinda el culto debido a la majestad divina. De este derecho, basado en un mandamiento, nadie puede privar al hombre: «a nadie es lícito violar impunemente la dignidad del hombre, de quien Dios mismo dispone con gran respeto». En consecuencia, el Estado debe asegurar al obrero el ejercicio de esta libertad. No se equivocaría quien viese en esta nítida afirmación el germen del principio del derecho a la libertad religiosa, que posteriormente ha sido objeto de muchas y solemnes Declaraciones y Convenciones internacionales, así como de la conocida Declaración conciliar y de mis constantes*

²⁰³³ En materia de doctrina social de la Iglesia hay que tener en cuenta la Encíclica "Mater et Magistra" (1961) del Papa Juan XXIII.

enseñanzas. A este respecto hemos de preguntarnos si los ordenamientos legales vigentes y la praxis de las sociedades industrializadas aseguran hoy efectivamente el cumplimiento de este derecho elemental al descanso festivo". Como se puede observar, en esta ocasión se habla de manera abierta de la orientación que debe tomar el legislador laboral.

Al respecto, es interesante el contenido del art. 238 del Código Penal de 1870, fruto de las exigencias de la Constitución liberal de 1869, que está dedicado a los delitos contra la libertad religiosa. Su apartado tercero afirma que se incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión correccional en su grado mínimo quien, mediante amenazas o violencia, "*le impidiere abrir su tienda, almacén u otro establecimiento, o le forzare a abstenerse de trabajos de cualquier especie en determinadas fiestas religiosas*" (dicho art. 328 hay que ponerlo en relación con el art. 510, que se enmarca en el articulado que prevé los delitos contra la libertad y la seguridad). En todo caso, es un ejemplo de la tensión social existente entre el trabajo y las obligaciones religiosas, que incluso llevó al legislador a tipificar como delito unas conductas, que cercanos ya al siglo XX cuando dicho precepto entró en vigor, pudieran parecer anacrónicas.

Pero nada más lejano de la realidad. Así, en la Real Orden de 26 de marzo de 1884, del ministro de Fomento Pidal y Món (un católico integrista), se indicaba que "*la observancia del precepto de santificar las fiestas es un deber cuyo cumplimiento no cabe prescindir en manera alguna (pues) los sentimientos religiosos que nuestra existencia nacional atesora, no permiten que España sea en este punto excepción lastimosa respecto a otros países*". Asimismo se decía en tal norma: "*el Gobierno no se propone ejercer coacciones ni proceder con violencia; pero considera que es su obligación dar saludable ejemplo*". Tal ejemplo consistía en que en las obras públicas se prohibía el trabajo en festivos, salvo en caso de necesidad²⁰³⁴.

Ya a inicios del siglo XX la Ley de 13 de marzo de 1900, que fijaba las condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños (Gaceta de 14 de marzo de 1900), norma dictada cuando ocupaba la cartera de Ministro de la Gobernación Eduardo Dato, afirmaba en su art. 6 *in fine*: "*Se prohíbe el trabajo en domingo y días festivos a los obreros que son objeto de esta ley*"²⁰³⁵.

En todo caso, la ley más relevante en esta materia, es la Ley de 3 de marzo de 1904 relativa al descanso dominical (Gaceta de 4 de marzo de 1904), una norma cuyo proyecto había sido leído por Antonio Maura en el Congreso el 22 de junio de 1903. Resulta gráfico que uno de los antecedentes de dicha ley fue la propuesta discutida en el Senado el 3 de julio de 1896 por parte del obispo de Salamanca, Tomás Cámara, que tendía a la prohibición total de la prestación de servicios por parte de mujeres y niños en domingo y días festivos; y la realizada en dichos días de forma pública por los demás trabajadores²⁰³⁶.

²⁰³⁴ Citado en MONTROYA MELGAR: *Ideología y lenguaje...*, op. cit., p. 93.

²⁰³⁵ Un breve comentario a dicha norma puede consultarse en Breve comentario sobre la ley: DE LA VILLA GIL: *La formación histórica...*, op. cit., pp. 89-90.

²⁰³⁶ GONZÁLEZ-ROTVOS GIL, Mariano: "Los enemigos del descanso dominical en España", en AAVV: *Estudios dedicados al Profesor García Oviedo con motivo de su jubilación. Volumen II: Derecho laboral*. 1ª edición. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1954, p. 128. En pp. 130-132 se exponen los argumentos a favor y en contra sobre las motivaciones religiosas de la ley, y si se trata de una ley religiosa o no. Asimismo sobre las motivaciones religiosas de las primeras normas sobre descanso dominical vid. MONTROYA MELGAR: *Ideología y lenguaje...*, op. cit., pp. 58-59.

La citada Ley de 3 de marzo de 1904 empieza del siguiente modo: "*Don Alfonso XIII, por la gracia de Dios y la Constitución, Rey de España*". Su art. 1 es bastante generalizado y afecta a los trabajadores por cuenta propia en algunos casos y a los trabajadores por cuenta ajena de forma más generalizada: "*Queda prohibido en domingo el trabajo material por cuenta ajena y el que se efectúe con publicidad por cuenta propia en fábricas, talleres, almacenes, tiendas, comercios fijos o ambulantes (...)*". Después de citar las actividades donde prevalece la regla general de no trabajar, introduce reglas especiales para aquellos trabajadores que deban trabajar en domingo: "*Los obreros que se empleen en trabajos continuos o eventuales, permitidos en domingo por excepción, serán los estrictamente necesarios; trabajarán tan sólo durante las horas que señale el Reglamento como indispensables para salvar el motivo de la excepción, y no podrán ser empleados por toda la jornada dos domingos consecutivos. La jornada entera que cada cual de ellos hubiere trabajado en domingo, se les restituirá durante la semana*". Después de indicarse que ni las mujeres, ni los menores de dieciocho años trabajarán en domingo, el legislador exterioriza en este primer artículo *in fine* la finalidad última de la norma: "*Se otorgará al operario a quien no corresponda descansar en domingo o días festivos el tiempo necesario para el cumplimiento de sus deberes religiosos*". Así, si por un lado se demuestra que el descanso dominical en buena medida no es más que un instrumento para favorecer el cumplimiento de las obligaciones religiosas; por otro lado, sólo se tiene en cuenta que las obligaciones religiosas puedan ser cumplidas por los trabajadores en domingo, tal y como marca la doctrina católica. En el art. 2 se listan las excepciones a la regla general de prohibición de trabajar los domingos y en el art. 6 se otorga un plazo de seis meses para llevar a cabo el desarrollo reglamentario de la norma. En virtud de dicho precepto se llevó a cabo el preceptivo desarrollo mediante el Reglamento para la aplicación de la Ley de 3 de mayo de 1904, aprobado por Real Decreto de 19 de abril de 1905 (Gaceta 22 de abril de 1905).

Con la finalidad de que se respetara el descanso dominical se dieron muy diversas normas, algunas de ellas directamente encaminadas a realizar un control social del ocio de los trabajadores. En dicho sentido, por ejemplo, hay que citar la Real Orden de 29 de septiembre de 1907 que dispone que "*no se tolere que bajo ningún pretexto permanezcan los domingos abiertas las tabernas de ninguna población*"²⁰³⁷.

Contemporánea de dichas normas, el art. 139 de la Constitución de Weimar (1919) combinaba asimismo la noción de descanso dominical desde un punto de vista físico y psíquico, con las necesidades espirituales: "*Der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage bleiben als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt*".

El Derecho laboral daba muestras de madurez como disciplina jurídica y empezaba a incorporar la normativa internacional. En la materia aquí tratada se puede citar el Real Decreto Ley de 8 de junio de 1925, que incorporaba la regulación de la OIT sobre descanso dominical²⁰³⁸.

²⁰³⁷ Citado en MONTROYA MELGAR: *Ideología y lenguaje...*, op. cit., p. 62. Sobre otras disposiciones similares restrictivas del esparcimiento de los obreros *vid.* pp. 62-63. Sobre las diversas disposiciones dictadas con la finalidad de que se respetase el descanso dominical instituido *vid.* DE LA VILLA GIL: *La formación histórica...*, op. cit., pp. 122-123.

²⁰³⁸ DE LA VILLA GIL: *La formación histórica...*, op. cit., pp. 139 y 147. Se citan diversas normas sobre extensión y excepciones en materia de descanso dominical en pp. 145-148.

En un estadio más avanzado, el art. 76 de la Ley de contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931 estableció lo siguiente: "*Si no existiesen disposiciones, bases, acuerdos o pactos colectivos, se prestará el trabajo corriente. La clase y extensión de éste se regulará en tales casos por los usos de la explotación o industria en el lugar. El comienzo y fin de la jornada, así como los descansos y vacaciones, serán regulados por el patrono atendiendo a las mismas normas y a las necesidades y protección del obrero*". Como se puede observar, el redactado es muy neutro y no se menciona el domingo. Así, durante la II República aparecen diversas normas que complementan en materia de descanso dominical las normas anteriores²⁰³⁹.

En el contexto del franquismo, el Fuero del Trabajo de 1938 ha sido ya analizado en el apartado correspondiente, lugar en el que se ha realizado una breve referencia a la multitud de otras normas que instituyen festividades católicas y suprimen las republicanas del régimen político anterior. En lo que aquí interesa se debe recordar que en el Principio II, apartado 2, se establece el domingo como día de descanso por razones religiosas: "*El Estado mantendrá el descanso dominical como condición sagrada en la prestación del trabajo*". Dicho descanso semanal es completado por la institución de días festivos: "*Sin pérdida de la retribución y teniendo en cuenta las necesidades técnicas de las empresas, las leyes obligarán a que sean respetadas las fiestas religiosas y civiles declaradas por el Estado*".

Debe tenerse en cuenta la Ley de 13 de julio de 1940 sobre descanso dominical. El art. 1, párrafo primero, establece la prohibición como regla general: "*Queda prohibido, en domingo y en las fiestas oficiales de carácter religioso, todo trabajo material que suponga empleo de la actividad humana mediante el ejercicio de las facultades físicas, así como también el trabajo intelectual por cuenta ajena, sin más excepciones que las expuesta en esta ley*". Después de enumerarse las excepciones a la regla general en los artículos siguientes, es en el art. 6 donde se exterioriza claramente la finalidad de la norma: "*Los obreros que se empleen en trabajos continuos o eventuales, permitidos por excepción en domingo o día festivo (...) serán los estrictamente necesarios; tendrán una hora libre, al menos, durante el tiempo en que se celebren los actos religiosos, para el cumplimiento de los deberes de esta índole, sin que por tal concepto pueda hacerseles descuento alguno que merme su salario (...)*"²⁰⁴⁰. El art. 14 facultaba al Ministerio de Trabajo para llevar a cabo el desarrollo reglamentario.

²⁰³⁹ DE LA VILLA GIL: *La formación histórica...*, op. cit., p. 323.

²⁰⁴⁰ Así, si desde un punto de vista doctrinal se consideraba que el descanso físico y psíquico era necesario, no debían olvidarse ni mucho menos las obligaciones religiosas: "*Para una posición puramente materialista y, por tanto, unilateral, tiene una simple justificación fisiológica, determinada por la necesidad del cuerpo humano de suspender periódicamente el trabajo ejercido para reponer las energías anteriormente consumidas y hacer acopio de ellas para ulteriores trabajos: dentro de esta actitud primaria y simplista, supone un cierto avance la consideración del descanso del trabajador como necesidad estatal, para evitar, por agotamiento, la depauperación de la raza. El Estado, interesado en la conservación material de sus hombres, debe velar cuidadosamente para evitar los daños que a sus obreros les puede producir un excesivo y no interrumpido trabajo. (...) Junto a la consideración, muy digna de ser tenida en cuenta, de la necesidad puramente fisiológica del descanso, no debe olvidarse la obligación y efectos que llevan consigo los lazos familiares, a menudo interrumpidos por la continuidad del trabajo, así como los deseos y fines espirituales, y en primer plano los religiosos, que al hombre-obrero le están encomendados. Para su cumplimiento, que no es en él puramente voluntario, sino decididamente obligatorio, debe dársele la facilidad de suspensiones frecuentes y fijas en su diaria labor*". HERNAINZ MÁRQUEZ: *Tratado elemental...*, op. cit., pp. 525-526.

El reglamento fue aprobado por el Decreto de 25 de enero de 1941. Según su art. 1 "a los efectos de la Ley de 13 de julio de 1940, se consideran laborables todos los días del año, a excepción de los domingos y fiestas oficiales y religiosas equiparadas al domingo"²⁰⁴¹. En el art. 3 del Reglamento se introduce un precepto que contiene una regla parecida a la de "carga indebida", pues pretende atemperar la obligación jurídica reglamentaria según la realidad de las condiciones de trabajo existentes: "*En las Industrias en que, a juicio de la Inspección Provincial de Trabajo, se originen graves daños si se comienza a computar el día festivo a las doce de la noche del día anterior, podrá dar principio el cómputo a hora distinta, siempre que se comprendan veinticuatro horas consecutivas de descanso (...)*".

En el art. 55 del Reglamento se listan todas las fiestas religiosas de ámbito estatal en las que queda prohibido trabajar; y en el segundo párrafo se aclara lo siguiente: "*Serán también festivos con igual significado, pero dentro de los límites del término municipal o diocesano respectivo, los días de festividades locales en que por disposición de la Autoridad eclesiástica sea obligatorio el precepto de oír misa y la abstención de trabajos manuales*". Es decir, la conexión entre festivos locales y la Iglesia Católica era bastante acentuada.

Naturalmente, la Fiesta del Primero de Mayo no tenía ningún carácter reivindicativo especial, sino que se amparaba en el calendario eclesiástico según el último párrafo del precepto: "*El día 1º de mayo, San José Artesano, es festivo en todo el ámbito nacional e inhábil a toda clase de efectos, tanto administrativos, académicos y mercantiles como laborales*".

Finalmente, en el art. 60 se reconoce el derecho de los obreros que por pertenecer a industrias exceptuadas hayan de trabajar en días de fiesta recuperables a disfrutar "*de una hora para cumplimiento de sus deberes religiosos, en la forma en que se dispone en el artículo 6º de la Ley de 13 de julio de 1940, a cuya hora tendrán asimismo derecho en las fiestas religiosas de precepto no recuperable*".

De este modo, la doctrina laboralista de la época entendía que los preceptos sobre descanso dominical y festividades, no sólo eran un signo evidente de la limitación de la autonomía privada de las partes en el contrato de trabajo, sino que al mismo tiempo las disposiciones legales en dicha materia no eran más que parte de una legislación protectora que exteriorizaba la intervención pública en un contrato de base privada. Así, en una misma relación jurídica se mezclaban los intereses privados y los públicos²⁰⁴².

²⁰⁴¹ A favor de la influencia religiosa en la institución del descanso dominical: "*De acuerdo por todos los conceptos la teoría y la práctica en aplicar un descanso con la frecuencia semanal, surge la diferencia de criterios en cuanto a fijar o no el día en que ha de llevarse a cabo. El hecho de estar tan influido el descanso del trabajador por móviles religiosos, así como la mayor extensión, especialmente en Europa y América, de las doctrinas cristianas y católicas, hace que más bien que descanso semanal, lo que puede es hablarse de descanso dominical. Únicamente hay excepciones, también basadas en razones religiosas, como la Ley turca de 1925, o la de Irán de 1940, que lo establecen en viernes. Y aun en intentos o situaciones nacionales de tipo laico, que han pretendido desterrar el día de descanso del domingo, ha habido una fuerte corriente consuetudinaria que los ha vuelto a reunir*". HERNAINZ MÁRQUEZ: *Tratado elemental...*, op. cit., p. 526.

²⁰⁴² "*Pero aunque en el Contrato laboral sirve para aglutinar intereses privados, en él se entrecruzan y entremezclan intereses sociales. Junto a los derechos privados, se dan derechos y obligaciones de Derecho público (jornada, descanso dominical, prevención de accidentes, etc.), los contratantes pueden influir en ocasiones sobre el contenido de medidas impuestas por la*

La siguiente etapa jurídica en la materia viene definida por la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. El art. 25.1 LRL establece el descanso semanal de manera mucho más neutra que en períodos anteriores: *"El trabajador tendrá derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpidos que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo, salvo disposición legal expresa o autorización del Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical, que permita otro régimen de descanso laboral para determinadas actividades o empresas concretas, teniendo en cuenta sus necesidades y los intereses de las partes afectadas"*. La doctrina indicó rápidamente al respecto que se había producido una total secularización²⁰⁴³, lo que quizás era más un deseo que una realidad sociológica. Pero no hay que confundir los términos, una cosa es que el redactado sea efectivamente mucho más neutro que los netamente confesionales vigentes en momentos anteriores; y, otra cosa muy distinta, es que el concepto de descanso en domingo (que ciertamente no aparece con la noción de "descanso dominical") se hubiera secularizado de repente para trabajadores, empresarios y para el Estado. Todos ellos habían vivido bajo la sombra de un régimen intransigente y confesional en la materia, que a su vez no era más que un ulterior eslabón en el encadenamiento de regímenes confesionales anteriores (con la corta excepción de la II República). Como se verá, menos aún se puede hablar de total secularización, cuando el Estado firmará un concordato sobre descanso dominical y festivos en los términos que se dirán. Si bien es cierto que el precepto va dirigido al reposo, no es menos cierto que el domingo permanece como día por excelencia de descanso semanal, con lo que no se

Administración, pero en lo esencial han de respetar esas medidas". PÉREZ BOTIJA: *Contrato de trabajo y Derecho...*, op. cit., p. 11. Desde dicho prisma, todas las normas en materia de descanso dominical y festividades, que son una muestra de los intereses públicos, conforman la denominada "legislación protectora": *"En este grupo incluimos todas aquellas disposiciones de policía laboral que tienen por base motivos de seguridad o de moralidad públicos, o que tratan de proteger la salud y la personalidad del trabajador. Así, por ejemplo, la ley de Jornada y la de Descanso dominical, harán nulos aquellos contratos en donde se obliguen las partes a trabajar en domingo o más de ocho horas diarias y siempre y cuando no fueran aplicables las excepciones previstas por el legislador"* (pp. 36-37). El intervencionismo público tiene por finalidad asegurar el descanso del trabajador y sus necesidades de tipo moral: *"Con la institución del descanso semanal quedan inicialmente a cubierto los varios intereses religiosos, morales y aun puramente físicos del trabajador. Pero las modernas tendencias políticas y estatales vienen a converger, dentro de su evidente pluralidad de direcciones, en una tutela más decidida en favor del operario. Fundándose lo mismo en este acusado intervencionismo que en razones de evidente fuerza política, se procura en los Estados de hoy dar facilidades y aun encauzar los ocios y descansos de los obreros"*. HERNAINZ MÁRQUEZ: *Tratado elemental...*, op. cit., p. 539.

²⁰⁴³ En relación al art. 25.1 LRL: *"Quizá el aspecto más destacado a nivel teórico en la conceptualización del descanso ofrecida por la LRL radique en su completa secularización. Efectivamente, el descanso semanal en el Derecho español por encima de otras finalidades fisiológicas o sociales ha nacido y se ha desarrollado al menos en sus aspectos prácticos íntimamente ligado al cumplimiento de una función religiosa que la evolución de la vida social y jurídica tiene hoy por superada. De aquí que frente a la inicial consideración, todavía presente en la Ley 13 de julio de 1940, en la LRL se destaque hoy pura y simplemente el carácter de descanso semanal. De la concepción del domingo como día festivo por razones religiosas y por ello de descanso, se accede así a la consideración del derecho a un determinado reposo periódico"*. MATÍA PRIM, Javier: "Descanso semanal y anual. Permisos", en AAVV: *Diecisiete lecciones sobre la ley de relaciones laborales*. 1ª edición. Madrid: Universidad de Madrid, 1977, pp. 312-313. Y el autor aclara: *"Y no se opone a esta transformación la preferencia que la propia LRL establece en favor del domingo, que ahora adquiere simplemente el carácter de día tradicional y generalizado de descanso, en el que, por tanto, mejor pueden cumplirse las funciones sociales pertenecientes al mismo"* (p. 313).

rompe con la tradición católica que había sobrevolado sobre dicha legislación hasta ahora; y, en ningún caso se prevé de forma expresa ningún tipo de sensibilidad hacia otras confesiones minoritarias.

El art. 25.2 LRL está dedicado a las fiestas laborales en los siguientes términos: "*El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical, elaborará el calendario anual de fiestas laborales, especificando en él las declaradas legalmente de ámbito nacional, y las de carácter local. Las primeras no excederán de doce y las segundas de dos. Ninguna fiesta tendrá el carácter de recuperable a efectos laborales y todas serán retribuidas*"²⁰⁴⁴. Como se puede apreciar, el redactado del precepto es plenamente neutro en materia religiosa, lo que constata que una etapa nueva se acercaba, la era constitucional y democrática del Derecho del Trabajo.

4.3.2. El significado del domingo y otras festividades en la España democrática. La doctrina jurisprudencial en materia de descansos y festividades

Es sintomático que deba empezarse este epígrafe no por la Constitución de 1978, sino por el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano, que fue ratificado mediante Instrumento de 5 de diciembre (BOE de 15 de diciembre de 1979), pues a pesar del art. 16.3 CE y la supuesta secularización que había vivido la institución del descanso semanal, el art. III del Acuerdo no puede ser más claro: "*El Estado reconoce como días festivos todos los domingos. De común acuerdo se determinará qué otras festividades religiosas son reconocidas como días festivos*"²⁰⁴⁵. Obviamente no existe ningún otro acuerdo de

²⁰⁴⁴ En relación al art. 25.2 LRL: "*El problema fundamental que las festividades, sean religiosas o civiles, plantean es el de la necesidad de adecuación entre la finalidad por la cual se conceden - permitir al trabajador solemnizar la festividad participando en las celebraciones dispuestas - y las exigencias productivas, sociales, etc. afectadas por paralizaciones no racionalmente ordenadas de la actividad de trabajo*". MATÍA PRIM: "Descanso semanal y anual...", en AAVV: *Diecisiete lecciones...*, op. cit., p. 321.

²⁰⁴⁵ Sobre dicho precepto se ha dicho lo siguiente: "*Hay un precepto entre todos los Acuerdos que a mí me parece, dicho sea con todos los respetos, una clara señal de prepotencia, pero además gastando pólvora inútilmente. Me refiero, en concreto, a la frase primera del punto III, del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, entre el Estado Español y la Santa Sede (...). Prepotencia de la otra parte, al imponer tal regla, pero inútil - pienso -, pues bien arraigada está en la sociedad española la convicción de que los domingos son festivo, tengan o no un significado religioso para algunos*". MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: "Reflexiones sobre los acuerdos de cooperación del Estado con las federaciones evangélica, judía y musulmana. En los diez años de su vigencia", en AAVV: *Los acuerdos con las confesiones minoritarias. Diez años de vigencia*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2004, p. 267. Ni todos los españoles comparten la necesidad o convicción de que el domingo sea fiesta para toda la población (judíos, adventistas, musulmanes, un buen número de ateos, etc.), ni todas las personas que viven en España son españoles y por razón de su extranjería deben hacer fiesta necesariamente en un día concreto debido a determinada tradición religiosa. En pocas palabras, la falta de homogeneidad cultural que existe en España afecta al domingo como festivo. De hecho, tal afectación siempre ha sido puesta en duda en los países cristianos, ya que se han tenido que imponer un buen número de exenciones incluso a los mismos cristianos por razón de las actividades profesionales y laborales a realizar, como se ha podido observar en el análisis de la legislación preconstitucional. Menos sentido tiene hoy en la actualidad cuando las relaciones laborales se caracterizan por un grado sumo de flexibilidad: teletrabajo, distribución irregular de la jornada, trabajo por objetivos que desecha el tradicional tiempo de presencia en el puesto de trabajo, etc. En todo caso, es normal que por parte de la

naturaleza internacional con otras confesiones religiosas, en primer lugar porque no existe ningún Estado soberano que represente a tales confesiones (minoritarias) de igual modo que lo pueda hacer la Santa Sede; y, aunque existiera, tampoco parece que hubiera estado en la agenda del momento, ni en la actual.

En la Constitución española no se regula especialmente el domingo como día de descanso especial, ni se indican qué festividades hay que celebrar²⁰⁴⁶. No hace falta reiterar el contenido del art. 16 CE, especialmente de su tercer apartado (no confesionalidad), sí que quizás cabe destacar que su art. 40.2 CE nada dice de adaptar la jornada a las necesidades religiosas: "*Los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados*". Aunque en la presente investigación se defiende que ello se desprende del art. 16 CE, ya que el resto del articulado ha de interpretarse de acuerdo con los derechos fundamentales regulados previamente, aunque no hubiera estado de más que el constituyente lo hubiera previsto. Mas no se podía la intensificación constante de la pluralidad religiosa en España, sí que constaba perfectamente que las minorías religiosas habían estado postergadas los últimos siglos.

Es en el art. 37.1 ET donde se regula actualmente el descanso semanal: "*Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos. Resultará de aplicación al descanso semanal lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 34 en cuanto a ampliaciones y reducciones, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas*". Como se puede comprobar, su redactado es muy neutro y parecido al del art. 25.1 LRL.

Por otro lado, en la parte que aquí interesa, los festivos laborales son regulados del siguiente modo en el art. 37.2 ET: "*Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales. En cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España*". Así pues, el precepto de forma expresa sólo hace referencia a una sola festividad religiosa, de carácter católico, el día 25 de diciembre.

Producto del desarrollo reglamentario se dictó el Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio de Regulación de jornadas de trabajo, jornadas especiales y descansos. Dejando al

Iglesia Católica se desee una protección especial del descanso dominical, pues como confesión su doctrina así lo sustenta y es coherente con ella. Cosa distinta es que un Estado no confesional pacte con un Estado religioso un precepto que afectará a toda su población: católicos, creyentes de otras religiones y ateos.

²⁰⁴⁶ En cambio el art. 54 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay sí que recoge derechos laborales, incluidos una referencia a los descansos: "*La ley ha de reconocer a quien se hallará en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral. El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado*". No se dice cuándo ha de ser el descanso semanal y se habla de la conciencia moral y cívica, como ciudadano.

margen los festivos autonómicos y locales, según su art. 45.1 las fiestas laborales de ámbito nacional de carácter retribuido y no recuperable, en cumplimiento del artículo III del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, son las siguientes:

- 15 de agosto, Asunción de la Virgen.
- 1 de noviembre, Todos los Santos.
- 8 de diciembre, Inmaculada Concepción .
- Viernes Santo.
- Jueves Santo.
- 6 de enero, Epifanía del Señor .
- 19 de marzo, San José, o 25 de julio, Santiago Apóstol.

O sea, que fruto de un acuerdo internacional con una de las confesiones religiosas, la mayoritaria, se pactaron al inicio de la era democrática unas fiestas de origen religioso que han de cumplir en su conjunto empresarios y trabajadores, sean creyentes no, o tratarse de ser creyentes, lo sean de otras confesiones religiosas.

Asimismo, no ha de perderse de vista en ningún momento que el art. 2.1.b) LORL establece que la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a conmemorar sus festividades.

No es hasta la significativa fecha de 1992 que el legislador toma la iniciativa y se materializan los Acuerdos con las confesiones minoritarias que, obviamente, no tienen ni mucho menos la misma naturaleza jurídica que los tratados internacionales cerrados con la Santa Sede; ni menos aún muestran una intención de encauzar seriamente las relaciones entre el Estado y las confesiones minoritarias, al menos en el terreno laboral²⁰⁴⁷. En dichos acuerdos se regula el tiempo de trabajo en cuanto festivos y descanso semanal de un modo claramente poco operativo e incompleto:

- Art. 12.1 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, aprobado por la Ley 24/1992 (BOE de 12 de noviembre de 1992): "*El descanso laboral semanal, para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas, pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, cuyo día de precepto sea el sábado, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general*".

²⁰⁴⁷ De forma muy crítica sobre el cauce utilizado: "¿Alguien entendería que otros derechos fundamentales, como los contenidos en el Artículo 20 de la Constitución española, como son el derecho de expresión y libre difusión de pensamientos, ideas y opiniones, o la misma libertad de cátedra, tuviesen su desarrollo y concreción última, no en la ley sino mediante convenios firmados entre el Estado y la Sociedad General de Autores, o con los sindicatos y asociaciones de profesores? ¿Sería a su vez aceptable, por otra parte que las citadas entidades, a su vez, pudiesen obtener del Estado en razón a su capacidad negociadora, convenios de contenido desigual, que en definitiva, dimensionasen de diferente manera el alcance que ha de darse a la libertad de expresión o cátedra de sus asociados, en razón al «notorio arraigo» antigüedad de la asociación y número de sus asociados?". MAYORAL CORTÉS: "Libertad religiosa y laicidad...", en AAVV: *La nueva realidad religiosa...*, op. cit., pp. 246-247.

- Art. 12 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, aprobado por la Ley 25/1992 (BOE de 12 de noviembre de 1992):

1) Apartado primero: *"El descanso laboral semanal, para los fieles de Comunidades Israelitas pertenecientes a la FCI, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general"*.

2) Apartado segundo: *"Las festividades que a continuación se expresan, que según la Ley y la tradición judías, tienen el carácter de religiosas, podrán sustituir a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 37.2, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de las personas a que se refiere el número anterior, y en los términos previstos en el mismo."*

– Año Nuevo (*Rosh Hashaná*), 1.º y 2.º día.

– Día de Expiación (*Yon Kippur*)²⁰⁴⁸.

– Fiesta de las Cabañas (*Succoth*), 1.º, 2.º, 7.º y 8.º día.

– Pascua (*Pesaj*), 1.º, 2.º, 7.º y 8.º día.

– Pentecostés (*Shavuot*), 1.º y 2.º día".

- Art. 12 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, aprobado por la Ley 26/1992 (BOE de 12 de noviembre de 1992):

1) Apartado primero: *"Los miembros de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la «Comisión Islámica de España» que lo deseen, podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán). En ambos casos, será necesario el previo acuerdo entre las partes. Las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas sin compensación alguna"*.

2) Apartado segundo: *"Las festividades y conmemoraciones que a continuación se expresan, que según la Ley Islámica tienen el carácter de religiosas, podrán sustituir, siempre que medie acuerdo entre las partes, a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 37.2, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de los fieles de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la «Comisión Islámica de España»."*

– *AL HIYRA*, correspondiente al 1.º de Muharram, primer día del Año Nuevo Islámico.

– *ACHURA*, décimo día de Muharram.

– *IDU AL-MAULID*, corresponde al 12 de Rabiul Awwal, nacimiento del Profeta.

– *AL ISRA WA AL-MI'RAY*, corresponde al 27 de Rayab, fecha del Viaje Nocturno y la Ascensión del Profeta.

²⁰⁴⁸ Diez días más tarde del Año Nuevo judío (*Rosh ha shana*) tiene lugar el Día del Perdón (*Kipur*): *"Es el período durante el cual, según la más ortodoxa tradición hebrea, los hombres de la tierra son sometidos a juicio ante el Juez Celestial. En el Kipur los judíos intentan, como ha dicho un célebre rabino, la imitación evangélica. A semejanza de las criaturas celestiales, no prueban bocado, no ingieren bebida alguna, no se dejan seducir por ninguna especie de apetencias humanas; su único anhelo a lo largo de la jornada se reduce a la glorificación divina"*. SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones no católicas...*, op. cit., pp. 205-206.

– IDU AL-FITR, corresponde a los días 1.º, 2.º y 3.º de Shawwal y celebra la culminación del Ayuno de Ramadán.

– IDU AL-ADHA, corresponde a los días 10.º, 11.º y 12.º de Du Al-Hyyah y celebra el sacrificio protagonizado por el Profeta Abraham".

Como es fácilmente comprobable toda la regulación referente a las tres comunidades minoritarias respecto el descanso semanal y las festividades es puramente programática, ya que se condiciona a un eventual acuerdo entre empresa y trabajador, o entre representantes de los trabajadores y empresa si se trata de acuerdos colectivos; todo queda en manos de una negociación que en muchas ocasiones ni se empezará, pues necesita de la voluntad de ambas partes²⁰⁴⁹. En dicho sentido, ya era suficiente la autonomía de la voluntad de las partes, ya sea la individual, como la colectiva, reconocida en el Estatuto de los Trabajadores, sin necesidad de regulación alguna. De este modo, el legislador laboral ha llegado al siglo XXI sin que se haya tomado realmente en serio la acomodación de las relaciones de trabajo a las necesidades religiosas en relación al tiempo de trabajo. Así, con altas dosis de razón ha llovido multitud de críticas de diversa índole en relación a la regulación de los Acuerdos: insuficiencia de la protección otorgada a las convicciones de los creyentes²⁰⁵⁰; aumento de la confusión entre actividad de cooperación y las manifestaciones directas del derecho a la libertad religiosa²⁰⁵¹; se trata de sucedáneos de convenios colectivos y el Estado se erige como un teólogo que clasifica las creencias religiosas²⁰⁵²; indeterminación del clausulado referente a los descansos y debilidad al condicionarlos al acuerdo entre las partes²⁰⁵³; dejar la regulación

²⁰⁴⁹ Una negociación que no es nada fácil, no sólo en España, sino tampoco en los Estados Unidos: *"The complicated structure of the annual and weekly work schedule, influenced by Christian (and to lesser extent, Jewish) liturgical calendars, is the context in which discussions of religious requests for accommodation from work time should take place. Although all people of faith who wish to celebrate their holy days as nonworking days face some degree of challenge and negotiation with their employer, those challenges and negotiations are not equivalent. Rather, in general terms they are increasingly difficult, respectively, for Christians, Jews, and Muslims"*. HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 81.

²⁰⁵⁰ En concreto respecto al Acuerdo con FERED 1992, aunque dicha crítica sirve para los otros dos Acuerdos: *"La actual redacción de las normas sobre descanso semanal que se mencionan en los Acuerdos de Cooperación concede poca protección al derecho del trabajador a conmemorar sus festividades. Por ello, creemos que debe incluirse el descanso semanal como derecho del fiel, siempre que resulte compatible con la organización laboral respectiva y sin perjuicio del normal funcionamiento de los servicios mínimos establecidos, y no como una mera posibilidad, si existe acuerdo entre el trabajador y el empresario"*. GRAU BELTRÁN: "El protestantismo en España...", en AAVV: *La nueva realidad religiosa...*, op. cit., p. 112.

²⁰⁵¹ Se critica que los Acuerdos firmados por el Estado en 1992 con las confesiones minoritarias puedan confundir entre lo que constituye cooperación estatal y lo que es una manifestación de la libertad religiosa, como es el caso del descanso sabático, que no es recogido en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. MARTÍNEZ-TORRÓN: "La Ley Orgánica de Libertad Religiosa...", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal...*, op. cit., p. 62.

²⁰⁵² *"Los pactos que hasta ahora se han celebrado tienen una estructura similar a la de los convenios colectivos de trabajo. El Estado no fija la unidad negociadora por sectores – metal, construcción, etc.- sino por creencias. Nos encontramos así ante un Estado en cierto modo teólogo, que clasifica las creencias por sectores, fijando la unidad negociadora a la que las confesiones religiosas pueden acogerse"*. GONZÁLEZ DEL VALLE: "Las confesiones religiosas...", en AAVV: *Encuentro de las tres...*, op. cit., pp. 179-180.

²⁰⁵³ *"Habida cuenta la indeterminación de la cláusula contenida en estos Acuerdos, y de la difícil situación en que deja a los trabajadores al condicionar la eficacia del derecho a conmemorar las festividades religiosas al acuerdo entre las partes - con las dificultades que ello conlleva para el efectivo ejercicio del derecho por parte de los fieles -, parece que el lugar apropiado para dar virtualidad práctica a tal derecho son los convenios colectivos. No sólo se constituyen en el*

de los descansos a un acuerdo entre las partes es como dejarlos en manos del empresario, pues se trata de una relación jurídica desigual²⁰⁵⁴; no suponen ninguna obligación de acomodación de las condiciones de trabajo, sino una mera declaración de buenas intenciones²⁰⁵⁵; entre otra infinidad de críticas doctrinales.

En los proyectos de Acuerdo de 1990 con los judíos y los protestantes el descanso semanal por razones religiosas se erigía como un verdadero derecho. Así, si se analiza el apartado IV del Proyecto de Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España de fecha de 31 de enero de 1991 se verá que el Consejo de Estado desaconseja la propuesta de redactado en base sobre todo a la STC 19/1985 de la que se tratará aquí, y concluye lo siguiente: "*El Consejo de Estado es de opinión, pues, que el régimen contenido en el proyectado artículo 13 del Acuerdo, no es una consecuencia del principio de libertad religiosa y de la cooperación, y, por el contrario, resultaría contrario al sistema legal propio, con una intensidad que no es disponible para el legislador*".

Por el contrario, Italia ha ido cerrando acuerdos (*intese*) para solventar esta tipología de controversias. Así, en esta materia son de aplicación, por ejemplo, el art. 4 de la Intesa con los israelitas, o el art. 17 de la Intesa con los adventistas. Por ejemplo, el art. 17.1 de la *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno* reconoce el derecho al descanso sabático (L. 22 novembre 1988, n. 516): "*La Repubblica italiana riconosce agli appartenenti alle Chiese cristiane avventiste il diritto di osservare il riposo sabatico biblico che va dal tramonto del sole del venerdì al tramonto del sabato*". Por otro lado, el art. 4.1 de la *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane* (L. 8 marzo 1989, n. 101) reconoce asimismo el descanso sabático: "*La Repubblica italiana riconosce agli ebrei il diritto di osservare il riposo sabbatico che va da mezz'ora prima del tramonto del sole del venerdì ad un'ora dopo il tramonto del sabato*". En el art. 5 se reconocen las festividades judías más tradicionales.

instrumento indicado para determinar las concretas condiciones de trabajo para un determinado sector en un ámbito geográfico determinado sino porque además, en la negociación de dichos convenios los trabajadores están en mejores condiciones de hacer valer sus derechos de las que se encuentran un único trabajador a la hora de acordar los términos del contrato con el empresario". ROSSELL GRANADOS: *La no discriminación...*, op. cit., p. 122.

²⁰⁵⁴ "*Hacer depender su efectividad del mencionado acuerdo entre las partes, dada la posición de superioridad jurídica del empresario en la relación, es prácticamente dejar en sus manos el otorgar o no el derecho a conmemorar las festividades de las confesiones minoritarias*". MOTILLA DE LA CALLE, Agustín: "Ley Orgánica de Libertad Religiosa y acuerdos con las confesiones: experiencia y sugerencias de iure condendo", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Iustel, 2009, p. 878. En el mismo sentido: MOTILLA DE LA CALLE: "La reforma de los acuerdos...", en AAVV: *Los acuerdos con las confesiones...*, op. cit., p. 47.

²⁰⁵⁵ "*El débil reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia por razones de descanso sabático se comprueba, sobre todo, en el ámbito de las relaciones laborales, donde la observancia de ese deber moral religioso no da lugar, en realidad a derecho alguno, según la redacción actual del artículo 12, que sólo contiene una declaración de buenas intenciones. El respeto del forzoso descanso laboral en los días decretados por la propia religión se plantea en términos puramente hipotéticos, remitiendo la materia al acuerdo entre las partes, lo que significa tanto como dejarla en manos de la discreción - quizá arbitrariedad - del empresario. A éste no se le impone ninguna obligación de intentar una compatibilización entre la organización laboral y lo que demanda la conciencia del trabajador*". MARTÍNEZ-TORRÓN: "Diez años después...", en AAVV: *Los acuerdos con las confesiones...*, op. cit., pp. 122-123, y 125.

En el caso de Israel la legislación, sin necesidad de acuerdos como en España o Italia, se adapta a las necesidades de los trabajadores de diferentes convicciones. Al crearse el Estado de Israel se promulgó una Ordenanza de Días de Descanso (1948). Dicha norma se expresa en los siguientes términos: “*The Shabbat and Jewish festivals (...) shall be the prescribed days of rest in the state of Israel. Non-Jews shall have the right to observe their own Shabbat and festivals as days of rest*”. En 1951 entró en vigor una Ley sobre jornada de trabajo y descanso. Dicha norma prevé que los días de descanso semanales incluya en el caso de los judíos el Shabbat. No obstante, la norma permite a los no judíos optar alternativamente por descansar el sábado o el viernes o el domingo, según las preferencias de cada trabajador. La misma regla es de aplicación a las celebraciones religiosas anuales, tanto judías como no judías²⁰⁵⁶.

En la Ley de horas de trabajo y descanso israelí de 1951 prohíbe emplear a trabajadores en días considerados como de descanso. Ningún trabajo está permitido en el día semanal de fiesta, a menos que lo autorice de forma individualizada el Ministro de Trabajo. De hecho, el Ministro de Trabajo puede autorizar la prestación de servicios en un día festivo en ciertos supuestos especiales, que son considerados una excepción a la regla general prohibitiva; lo que recuerda al sistema de descanso dominical tradicional español, si no fuera obviamente por la imposibilidad de elegir el día de fiesta semanal, como se ha avisto. Además, la citada ley prohíbe que el empleador rechace un candidato a un puesto de trabajo por el mero hecho de que dicho aspirante afirme que por razón de sus convicciones religiosas no trabajará los días de fiesta que su religión le imponga. De acuerdo con la citada ley sólo una persona que observe los preceptos de su religión puede rechazar prestar servicios en dichos días de descanso. Es interesante destacar que la ley permite al empleador que requiera al trabajador para que firme una declaración escrita en el que se manifieste que sus convicciones religiosas le prohíben trabajar ciertos días, ingerir ciertos alimentos o, por ejemplo, viajar durante el Shabbat; extremo del todo impensable en España ex art. 16.2 CE. Obviamente las prohibiciones de discriminación establecidas por la ley por razones religiosas no son de aplicación a los trabajadores que prestan servicios en sectores de actividad tales como seguridad pública, hoteles o mantenimiento de servicios esenciales para la comunidad²⁰⁵⁷.

En el Reino Unido la mayoría de festividades cristianas son consideradas como días festivos a todos los efectos. Como ocurre en España las minorías religiosas no disfrutan de tal regulación para sus propias fiestas religiosas. La jurisprudencia británica considera procedente el despido de trabajadores que por razones de observancia religiosa de una fiesta no asiste a su puesto de trabajo²⁰⁵⁸. Así, es posible que se den muchos casos de asimilación, pero al mismo tiempo no es de extrañar que se puedan generar a la larga graves conflictos de convivencia en aquellos casos en que la asimilación cultural y religiosa resulte fallida²⁰⁵⁹.

²⁰⁵⁶ MAOZ, Asher: “Religious human rights in the State of Israel”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, p. 377.

²⁰⁵⁷ MAOZ: “Religious human rights...”, en AAVV: *Religious human rights...*, op. cit., p. 378.

²⁰⁵⁸ CUMPER, Peter: “Religious liberty in the United Kingdom”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, p. 230.

²⁰⁵⁹ A veces es difícil de determinar donde se detecta un fenómeno de genuino mestizaje cultural y religioso y donde una simple asimilación. En Southall, una zona culturalmente muy rica de Londres, se ha identificado el siguiente fenómeno: “*The worship in Sikh and Hindu temples has*

En la India se reconocen catorce fiestas federales, conocidas como "*central holidays*", ya que esos días cierran los bancos y todas Administraciones públicas, incluido el servicio de correos. Asimismo, muchos negocios siguen este calendario de festivos. No obstante, dicho calendario afecta poco a los trabajadores del sector privado. A diferencia de los Estados Unidos donde sólo un festivo estatal posee un origen religioso, la Navidad, en la India once de los catorce festivos tiene un origen religioso. Ahora bien, tales festivos no tienen ni muchos menos su origen en una confesión religiosa, sino que el calendario federal está formado por festivos de diversas tradiciones: dos hindúes, un sij, un jainista, un budista, cuatro musulmanes y dos cristianos. Al mismo tiempo cada Estado de la India posee su propio calendario de días festivos en los que las empresas privadas y las Administraciones públicas no realizan actividad alguna. La diversidad cultural y religiosa de los diferentes Estados provoca que dichos calendarios sean muy diferentes entre ellos²⁰⁶⁰.

En Singapur se incentiva el respeto a la pluralidad religiosa en el sector público y en el privado a través del calendario de fiestas estatal. De diez fiestas estatales, tres son seculares, pero las otras siete tienen un origen religioso. Ahora bien, se trata de festividades de las diversas confesiones religiosas: dos son cristianas, dos musulmanas, una budista, una hindú y la otra relacionada con creencias religiosas chinas. Todos los trabajadores de la Administración disfrutan de tales festivos retribuidos. Los creyentes de una de las religiones representadas en el calendario de festividades a menudo se le otorga el derecho a disfrutar de medio día de vacaciones el día anterior a la festividad señalada. La mayoría de empresas privadas siguen el calendario oficial. Al mismo tiempo, las autoridades se responsabilizan de sufragar los gastos de las decoraciones de

come to focus on a Sunday morning ritual performed by the whole congregation, a change of tradition that has also been observed in other parts of London (...). This clearly reflects the hegemonic influence of British public culture, just as blue jeans reflected the hegemonic influence of American culture". BAUMANN: The multicultural..., op. cit., p. 131. Ante dicha situación de cambio de costumbres religiosas por una minoría para ajustarse a las costumbres de la mayoría (descanso dominical) cabe preguntarse legítimamente hasta qué punto influye la legislación laboral inglesa, que probablemente, imbuida de su ascendencia anglicana, prepondera la fijación del festivo semanal en domingo en perjuicio de otras posibilidades. Dicho fenómeno no sólo ocurre con el descanso dominical, sino también con la celebración de la Navidad en Southall: "Entering the domains of religious ritual, there is hardly a Sikh or Hindu home where families fail to celebrate Christmas Almost all of the find that they have to give in to their children's wish to join the «English» rituals of posting Christmas cards and putting up a decorated Christmas tree, singing songs of Santa and reindeer, and feasting on an, often vegetarian, adaptation of Christmas dinner. These kinds of convergence can be interpreted as an evil piece of white cultural imperialism (...), or they can be interpreted as a challenge to the so-called Durkheimian theory of ritual" (p. 129). El mestizaje cultural y religioso siempre ha existido. Un buen ejemplo es el de las zonas de América conquistadas por los españoles. A menudo es difícil discernir un proceso de asimilación de un proceso de fusión, y aún más, cuando se trata de conductas relacionadas con festividades religiosas es más difícil concretar hasta qué punto ha incidido la secularización de las costumbres.

²⁰⁶⁰ HICKS: *Religion and the workplace..., op. cit., pp. 143-144. Como indica dicho autor, el debate siempre permanece abierto: "the holidays are negotiated within each context as an important, and often contested, communal issue. For example, in the state of Maharashtra, but not in other states, the Parsee New Year is a holiday. In this way, states seek to adapt to the religious diversity of their particular population, but it is seldom without protest. There are frequent debates, sometimes quite fiery, over which holidays should gain recognition. In addition to closed holidays, government and some private-sector offices determine their own list of restricted or optional holidays, from which each employee (whether in government or private-sector employment) may choose a set number of additional - usually two or three - holidays".*

las diferentes festividades religiosas, ya sea la Navidad, ya sea el Año Nuevo Chino, ya sea otra²⁰⁶¹.

Tampoco el Derecho comunitario ha tenido en cuenta realmente la cuestión. Así, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo ha establecido unos mínimos para que los Estados miembros tengan en cuenta la salud de los trabajadores en sus ordenamientos laborales en relación a los tiempos de trabajo y descansos. Lógicamente, en el establecimiento de los mínimos se han incluido excepciones y se han tenido en cuenta las problemáticas productivas y organizativas. Lo que no ha tenido en cuenta la ley son las necesidades religiosas de ciertos trabajadores, ni siquiera de forma programática. La única referencia a aspectos religiosos es la autorización a los Estados de excluir la aplicación de ciertos aspectos de la norma a los trabajadores en actividades litúrgicas de iglesias y comunidades religiosas.

Si el Derecho comunitario no ha supuesto ninguna fuente de obligaciones relevantes para los Estados miembros en relación al binomio trabajo - convicciones religiosas de los trabajadores, tampoco para España, más allá de lo ya analizado en el apartado en que se ha comentado las normas internacionales y comunitarias (de especial incidencia es la normativa en materia de prohibición de discriminación); la negociación colectiva no ha supuesto hasta el momento y de modo general una herramienta útil para facilitar a empresas y trabajadores la acomodación de las condiciones de trabajo en relación a los tiempos de dicho trabajo²⁰⁶². Como ya se ha dejado dicho en otra parte de la investigación, la negociación colectiva potencialmente podría jugar un rol muy relevante en relación a facilitar los ajustes necesarios en las condiciones de trabajo, pues es fruto de la negociación y permite prever aquellas controversias que puedan surgir en zonas, empresas y sectores concretos. Teniendo en cuenta que los Acuerdos alcanzados con las confesiones minoritarias supeditan cualquier cambio en la materia al acuerdo entre empresa y trabajador, dado el poder negociador individual de los trabajadores, y además muchos de ellos con desconocimiento de la lengua, de las costumbres, con poca formación profesional y quizás poca experiencia en el sector, hacen que la negociación colectiva sea un cauce mucho más adecuado de acomodación²⁰⁶³.

²⁰⁶¹ HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 152

²⁰⁶² Algunas razones de dicha disfunción son las características de los negociadores por parte de los trabajadores o simplemente el desconocimiento de la temática y su significación: "*La cultura de la igualdad y la protección de la diferencia no está arraigada en los sujetos negociadores, dado que la mesa negociadora sigue formada en términos generales por hombres, blancos, no discapacitados, católicos, quienes no se ven sensibilizados de igual modo por un efecto, el de ser diferente, que no les afecta. Como resultado, más allá de las cláusulas generales que se exigen formalmente, no es frecuente incorporar este tema a la negociación, y no necesariamente por mala fe o por la búsqueda de otros logros, sino por puro desconocimiento. Así las cosas, mientras no haya una verdadera cultura de la integración, la obligación genérica antidiscriminatoria tiene de facto un alcance limitado, al no venir acompañada de obligaciones específicas*". NÚÑEZ GONZÁLEZ: *Interculturalidad y derecho...*, op. cit., p. 86.

²⁰⁶³ "*Habida cuenta la indeterminación de la cláusula contenida en el Acuerdo con los islámicos, y de la difícil situación en que deja a los trabajadores al condicionar la eficacia del derecho a conmemorar las festividades religiosas al acuerdo entre las partes – con las dificultades que ello conlleva para el efectivo ejercicio del derecho por parte de los fieles de las comunidades islámicas –, parece que el lugar apropiado para dar virtualidad práctica a tal derecho son los convenios colectivos. Dichos convenios constituyen el instrumento indicado para determinar las concretas condiciones de trabajo para un determinado sector en un ámbito geográfico determinado. Por lo demás, en el caso concreto que nos ocupa, cabe significar que en la negociación de dichos*

Desde un punto de vista empírico se ha constatado que en aquellos casos en que los convenios colectivos han introducido algún tipo de medida de acomodación de las condiciones de trabajo en materia de tiempos de trabajo y festividades y en función de las convicciones religiosas del trabajador ha sido en aquellos casos en los que los trabajadores del sector o la zona son masivamente creyentes de religiones minoritarias. Por tal razón, en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla existen convenios que prevén tales necesidades. Es el caso del art. 26.7 del Convenio Colectivo del Sector de Panadería de Melilla (BO. Ciudad de Melilla 16 enero 2004): "*En cualquier caso los días 25 de diciembre, 1 de enero, 1 de Mayo y la fiesta musulmana denominada Aid-El Kabir, se cerrará obligatoriamente, sin que haya lugar a actividad laboral alguna. En caso de que la fiesta musulmana Aid-El Kabir, coincidiera en el descanso habitual del trabajador, por ser festivo, pasará al día siguiente hábil*"; el Acuerdo de declaración de días inhábiles por terminación de Ramadán de Convenio Colectivo de Construcción de la Ciudad de Melilla (BO. Ciudad de Melilla 10 noviembre 2006); el art. 11 del Convenio Colectivo de sector de Hostelería de ciudad de Ceuta (BO. Ciudad de Ceuta 9 abril 2013)²⁰⁶⁴; el art. 10.h) del Convenio Colectivo del Sector de Comercio de Ceuta (BO. Ciudad de Ceuta 25 enero 2013); el Anexo V del Convenio Colectivo del sector de la construcción de Ceuta (BO. Ciudad de Ceuta 25 enero 2013); el art 12 del Convenio Colectivo del sector de transporte de mercancías de Ceuta (BO. Ciudad de Ceuta 25 noviembre 2011); el art 13 del Convenio Colectivo del Sector del metal de Ceuta (BO. Ciudad de Ceuta 2 mayo 2014), etc.

Pero también los hay en otras zonas y sectores que, por ejemplo, prevén festividades diferentes a las católicas. Así, el art. 24 del convenio colectivo del Sector "Trabajo en el Campo", de las Islas Baleares (BO. Illes Balears 15 febrero 2003) es del siguiente tenor: "*Los trabajadores que, por sus ideas religiosas, celebren fiestas diferentes a las del calendario laboral con un máximo de dos días por año, por ejemplo «La Fiesta Chica» y «La Fiesta del Cordero» disfrutarán de un día de permiso no retribuido coincidiendo con la fecha en que cada una de ellas tenga lugar. Así mismo durante el mes del Ramadán la jornada podrá ser continuada*"; el art 23 del Convenio Colectivo de Trabajo del sector trabajo en el campo de Almería (BO. Almería 24 abril 2013) prevé un permiso especial con ocasión del Ramadán cuyo redactado es relativamente extenso; el art. 15 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de Actividades Agropecuarias de León (BO. León 21 enero 2013) establece que "*durante el mes del Ramadán, la jornada podrá ser continuada*", etc.

Como también se ha avanzado en otro apartado, es del todo necesario desterrar de los convenios colectivos aquellas referencias a las necesidades religiosas que sólo puedan

convenios los trabajadores están en mejores condiciones de hacer valer sus derechos de las que se encuentra un único trabajador a la hora de acordar los términos del contrato con el empresario". GARCÍA-PARDO GÓMEZ: "Descanso semanal y festividades...", en AAVV: Los musulmanes en España..., op. cit. p. 186.

²⁰⁶⁴ Al final del art. 11 se realiza una adaptación de la Ley Orgánica de la Libertad Religiosa: "*De acuerdo con la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa y conforme al acuerdo de cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España de 28 de Abril de 1992, las festividades y conmemoraciones que a continuación se expresan se expresan que según la Ley Islámica tienen el carácter de religiosa, podrán sustituir a cualquiera de las establecidas a nivel nacional o local, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables. Tal petición de sustitución será a petición de los fieles de las Comunidades Islámicas de España, obrando como criterio general la concesión de la permuta de las fiestas siempre que las necesidades del servicio para atención al cliente así lo permitan. El día de IDU AL-FTIR celebra la culminación del Ayuno de Ramadán*".

cumplir los miembros de una de las confesiones, que suele ser la mayoritaria. Así, si se establecen permisos retribuidos por causa de acontecimientos religiosos, se deberían prever acontecimientos o supuestos que incluyan en lo posible a todas las confesiones, incluso a los trabajadores que no sostengan ninguna convicción religiosa. En caso contrario es fácil que se esté ante disposiciones de carácter discriminatorio²⁰⁶⁵.

Ante una legislación tan parca en la materia, la jurisprudencia española ha intentado ofrecer soluciones a las controversias que tímidamente se han ido planteando a lo largo de los últimos años. Si en España los Acuerdos de 1992 han resultado a la práctica inocuos en materia de descansos; la doctrina jurisprudencial no ha corrido mejor suerte y se puede decir que desde el año 1985 no se ha avanzado mucho más allá de las tesis contractualistas defendidas a capa y espada por la STC 19/1985²⁰⁶⁶. Ante un panorama jurídico diseñado para disfrutar del descanso dominical no resulta extraño que algunas de las controversias hayan sido planteadas por trabajadores adventistas²⁰⁶⁷.

En todo caso, antes de entrar a analizar las controversias planteadas en España se hará referencia a una sentencia de la justicia europea anterior a la entrada en vigor de la Constitución. Se trata de la STJUE de 27 de octubre de 1976, asunto 130/75, caso Prais, que trata de la problemática de los descansos por razones religiosas. En el caso analizado una ciudadana inglesa debía presentarse a una convocatoria pública para optar

²⁰⁶⁵ "La mayoría de los convenios colectivos eluden tratar las posibles diferencias religiosas de sus empleados, y, en casos tan señeros como la concesión de permisos, ciertos pactos arrastran la herencia de un Estado confesional católico, concediendo igual permiso para el caso de la primera comunión o bautizo, si bien existen excepciones (igualan a todos los empleados concediendo el permiso para actos semejantes según la religión)". AAVV: *Inmigración, religión y trabajo...*, op. cit., p. 67.

²⁰⁶⁶ Incluso se ha calificado la doctrina jurisprudencial española de "fossilizada" cuando ha sido comparada con la emanada del Tribunal Supremo del Canadá, mucho más elástica. SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO: *Musulmans a Catalunya...*, op. cit., p. 69. Respecto a la STC 19/1985 y la doctrina jurisprudencial mayoritaria en dicha línea se ha enfatiza la inexistencia de esfuerzo alguno por parte de los operadores jurídicos por encontrar fórmulas que, sin perjudicar los intereses empresariales, permitan al trabajador cumplir con sus obligaciones religiosas. En tal sentido *vid.* CASTRO JOVER, María Adoración: "La función de la laicidad en una sociedad plural", en AAVV: *Derechos humanos, minorías culturales y religiosas en Colombia y en España*. 1ª edición. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2008, p. 146.

²⁰⁶⁷ Precisamente el respeto del sábado es la característica que los define por excelencia frente a otros cristianos: "Por cuanto el sábado es un día de comunión especial con Dios, en el cual se nos invita a celebrar gozosos sus benditas actividades en la creación y la redención, es importante que evitemos cualquier cosa que tienda a disminuir su atmósfera sagrada. La Biblia especifica que en el sábado debemos cesar nuestro trabajo secular (...), evitando todo el trabajo que se hace para ganarse la vida, y todas las transacciones de negocios (...). Si dedicamos este día a complacernos a nosotros mismos, a ocuparnos en intereses, conversaciones y pensamientos seculares o en actividades deportivas, estaremos disminuyendo nuestra comunión con nuestro Creador y violando el carácter sagrado del sábado. Nuestra preocupación por el mandamiento del sábado debe extenderse a todos los que estén bajo nuestra jurisdicción: Nuestros hijos, los que trabajan para nosotros, y hasta nuestra visitas y animales domésticos (...), con el fin de que ellos también puedan gozar de las bendiciones del sábado". AAVV: *Creencias de los Adventistas...*, op. cit., p. 305. No sólo se infiere del texto citado la gran relevancia para los adventistas de respetar el carácter sagrado del sábado, sino que se desprende asimismo que el empresario con creencias adventistas, por razones de tipo religioso, ayudará a sus trabajadores a poder ajustar la jornada semanal para librar en sábado. Lo que no se indica es si dichas facilidades serán también respecto a trabajadores que no siendo de la misma confesión, observen el sábado como día de descanso (judíos); u otras confesiones que necesiten de una jornada especial en momentos determinados (por ejemplo, los musulmanes los viernes). Si se facilitara a unos la acomodación y a otros no por razones estrictamente religiosas se produciría una clara discriminación.

al puesto de traductora de inglés para las instituciones europeas, concretamente para el Consejo. El 25 de abril de 1975 la candidata informó por escrito al Consejo que el 16 de mayo de 1975 no podría asistir a la prueba escrita que debía realizarse simultáneamente en Bruselas y Londres porque era el primer día de la fiesta Shavuot (Pentecostés), durante el cual no está permitido viajar o escribir. Así pues, solicitó al Consejo poder realizar la prueba en otro día. La Administración europea contestó el 5 de mayo de 1975 que la candidata no podía realizar la prueba otro día, ya que era esencial que todos los candidatos realizaran la prueba escrita el mismo día. La demandante postula ante el Tribunal que se anularan los resultados, puesto que no pudo asistir finalmente a la convocatoria por razón de sus convicciones religiosas.

El Tribunal rechaza la demanda porque el principio de igualdad debe prevalecer en las pruebas de la convocatoria. Al mismo tiempo, sostiene que si el candidato no informa a la Administración con suficiente antelación de sus dificultades para asistir a la convocatoria, la negativa de dicha Administración de buscar una fecha alternativa estará perfectamente justificada, particularmente si existen otros candidatos que han sido convocados asimismo para realizar el examen. El Tribunal afirma que no obstante sus conclusiones desestimatorias de la demanda, "*it is desirable that an appointing authority informs itself in a general way of dates which might be unsuitable for religious reasons, and seeks to avoid fixing such dates for tests*". En el presente caso no ha habido vulneración alguna de derecho porque no se informó a la Administración convocante antes de fijar la fecha. Si así se hubiera actuado, la Administración hubiera tenido que dar una solución compatible con las convicciones religiosas de la candidata. Como se puede apreciar, el Tribunal optó por una solución excesivamente formalista, teniendo en cuenta que la candidata había informado por escrito con antelación suficiente del problema con la fecha por motivos religiosos²⁰⁶⁸. En cambio, una solución contraria en un supuesto similar y perfectamente ajustada a lo que se espera del ejercicio del derecho a la libertad religiosa puede encontrarse en la STS (Sala contencioso-administrativa) de 6 julio 2015 (RJ 2015, 3459). En dicha sentencia se analiza el supuesto de una ciudadana adventista que solicita que se le respeten sus creencias en relación a una prueba selectiva realizada en sábado y de acuerdo con el art. 12.3 del Acuerdo contenido en la Ley 24/1992. El Tribunal entiende que la aspirante tiene el derecho a poder hacer la prueba de que se trate en un momento que se lo permitan sus convicciones religiosas, existiendo varias alternativas para solventar dicho conflicto entre obligación jurídica y obligación religiosa.

También resulta de interés la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 12 de marzo de 1981, caso Ahmad contra Reino Unido. En dicha decisión se analiza el supuesto de un trabajador británico originario de la India y de religión musulmana que prestaba servicios como profesor para la *Inner London Education Authority* (ILEA) tratando a niños con problemas de comportamiento. El trabajador cambió de centro de trabajo en varias ocasiones. Si bien en una de las escuelas se le permitía disponer de tiempo extra los viernes para llevar a cabo las oraciones preceptivas, en las otras no se le otorgaba dicha facilidad y el trabajador había llegado a tomarse el tiempo necesario sin permiso para ello. En la última escuela donde prestó servicios los superiores del director informaron a dicho director que el trabajador no estaba autorizado a tomarse tiempo extra para rezar, pues su solicitud había sido rechazada. Aunque en dicha escuela existía una

²⁰⁶⁸ MARTÍNEZ-TORRÓN: "La Ley Orgánica de Libertad Religiosa...", en AAVV: *La libertad religiosa...*, op. cit., pp. 445-446.

aula para rezar el trabajador se seguía tomando tiempo extra los viernes para orar. Ante la solicitud para poder tomarse tiempo libre para asistir a la mezquita para rezar los viernes, la ILEA había instado al trabajador a solicitar a la misma un trabajo como profesor a tiempo parcial compatible con sus necesidades, pero que en ningún caso le podía liberar de llevar a cabo las clases de los viernes por la tarde. La ILEA escribió al trabajador que si seguía tomándose tiempo libre los viernes debería transformarse su contrato de tiempo completo a tiempo parcial. Por su parte, el trabajador contestó que prefería ser despedido antes que aceptar un trabajo a tiempo parcial. Dos días después el trabajador dimitió y presentó demanda judicial afirmando que la extinción del contrato se produjo por causa de sus convicciones religiosas, que se vio forzado a dimitir porque la empresa no atendió a su solicitud. El Derecho laboral inglés establecía una equivalencia entre ser despedido y la renuncia forzada por las condiciones laborales.

Así pues, en cierto modo puede examinarse el presente caso como una objeción de conciencia: 1) existe un precepto religioso que obliga al trabajador a rezar los viernes, 2) dicha norma religiosa entra en contradicción con una obligación jurídica que establece que el trabajador debe prestar servicios los viernes por la tarde, 3) la empresa rechaza acomodar el horario según las convicciones religiosas del trabajador, 4) el trabajador incumple la norma jurídica en favor de la norma moral, 5) la empresa amenaza al trabajador en convertir su contrato de tiempo completo a tiempo parcial, 6) el trabajador dimite por verse forzado por la situación, supuesto que según el Derecho del Trabajo inglés equivale a un despido. El trabajador alegó que su horario sólo debía acomodarse cuarenta y cinco minutos semanales cada viernes y que estaba dispuesto incluso a no cobrarlos. El caso es interesante porque se discute si según las normas religiosas el trabajador musulmán debía o no acudir necesariamente a la mezquita a rezar los viernes. La Comisión considera que cuando el trabajador firmó el contrato de trabajo (en el año 1968) sólo existía una mezquita en Londres, con lo que si su postura es que debía acudir todos los viernes a la mezquita para rezar (independientemente de si es cierta o no dicha necesidad desde el punto de vista de la norma religiosa) significa que suscribió un contrato que no podía cumplir desde un principio, pues se estaba obligando a prestar servicios los viernes por la tarde (9). Es más, para la Comisión resulta relevante que el trabajador no sólo no indicó nada al solicitar el empleo, sino una vez estuvo prestando servicios, informó de forma tardía a la empresa de dicha necesidad, ni más ni menos que seis años (14). La Comisión enfatiza además que finalmente el trabajador después de dimitir aceptó el trabajo a tiempo parcial que le fue ofrecido y que sí era compatible con el cumplimiento de sus convicciones religiosas (15).

En otras circunstancias la extinción del contrato debería entenderse contraria a las convicciones del trabajador, pero en este caso la decisión de la Comisión parece razonable. Naturalmente, el trabajador estaba en su derecho a solicitar a la empresa que acomodara su situación según sus convicciones. Y todo apunta a que la citada acomodación no parecía muy gravosa para la empresa dadas las circunstancias del trabajo y que sólo afectaba a cuarenta y cinco minutos. No obstante, tiene razón la Comisión en que el trabajador suscribió el contrato de trabajo sabiendo que no lo podría cumplir los viernes. El más elemental principio de buena fe que debe rodear las relaciones laborales llevan a afirmar que el trabajador o bien debería haber indicado dicha circunstancia a la empresa, o bien no debería haber firmado el contrato por no poderlo cumplir (*pacta sunt servanda*). En ningún caso es razonable que el trabajador, ante la negativa de la empresa (que no tenía ninguna obligación jurídica de acomodar la

situación dadas las circunstancias), decidiera ausentarse continuamente de su trabajo. Es más, el trabajador pudiera haber sido sancionado o despedido, pero fue él mismo quien finalmente dimitió.

Cosa distinta es que la legislación laboral europea en materia de fiestas dista de ser neutral en materia religiosa. Nótese cómo la Comisión afirma lo siguiente: "*The Commission further observes in respect of the general question of religious and public holidays, discussed in the parties' submissions, that, in most countries only the religious holidays of the majority of the population are celebrated as public holidays. Thus Protestant holidays are not always public holidays in Catholic countries and vice versa*". Pues bien, salta a la vista que dicha situación no parece ajustarse al derecho a la libertad religiosa de las minorías. Aunque ciertamente es tarea de un Estado democrático legislar en materia de Derecho del Trabajo de forma neutral y teniendo en cuenta la aconfesionalidad del Estado; en el presente supuesto el trabajador no podía dejar de cumplir unas obligaciones jurídicas a las que él mismo se había sometido de forma voluntaria y sin que conste que dicho trabajador procediera a cambiar de convicciones religiosas en el transcurso de la ejecución del contrato de trabajo.

La primera decisión judicial española a tener en cuenta en esta materia es el ATC 578/1984 10 de octubre, que pone de manifiesto que una vez en democracia, las minorías religiosas no están ya dispuestas a dejar sus convicciones religiosas aparcadas fuera del trabajo en materia de descansos y festividades. En dicho caso una trabajadora se convirtió al adventismo de forma sobrevenida. De este modo, y de acuerdo con sus nuevas convicciones religiosas, era su deseo permanecer en inactividad laboral desde la puesta del sol del viernes a la puesta del sol del sábado, por lo que pidió a la dirección de la Empresa que le fuera cambiado el turno de trabajo de modo que le fuese posible esa práctica de contenido religioso, lo que no le fue concedido. La trabajadora fue finalmente despedida por no atenerse a dicha negativa empresarial. El Auto simplemente rechaza la condición de parte coadyuvante a la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España.

La sentencia clave en esta materia (lo que los juristas anglosajones llamarían *leading case*), y en general en materia de acomodación de las condiciones de trabajo a las convicciones religiosas del trabajador ha sido la tan criticada STC 19/1985, de 13 de febrero (BOE 5 de marzo de 1985). Dicha sentencia ya ha sido parcialmente comentada al tratar de la objeción de conciencia, y marca el momento en el que el Tribunal Constitucional empieza a entender el derecho a la objeción de conciencia y, por ende, de modo reflejo, del derecho a la libertad religiosa, de forma más restrictiva que en la doctrina jurisprudencial anterior. El caso trata de una trabajadora que fue despedida por abandono del puesto de trabajo y ausencias injustificadas a dicho puesto de trabajo. Así pues, hay que analizar dicha doctrina jurisprudencial de forma especialmente cautelosa, pues la trabajadora no solicita a la empresa adaptar su horario y/o jornada de acuerdo con sus convicciones religiosas y en ejercicio del derecho a la libertad religiosa (art. 16.1 CE); sino que simplemente no cumple como consecuencia de tales creencias las obligaciones jurídicas emanadas del contrato de trabajo y pretende que se le exima de tal cumplimiento amparándose en un derecho distinto, el de objeción de conciencia. Por tal razón, dicha sentencia ha sido analizada al tratar de la objeción de conciencia.

Consta en el relato fáctico de la sentencia que la trabajadora prestaba servicios para la empresa desde el 20 de septiembre de 1971 y que en fecha 4 de septiembre de 1982 fue

bautizada según el rito de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, convirtiéndose desde esta fecha en miembro practicante de la misma; que por imponerles sus creencias religiosas la inactividad laboral desde la puesta del sol del viernes a la del sábado, la actora se veía imposibilitada durante tales días de cumplir adecuadamente con el precepto adventista, por lo que pidió el cambio de turno o una ausencia con pérdida de salario con compensación en otras horas, que la empresa no admitió, por lo que abandonó su puesto y fue despedida. Así pues, del relato fáctico se desprende que la trabajadora otorgó su consentimiento a unas condiciones de trabajo al firmar el contrato que en ese momento podía cumplir. La controversia viene motivada por el cambio de convicciones religiosas de forma sobrevenida una vez el contrato ya se está ejecutando. Como ya se ha analizado con anterioridad, el derecho a la libertad religiosa ampara la posibilidad de cambiar de convicciones. Así pues, actúa de buena fe si el trabajador informa al empresario de que las nuevas convicciones no le permiten ahora cumplir con todas las obligaciones jurídico-laborales.

Ahora bien, si había margen para ello la trabajador debía haber optado por impugnar la decisión empresarial por entender que infringía su derecho a la libertad religiosa. En pocas palabras, la trabajadora buscó en la jurisdicción ordinaria y después mediante recurso de amparo que se justificara jurídicamente su conducta consistente en el incumplimiento de obligaciones jurídicas (objeción de conciencia probablemente sin haber ejercido tal derecho como última instancia y sin que concurriera el requisito de *ultima ratio*); en lugar de haber impugnado la decisión empresarial de denegar el cambio de turno o la ausencia del trabajo con pérdida de salario y así enjuiciar si la conducta empresarial se ajustó o no al derecho de la trabajadora a la libertad religiosa.

La trabajadora sostuvo que sus convicciones debían encuadrarse en el contenido esencial de la libertad religiosa y, por lo tanto, debían prevalecer frente los deberes laborales; la consecuencia de ello sería que debía conciliarse la organización del trabajo en la empresa (que consideraba factible sin trastorno grave) a la práctica religiosa. Ahora bien, como se ha dejado dicho, lo que se discutió realmente no es si el empresario debía adecuar las condiciones de trabajo a las necesidades religiosas de la trabajadora, como muchos autores han interpretado; sino si la trabajadora tenía derecho a dejar de cumplir las obligaciones laborales por entender que contradecían sus convicciones religiosas.

Tal planteamiento condicionó la respuesta del Tribunal Constitucional: *“aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas”* (Fundamento Jurídico Primero)²⁰⁶⁹. En puridad cabría decir, a diferencia de lo que plantea

²⁰⁶⁹ En la STC 129/1989, de 17 de julio (BOE 9 de agosto de 1989), parece perfilarse la idea apuntada por el Tribunal sobre el necesario respeto de la relación jurídica nacida del contrato de trabajo. El Tribunal Constitucional afirma que el hecho de que la Constitución garantice al trabajador como ciudadano unos derechos fundamentales, ello no puede significar *“un factor de alteración del entramado de derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, pues, sin perjuicio de que por contraste con las normas constitucionales puedan ser invalidadas las normas legales o estipulaciones convencionales rectoras de la relación laboral, los derechos fundamentales no añaden a ésta contenido determinado alguno, ya que no constituyen por sí*

el Tribunal, que la trabajadora lo que pretendió al impugnar su despido fue que se entendiera justificada su conducta *prima facie* antijurídica, no la imposición de condiciones contractuales o la novación sobrevenida del contrato de trabajo; extremo que podría haber pretendido si hubiera ejercido en su vertiente positiva el derecho a la libertad religiosa.

El Tribunal completa su argumentación de la siguiente forma restrictiva en cuanto al ejercicio de la objeción de conciencia: *“En el contrato de trabajo que liga a la recurrente con la Empresa en la que presta sus servicios, no se ha denunciado la existencia de cláusula o estipulación alguna, que, en sí misma o en la interpretación o aplicación que de ella se hace, pueda resultar lesiva para los derechos fundamentales de la recurrente, y así lo que ésta pretende no es la anulación total o parcial del contrato, sino que se le dispense del cumplimiento de las obligaciones que libremente aceptó y que considera ajustadas a derecho, de manera que no se extraiga de su incumplimiento la necesaria consecuencia del despido. Se evidencia con ello que la idea que subyace a toda la argumentación de la recurrente es la de que un cambio puramente fáctico (el de sus ideas o creencias religiosas) [de ahí que se pueda calificar el supuesto de objeción de conciencia sobrevenida], en cuanto que es manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, provoca la modificación de los contratos por ella suscritos, cuyo cumplimiento sólo será exigible, en la medida en que no sea incompatible con las obligaciones que su nueva confesión religiosa le impone, llevando así (sin duda, con la mayor buena fe y movida seguramente de profunda religiosidad) el principio de la sujeción de todos a la Constitución (art. 9.1) a extremos inaceptables por contrarios a principios que, como el de la seguridad jurídica, son también objeto de garantía constitucional (art. 9.3)”*.

Como ya se ha comentado al tratar de la objeción de conciencia, la respuesta del Tribunal está condicionada por el hecho de que en la jurisdicción ordinaria se impugnó un despido, solicitando que se calificara como nulo por ser contrario a los derechos fundamentales. Es decir, el objeto de la *litis* se circunscribió a determinar si la conducta de la actora era constitutiva de despido disciplinario procedente, o por el contrario debía prevalecer su derecho a oponerse a la ejecución de las obligaciones dimanadas del contrato de trabajo. Si la trabajadora hubiera impugnado la denegación de acomodación, en lugar de incumplir directamente, los órganos jurisdiccionales no hubieran enjuiciado una desobediencia; sino que se hubiera analizado si la trabajadora tenía o no derecho a que fueran ajustadas sus condiciones de trabajo a las nuevas necesidades religiosas. Respuesta que debería haber sido en general afirmativa tras realizar la oportuna ponderación de derechos, y siempre y cuando no prevaleciera en aquel caso concreto

mismos ilimitadas cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales”. En relación a los derechos y deberes contractuales y el acceso al amparo, la citada STC 129/1989 aclara que el hecho de que la doctrina jurisprudencial haya reconocido la posibilidad de acudir a la vía de amparo en aquellos casos en que haya una vulneración de los derechos fundamentales en una relación laboral y no se hubiera obtenido la tutela de los órganos jurisdiccionales ordinarios, ello no significa que el Tribunal Constitucional *“haya reconocido que a los derechos fundamentales del trabajador se anuden, como contenido necesario de la relación laboral, y sin mediación legal o convencional, alguna correlativas obligaciones o deberes del empresario exigibles por aquél en defensa de sus derechos fundamentales y cuyo incumplimiento provoque automáticamente una lesión de éstos que, de no ser judicialmente remediada, pueda ser deducida en demanda de amparo. Tal planteamiento descansa sobre una inaceptable confusión de dos planos, procesal y sustantivo, que deben aquí permanecer diferenciados”* (Fundamento Jurídico Tercero).

algún otro derecho o límite infranqueable (por ejemplo, un gravamen indebido o desproporcionado para la empresa).

En el Fundamento Jurídico Segundo el Tribunal afirma que en ningún momento se ha vulnerado el derecho de la trabajadora a su libertad religiosa. Extremo distinto sería, como ocurre en el presente caso, que existiera una incompatibilidad entre la prestación de servicios del modo en que se había pactado y las actuales convicciones religiosas de la trabajadora. Y fija la controversia del siguiente modo: *“De lo que se trata es que la Empresa no la ha dispensado del régimen laboral que, respecto a la jornada de trabajo, tiene establecido, de modo que, bien entendido, no la ha posibilitado el cumplimiento de sus deberes religiosos, que es algo sustancialmente bien distinto de una actuación coercitiva impeditiva de la práctica religiosa. Podrá existir -no hay inconveniente en reconocerlo- una incompatibilidad entre los deberes religiosos, en cuanto impongan la inactividad laboral y la ejecución del trabajo o el cumplimiento de obligaciones laborales, pero no una coercibilidad contraria al principio de neutralidad que debe presidir, en la materia, la conducta del Empresario”*. El Tribunal realiza una distinción entre vertiente negativa (no coerción) y positiva (derecho al ajuste razonable) del derecho a la libertad religiosa. Se insiste en que la objeción de conciencia se limita a proteger el derecho a la libertad religiosa mediante una desobediencia puntual, pero no implica acomodación alguna (ejercicio a la libertad religiosa en su vertiente positiva)

Como se ha dicho, el problema de la doctrina vertida en la sentencia es que posteriormente ha sido interpretada como si fuera contraria a toda acomodación de las condiciones de trabajo a las necesidades religiosas, especialmente cuando existe una necesidad religiosa relacionada con el tiempo de trabajo (por ejemplo, festivos)²⁰⁷⁰. Un buen ejemplo de ello, como se ha visto, es que dicha interpretación errónea, que ha incluido el Consejo de Estado, ha hecho fracasar los Acuerdos con las confesiones minoritarias en esta materia. Y no debe ser interpretada la doctrina de tal modo, sino como la falta de ratificación del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en un caso concreto; es decir, el rechazo del Tribunal del *ius resistentiae* tal y como se planteó. Tampoco la acomodación en un supuesto como el analizado podía entenderse como un derecho de prestación por parte del empresario para garantizar el derecho fundamental de trabajador, tal y como en alguna otra ocasión se ha interpretado, por ejemplo, en relación al ejercicio del derecho a la educación²⁰⁷¹. Si se hubiera planteado el caso como

²⁰⁷⁰ De hecho la doctrina ha puesto asimismo en duda que tal sentencia deba servir como precedente, como canon a seguir en casos futuros, como así está siendo. Así, ante la rotunda afirmación del Tribunal constitucional negativa a una acomodación de las obligaciones contractuales, se ha dicho lo siguiente: *"Esta afirmación del TC, en una lógica claramente contractual, es creo excesivamente contundente y deja en entredicho la vertiente externa de la libertad religiosa, siendo razonable exigir, al menos, una motivación empresarial para restringirla. Es preferible la expuesta ponderación jurídica entre libertad de empresa del art. 38 CE y libertad religiosa del art. 16 CE a esta lógica contractual sin matices, que parece anteponer lo suscrito en el contrato de trabajo a un derecho fundamental, desbordando los márgenes del antes citado art. 3.1 LOLR. No es, por tanto, creo, éste un precedente que dote de seguridad jurídica ni que tenga que servir de canon para la solución de estos conflictos"*. LAHERA FORTEZA, Jesús: "Libertad religiosa y condiciones laborales: la fe con mutua buena fe", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014, pp. 10-11.

²⁰⁷¹ La STC 129/1989, de 17 de julio (BOE 9 de agosto de 1989), en referencia al derecho fundamental a la educación es del siguiente tenor: *"Desde el art. 27.1 de la Constitución no puede imponerse al empresario o empleador la obligación de satisfacer de forma incondicionada la pretendida compatibilidad de la asistencia a clases del trabajador o empleado con el cumplimiento*

el ejercicio en su vertiente positiva del derecho a la libertad religiosa, sin que concurriera ningún incumplimiento de obligaciones jurídicas, lo correcto hubiera sido ponderar los derechos en juego, y aplicar los límites; pero en ningún caso puede verse mala fe por parte de la trabajadora, ni tampoco abuso de derecho²⁰⁷².

Al haberse planteado como un supuesto de objeción de conciencia por cambio sobrevenido de convicciones religiosas, la primera operación que debiera haber realizado el Tribunal es examinar si concurrían los presupuestos necesarios para acudir a tal extrema figura jurídica que implica la desobediencia. Y lo cierto es que no se desprende de la sentencia que la trabajadora hubiera agotado los medios jurídicos antes de verse obligada a desobedecer. Una vez superado dicho filtro inicial, debiera haber realizado la oportuna ponderación de derechos y bienes.

A los efectos aquí analizados interesa especialmente el Fundamento Jurídico Cuarto, en el que el Tribunal resume la evolución y sentido del descanso dominical. En dicho Fundamento el Tribunal afirma que *"el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición, se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues, aunque la cuestión se haya debatido y se haya destacado el origen o la motivación religiosa del descanso semanal, recayente en un período que comprenda el domingo, es inequívoco en el Estatuto de los Trabajadores, y en la precedente (Ley de Relaciones Laborales) y las más anteriores, con la excepción de la Ley de Descanso Dominical de 1940, que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el «domingo» como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición"*.

Se insiste en que dicha idea es parcialmente cierta. Es cierto que el descanso semanal es una institución laboral; es cierto que no trabajar en domingo es para buena parte de la población una idea exenta de contenido religioso alguno; es cierto que el Estatuto de los

de las obligaciones derivadas de la relación de dependencia hasta el punto de que, de no hacerlo, el derecho fundamental a la educación del trabajador sufriría un padecimiento que, de no ser reparado jurisdiccionalmente, podría someterse a conocimiento de este Tribunal en sede de amparo. Entenderlo así sería tanto como desplazar sobre el empleador la carga prestacional del derecho a la educación, que sólo sobre los poderes públicos pesa, y hacer responsable a aquél del deber positivo de garantizar la efectividad del derecho fundamental, que sólo a éstos corresponde, convirtiendo, en fin, el derecho fundamental a la educación en una imprevisible cláusula justificativa del incumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones laborales, cualesquiera que sean las medidas organizatorias que el empleador considere pertinente implantar, sustituyéndolas por otras hipotética e inaceptablemente derivadas de la norma constitucional que reconoce el derecho a la educación" (Fundamento Jurídico Quinto).

²⁰⁷² En relación a la STC 19/1985 se ha afirmado por un lado que se está ante un supuesto típico de "objeción de conciencia laboral"; pero por otro, y obviando que el Tribunal Constitucional ha configurado el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia con unos perfiles propios, se argumenta que se está ante el derecho a practicar el culto, es decir, como una facultad del más amplio derecho a la libertad religiosa. ARECES PIÑOL: *El principio de laicidad...*, op. cit., pp. 58-59. Jurídicamente hay que diferenciar entre la desobediencia anudada al derecho a la objeción de conciencia y el genuino ejercicio del derecho a la libertad religiosa, que no implica desobediencia alguna, sino el ejercicio positivo de un derecho fundamental o su reconocimiento en cuanto a su vertiente negativa (no injerencia en el ámbito de tal derecho). Entiende la autora que el Tribunal Constitucional *"debió intentar la aplicación de la cláusula de acomodación razonable entre la libertad de empresa y las creencias religiosas de la trabajadora en cuestión, y debió centrar su atención no en el principio de igualdad sino en el principio de libertad religiosa y sus límites, extremos sobre los cuales la sentencia guardó silencio"* (p. 60).

Trabajadores y su precedente legislativo, la Ley de Relaciones Laborales, optan por un redactado neutro, exento de referencias religiosas. Ahora bien, no es menos cierto que se trata al mismo tiempo de una institución religiosa para muchas confesiones; así es evidente que el descanso dominical conlleva obligaciones religiosas para algunos trabajadores; tampoco es menos cierto que el hecho de que prevalezca la fiesta en domingo impide a otros trabajadores cuyas obligaciones conllevan que el descanso deba ser en sábado (adventistas²⁰⁷³ y judíos) o en viernes y pueda situarles en un dilema (como es el supuesto analizado por el Tribunal).

En definitiva, el derecho a la libertad religiosa bien entendido desde un punto de vista laboral significa que ha de analizarse si el trabajador tiene derecho o no a librar del trabajo según sus convicciones religiosas en un determinado día, atendiendo a las circunstancias concurrentes, independientemente del sentido que le otorgue la ley al domingo. No tiene ningún sentido examinar si el domingo está totalmente secularizado o no desde un punto de vista sociológico, pues 1) es evidente que para muchas personas no lo está; 2) lo realmente relevante no es si está secularizado o no, los derechos fundamentales garantizan la libertad de individuos, no de instituciones jurídicas. El trabajador creyente no sólo disfruta del descanso semanal (sea viernes, sea sábado, o sea domingo) para descansar o realizar tareas relacionadas con el ocio, sino que ha de cumplir con los mandatos religiosos. No se trata de algo trivial o carente de sentido, si sus convicciones religiosas son reales y sinceras.

Nadie discute que sea necesario un tiempo de descanso semanal, desde un prisma secular, durante el cual los trabajadores, como conquista social, puedan recuperar fuerzas y realizar actividades de esparcimiento. Tampoco nadie pone en duda que el día por defecto en el Estatuto de los Trabajadores sea el domingo, no por su sentido religioso, que lo tuvo en su origen y lo tiene actualmente para muchos creyentes, sino por el hecho práctico que al fijarlo tradicionalmente en un día concreto, permite a los ciudadanos compatibilizar mejor su tiempo, con el de sus parejas y su familia en general; así como con el trabajo²⁰⁷⁴. No obstante, el Estado de Derecho democrático ha de tener en cuenta que hay otros trabajadores que según sus convicciones religiosas han de disfrutar necesariamente el descanso semanal en distinto día; y, otros por razones asimismo religiosas, deberán librar el domingo, y no otro día²⁰⁷⁵. En tales casos habrá de operar la acomodación que sea necesaria en el ejercicio de libertad religiosa en su

²⁰⁷³ En el caso de los adventistas la libranza ha de ser en las siguientes condiciones: *"El sábado comienza a la puesta del sol el viernes, y termina a la puesta del sol, el sábado por la tarde (...). Al día anterior al sábado (viernes), la Escritura lo llama el día de preparación (...), un día en el cual debemos prepararnos para el sábado, de modo que nada eche a perder su carácter sagrado. En este día, los encargados de preparar las comidas familiares deben disponer los alimentos que se consumirán el sábado, de modo que durante sus horas sagradas ellos también puedan descansar de sus labores"*. AAVV: *Creencias de los Adventistas...*, op. cit., p. 305.

²⁰⁷⁴ Se coincide aquí pues con el Fundamento Jurídico Quinto *in fine*: *"Correspondiendo a nuestra tradición el descanso en domingo, es éste el día señalado preferentemente. La finalidad de una preferencia general es, por lo demás, patente, pues mediante la coincidencia del descanso laboral, y los que vacan las oficinas públicas, los centros escolares, etc., se facilita mejor el cumplimiento de los objetivos del descanso"*. En materia de apertura comercial en domingo puede examinarse la STJUE de 23 de noviembre de 1989, asunto 145/88, caso Torfaen Borough Council contra B and Q PLC, antes B and Q (Retail).

²⁰⁷⁵ *"Lo interesante del caso no fue tanto la denegación del amparo – que soslayó cualquier balance de intereses –, sino el enjuiciamiento que del domingo realizó el TC. Un enjuiciamiento que difirió del sentido profundo que esta fiesta dominical adquiere en la conciencia religiosa de muchos ciudadanos creyentes"*. SEGLERS GOMÉZ-QUINTERO: *La laicidad y sus...*, op. cit., p. 123.

vertiente positiva²⁰⁷⁶. En ningún caso, bajo el pretexto de la supuesta total secularización del descanso dominical, puede olvidarse que la fijación del día de descanso en domingo por defecto en domingo no es gratuita, sino que es el reflejo de un diseño social hecho a imagen y semejanza de una mayoría, por lo que sin alterar tal esquema que en este supuesto concreto puede acarrear más consecuencias negativas que positivas para todos (mayorías y minorías), es necesario acomodar a la minoría²⁰⁷⁷.

En ningún caso resulta aceptable que se haga prevalecer de forma automática y rígida los principios contractualistas de *pacta sunt servanda* y una seguridad jurídica mal entendida. Por eso, son razonables la mayoría de críticas que han recaído sobre la STC 19/1985 y que merecen ser valoradas para que el Tribunal realice un cambio de rumbo doctrinal en el futuro. Se es consciente que el domingo es una figura muy secularizada en su vertiente puramente estatutaria, pero un Tribunal que sea consecuente con el derecho individual a la libertad religiosa ha de cambiar el prisma y ser consciente que el domingo

²⁰⁷⁶ Tal idea ha sido defendida al criticarse la STC 19/1985: "*Para no vaciar de contenido real el derecho a conmemorar las festividades religiosas, debería haberse sentado el principio de que el empresario tiene la obligación de respetar el día semanal de descanso determinado por la confesión religiosa del trabajador, salvo que no sea posible en el marco organizativo de la empresa o lo impidan las características de la prestación laboral. Si la efectividad y el reconocimiento del derecho dependen de la libre voluntad de las partes, no cabe hablar propiamente de un derecho fundamental*". RODRÍGUEZ BLANCO: "Manifestaciones del derecho...", en AAVV: *La libertad religiosa...*, op. cit., pp. 68-69. Resulta muy interesante la siguiente diferenciación entre vertiente negativa y positiva del derecho a la libertad religiosa: "*La principal crítica de estas orientaciones jurisprudenciales es la renuncia que hacen los tribunales a buscar vías de adecuación y ajuste razonable entre el ejercicio de ese derecho fundamental, que es la libertad religiosa, y la organización del trabajo. O, en otras palabras, el desplazamiento de este conflicto desde el ámbito que le es propio, el de la confrontación entre derechos fundamentales, hacia el cómodo territorio gobernado por la libertad contractual de la autonomía privada. Pero una cosa es sostener que sobre el empresario debe recaer la obligación positiva de establecer medidas enderezadas garantizar de manera real y efectiva la práctica religiosa de los trabajadores a su servicio y otra bien distinta es reducir el contenido de la libertad religiosa en el ámbito del contrato de trabajo a una mera prohibición de injerencia e intromisión por parte del empresario. Entre una y otra tesis, ambas extremas, existen unas vías intermedias cuya exploración, al menos hasta el presente, ha declinado la mayor parte de la jurisprudencia comparada y, desde luego, la nacional*". VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa y contrato...", en AAVV: *Las transformaciones del derecho...*, op. cit., p. 605. En un sentido muy crítico: "*No deja de sorprender las diferencias con el supuesto del descanso semanal. En el caso de la objeción del aborto, la colisión, en última instancia, al menos en los dos primeros supuestos despenalizados, es una colisión entre dos derechos fundamentales: el de la mujer y el del médico, y se da preferencia a la objeción de conciencia de éste, salvo en el supuesto límite de peligro de muerte de la mujer de no producirse una intervención urgente si no hay otro médico a quien recurrir. En la objeción al descanso semanal, en cambio, los miembros de la dicotomía contradictoria son un derecho fundamental (objeción de conciencia del trabajador) y un derecho constitucional del empresario (dirección y organización), prevaleciendo siempre éste, incluso aunque las necesidades de organización y funcionamiento de la empresa permitieran otra cosa. La disparidad de tratamiento jurídico es clamorosa*". LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la libertad...*, op. cit., Vol. II, pp. 388-389.

²⁰⁷⁷ Al comentar el caso Sherbert la doctrina estadounidense ha afrontado esta cuestión: "*Workplace arrangements are always made for the benefit of the majority. The holidays observed, the workdays chosen - all are tailored to suit the local majority, in this case Christian. There is nothing inherently wrong with this - so long as care is taken to prevent this convenient arrangement from turning into a fundamental inequality in freedom and respect. The Free Exercise Clause, the Court held, guarantees the equal freedom*". NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, op. cit., p. 17. No parece razonable afirmar que el grado de secularización en cuanto a los festivos sea superior en España que en los Estados Unidos, donde la separación entre Estado y religión tiene una tradición más larga que en España. Así pues, la afirmación de la autora estadounidense sería de aplicación en España, o a cualquier otro país europeo.

y el trabajo poseen de forma indiscutible asimismo connotaciones religiosas para muchos trabajadores-creyentes²⁰⁷⁸. En lugar de analizar sólo el rol de la institución jurídica, la que sea, ha de tener en cuenta el punto de vista subjetivo del trabajador, pues el derecho fundamental a la libertad religiosa es un derecho individual, subjetivo, diseñado para defender una libertad asimismo individual²⁰⁷⁹. El Tribunal no es competente para situarse en la posición del trabajador, sustituir su voluntad, y decidir si para dicho trabajador la institución dominical o el descanso semanal poseen o no connotaciones religiosas, pues dicha tesis sólo le corresponde a cada trabajador - creyente²⁰⁸⁰. Así, deben desecharse en el futuro argumentaciones jurídicas como la siguiente: "*Puesto que la voluntad de las partes no se limita en la Ley, ni en cuanto al contenido del acuerdo ni en cuanto a su causa justificadora, el Estatuto otorga carácter dispositivo a la determinación del día del descanso, que es, por tanto, indiferente para el legislador. La tesis de la demandante conduce a configurar el descanso semanal como institución marcadamente religiosa -que no es, como hemos visto, en la legislación-, o desde la perspectiva de la disponibilidad que hemos dicho, a dejarlo a la voluntad de una de las partes, lo que, obviamente, no es posible, por muy respetables que sean -y lo son- sus convicciones religiosas*" (Fundamento Jurídico Cuarto). El trabajador creyente necesita apartarse de las cosas profanas para poderse dedicar a los asuntos religiosos; y el tiempo profano no permite al trabajador creyente dedicarse a las obligaciones religiosas, que en muchas ocasiones tendrán lugar no sólo en un sitio determinado, sino también en un momento determinado²⁰⁸¹.

²⁰⁷⁸ El análisis jurídico no ha de ser unilateral, sino multilateral, y como mínimo ha de tener en cuenta también las convicciones religiosas del trabajador: "*El Tribunal no distingue, o no quiere distinguir, entre si los actos de culto que colisionan con los deberes contractuales forman o no parte de los códigos normativos de obligado cumplimiento para los creyentes. Tanto si son cruciales para la profesión de fe como si no, quedan sometidos al deber laboral de que se trate, lo cual supone en determinados casos una transgresión de la esfera externa del derecho a la libertad religiosa y un real vaciamiento de su contenido*". SALAS PORRAS: "El poder de dirección del empresario...", *op. cit.*, pp. 13-14.

²⁰⁷⁹ Aunque se pueda calificar la redacción del art. 37 ET como neutral, ello no significa que no pueda vulnerarse el derecho a la libertad religiosa en casos concretos e individualizados. Así, incluso se ha considerado, entre otros argumentos, que el fallo judicial es contrario al Derecho histórico castellano. Concretamente las 7 Partidas de Alfonso X el Sabio (7, 24, 5) prescriben el respeto del descanso sabático de los judíos. Además ha de oponerse un argumento actual: "*¿Es el descanso dominical una ley neutral? Séalo o no, obstaculiza el libre ejercicio de la religión a aquel cuya religión le prescribe descansar en día distinto. Y si obstaculiza el libre ejercicio de la religión lo que ha de comprobarse – por neutral que sea la ley – es si esa limitación viene o no exigida por razón de: 1) la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales; 2) la seguridad pública; 3) la salud pública; 4) la moralidad pública*". GONZÁLEZ DEL VALLE: "Límites de la libertad...", en AAVV: *La libertad religiosa en España...*, *op. cit.*, p. 105. Dicho autor añade: "*La Ley que prescribe el descanso dominical no es lesiva de la libertad religiosa en la generalidad de los casos, pero puede serlo en algunos casos, por lo que en tales casos no ha de ser aplicada*".

²⁰⁸⁰ En dicho sentido y en referencia a la controvertida sentencia del Tribunal Constitucional: "*La petició de l'adventista configura el diumenge com una institució inicialment religiosa però actualment secularitzada. Aquest és un argument contemporitzador, ja que dependrà de cada persona considerar o no la festivitat dominical com a religiosa o secularitzada. El Tribunal - que, en tant que poder públic, ha de ser laic i tan neutral com sigui possible - sembla que es vol apropiari del judici individual de consciència de la demandant, que només li correspon a ella. Per això li retreu que vulgui configurar el descans setmanal com si fos una institució «marcadament religiosa»*". SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO: *Musulmans a Catalunya...*, *op. cit.*, p. 71.

²⁰⁸¹ "*El caràcter distintiu dels dies de festa, a totes les religions conegudes, és l'aturada del treball, la suspensió de la vida pública i privada, en tant que mancada d'objectiu religiós. Aquest repòs no és simplement una mena de treva temporal que els homes s'haurien atorgat per tal de poder-se*

Si unas convicciones religiosas se califican como respetables, han de ser respetadas en su justa medida; y, si se procede de acuerdo con la debida operación de ponderación, han de ser encauzadas a través de la vertiente positiva del derecho a la libertad religiosa²⁰⁸². Aunque el art. 37 ET configura el descanso semanal como una institución de derecho necesario, no es menos cierto que es dispositiva para las partes escoger el día de su disfrute según las reglas contenidas en el precepto. Pero no es menos cierto que en el momento que el día de disfrute excede del prisma de legalidad ordinario, y adquiere relevancia constitucional por tratarse de ajustar las condiciones de trabajo a las convicciones religiosas, no es de recibo dejar la controversia solamente a la autonomía privada de las partes como si se tratara de un asunto de legalidad ordinaria, casi una

dedicar més lliurement als sentiments d'alegria que desvetllen generalment els dies de festa; perquè hi ha festes tristes, consagrades al dol i a la penitència, durant les quals això no és menys obligatori. El que succeeix és que el treball és la forma eminent de l'activitat profana: no té cap finalitat aparent que la de contribuir a les necessitats temporals de la vida; només ens posa en relació amb coses vulgars. Contràriament, els dies de festa, la vida religiosa ateny un grau d'intensitat excepcional. El contrast entre aquestes dues menes d'existència és doncs, en aquest moment particularment marcat; per consegüent, no poden coexistir. L'home no es pot acostar íntimament al seu déu quan encara porta al damunt seu les marques de la vida profana; inversament, no pot tornar a les seves ocupacions usuales justament quan el ritu l'acaba de santificar. El descans ritual, doncs, no és més que un cas particular de la incompatibilitat general que separa el sagrat del profà; és el resultat d'una prohibició". DURKHEIM: Les formes elementals..., op. cit., pp. 318-319. En el caso de los adventistas es clara la voluntad de diferenciar un día con significado religioso respecto a los demás seculares: "Es durante el sábado cuando podemos experimentar en forma especial la presencia de Dios entre nosotros. Sin el sábado, todo sería trabajo y lucha sin cesar. Cada día sería como los otros, dedicado a intereses seculares. La llegada del sábado, sin embargo, trae consigo, esperanza, gozo, significado y valor. Provee tiempo para la comunión con Dios por medio del culto, la oración, el canto, estudio de la Palabra y meditación en ella, y por el acto de compartir el Evangelio con otros. El sábado es nuestra oportunidad para experimentar la presencia de Dios". AAVV: Creencias de los Adventistas..., op. cit., p. 297. Dicha idea es completada del siguiente modo: "Muchos pueden ver la razón de tener un día semanal de descanso, pero a menudo les resulta difícil comprender por qué la misma clase de trabajo que en cualquier otro día de la semana es considerado correcto y digno de encomio, es un pecado cuando se lo realiza en el séptimo día. La naturaleza no ofrece ninguna razón para guardar el séptimo día. Los planetas se mueven en sus órbitas respectivas, la vegetación crece, se alternan la lluvia y la luz del sol, y las bestias del campo viven como si todos los días fueran iguales" (p. 298).

²⁰⁸² "Con semejante doctrina, el máximo intérprete de la Constitución viene a reconocer que sobre el empresario pesa, tan sólo, un deber negativo de respeto y no injerencia en las creencias del trabajador, pero no da un paso más (como demandaría su vocación a velar por los derechos fundamentales de los ciudadanos) para establecer una suerte de deber positivo ordenado a permitir el mayor y mejor ejercicio de tal derecho en el seno de la empresa, lo cual podría ser muy calificado como una discriminación indirecta que el ordenamiento jurídico debería tratar de reparar". AAVV: Inmigración, religión y trabajo..., op. cit., p. 41. En un sentido parecido: "Parece razonable, como dice el Tribunal, que las creencias religiosas no se impongan al empresario en toda circunstancia. Pero eso no puede llevarnos a desconocer que el derecho invocado por la recurrente, el derecho a conmemorar las festividades, integra el contenido esencial de la libertad religiosa. Se plantea, pues, un conflicto entre un derecho fundamental y una serie de principios, bienes y valores de relevancia constitucional que los aplicadores del Derecho y, en concreto, el juez deben ponderar adecuadamente. Y de los antecedentes del caso se desprende que quizá para la empresa no era absolutamente imposible atender a la pretensión de la empleada, por cuanto tenía organizados distintos turnos de trabajo que muy bien podrían puesto al servicio de su derecho fundamental. En estas coordenadas, el hecho de que el Tribunal sólo atiende al dato del estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales y de la observancia sin excepción de las obligaciones contractuales y de la observancia sin excepción del día de descanso previsto en la normativa laboral, encierra una interpretación muy restrictiva de la libertad religiosa del trabajador y no contribuye a fomentar soluciones dialogadas o negociadas". BARRERO ORTEGA: La libertad religiosa..., op. cit., pp. 386-387.

patología contractual, y, por lo tanto, condicionar totalmente la solución de dicha controversia a los principios privatísticos²⁰⁸³.

La STS de 20 abril 1988 (RJ 1988, 2999) trata de un supuesto en que también se hace referencia a un trabajador adventista, que es despedido por faltar injustificadamente a su puesto de trabajo durante varios sábados. El Tribunal Supremo aplica la doctrina contenida en la STC 19/1985, pero considera que en este supuesto han de tenerse en cuenta las causas organizativas y los elementos concurrentes. Tácitamente realiza una operación de ponderación, pero no para exonerar completamente al trabajador de las consecuencias jurídicas anudadas a la objeción de conciencia, sino para atenuar dichas consecuencias jurídicas. Así se considera que el despido ha de ser calificado como improcedente, por no concurrir la gravedad suficiente, pero no porque no sea la conducta del trabajador tributaria de otra sanción disciplinaria más leve²⁰⁸⁴.

²⁰⁸³ Respecto la STC 19/1985 se ha criticado precisamente la confusión que se produce en entre lo que constituye una controversia de legalidad ordinaria y una controversia a ser solventada según los cánones constitucionales (por ejemplo, supraponderación de la voluntad empresarial): *“Inadecuada perspectiva desde la que, a nuestro juicio, enfoca el análisis de la situación. Su razonamiento se centra en una apología de carácter secular que actualmente tiene el domingo como día de descanso laboral, a pesar de su origen religioso. Y, desde ahí, todo lo remite a la voluntad contractual de las partes, asimilando así implícitamente los deberes religiosos, que gozan de la protección constitucional, a cualquier otra actividad elegida por el trabajador por motivos caprichosos o triviales (...). Con lo que la posibilidad del respeto a la libertad de conciencia del trabajador viene confiada enteramente a la discrecionalidad del empresario, en un planteamiento que desafortunadamente se encuentra muy lejos de los matices introducidos (...) por la jurisprudencia canadiense o norteamericana”*. NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN: *Conflictos entre conciencia y ley...*, op. cit., p. 461. En un sentido parecido: *“La solución del TC presenta una perspectiva centrada únicamente en términos contractuales, cuando este problema sólo puede resolverse desde un enfoque extracontractual, pues estamos ante dos derechos uno de los cuales es fundamental, mientras que el otro es meramente constitucional. Debieran haberse seguido los siguientes criterios: 1) Conservar en lo posible el contenido sustancial de ambos derechos; 2) Aplicar el criterio de proporcionalidad, a la hora de ponderar el correcto equilibrio entre el derecho fundamental de libertad de conciencia del trabajador y el derecho de organización de la empresa del empresario*. TORRES GUTIÉRREZ: *“El desarrollo postconstitucional...”*, op. cit., pp. 263-264. Desde el punto de vista laboralista: *“Se lleva a cabo una radical contractualización del problema, rechazándose que en tales situaciones se esté produciendo un atentado a la libertad ideológica de los trabajadores sin que se aporte, sin embargo, criterio de ponderación o adaptación alguno que facilite el juego de los derechos fundamentales afectados. En su FJ 2 de la referida sentencia se señala que en la presente situación no se ha producido una falta de respeto al derecho a la libertad ideológica que hubiera resultado relevante si hubiese figurado en el contrato o si hubiese existido una «actuación coercitiva impeditiva de la práctica religiosa», en vez de una mera omisión que imposibilitó «el cumplimiento de su deberes religiosos»*. (...) *El Tribunal Constitucional en este supuesto no ha considerado la auténtica relevancia de un derecho fundamental en la estructura interna de los derechos y obligaciones que componen el contrato de trabajo. En suma, el Tribunal Constitucional no ha realizado ningún intento de establecer una mínima obligación por parte del empresario de poder acomodar el ejercicio en buena fe de los derechos fundamentales de sus trabajadores y la organización del trabajo”*. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y MERCADER UGUINA: *“La integración de los derechos...”*, en AAVV: *El modelo social en la Constitución...*, op. cit., p. 272. En un sentido muy realista: *“En el ámbito laboral la polémica sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985, de 13 de febrero, ha hecho prácticamente imposible hacer valer ese derecho ante una organización empresarial”*. BENASULY: *“Asistencia religiosa, alimentos...”*, en AAVV: *Pluralismo religioso y Estado...*, op. cit., p. 375.

²⁰⁸⁴ Para el Alto Tribunal concurren circunstancias diferentes al resuelto por el Tribunal Constitucional en su STC 19/1985 que justificarían una respuesta diferente: *“como son las peculiaridades organizativas de la empresa y del propio centro de trabajo en que presta sus servicios el demandante (...) y la autorización que a éste se le concedió en febrero de 1986 por el director del puesto de trabajo para cambiar su actividad laboral de los sábados por los domingos,*

En la STS de 24 enero 1994 (RJ 1994, 370) no se analiza el ejercicio del derecho a la libertad religiosa sino, de forma indirecta, la naturaleza de las festividades del art. 37.2 ET. La sentencia al analizar cómo se realiza el cómputo de los descuentos salariales en caso de huelga explica cuál es la razón de ser de tales festividades, que pueden corresponder a razones civiles o religiosas: *"Los festivos establecidos en el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores no responden de manera directa e inmediata a la necesidad de descansar después del trabajo, sino que su significado consiste en la plasmación legal del derecho a descanso retribuido en determinados días al año en que se produce la celebración de acontecimientos de orden religioso o civil en los que, sin trabajar se cobra el salario, por lo que no se les puede aplicar el régimen de descuento proporcional que sufre la retribución del descanso semanal por ausencias injustificadas durante una semana concreta y distinta a la del festivo, pues eso supondría exceder las facultades que concede el artículo 44.2 citado, aplicándolo a supuestos no previstos en el mismo"* (Fundamento de Derecho Quinto)

La STJUE de 12 de noviembre de 1996, asunto 84/94, caso Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra Consejo de la Unión Europea. Dicha sentencia examina el recurso del Reino Unido en aras a la anulación de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 noviembre 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En lo que aquí interesa se analizó el rol del domingo como día de descanso: *"Por lo que se refiere al párrafo segundo del artículo 5 de la Directiva, hay que señalar que, si bien la cuestión de la posible inclusión del domingo en el período de descanso semanal efectivamente se ha dejado, en definitiva, a la apreciación de los Estados miembros, habida cuenta, en particular, de la diversidad de factores culturales, étnicos y religiosos en los diferentes Estados miembros (párrafo segundo del artículo 5, en relación con el décimo considerando), no es menos cierto que el Consejo no logró explicar porqué el domingo, como día de descanso semanal, tiene una relación más importante con la salud y la seguridad de los trabajadores que otro día de la semana. En estas circunstancias, procede estimar la pretensión subsidiaria del Gobierno demandante y anular el párrafo segundo del artículo 5 de la Directiva, que puede desligarse de las demás disposiciones de la Directiva"* (37). Como se puede comprobar, el Tribunal fallaba contra la supraponderación del domingo como día de descanso. Por razón de dicha sentencia el Parlamento Europeo emitió la Resolución sobre el trabajo dominical de 12 de diciembre de 1996 en pedía a los Estados miembros y a los interlocutores sociales que, al transponer a la legislación nacional la Directiva relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, *"presten la debida atención a las tradiciones culturales, sociales y religiosas, así como a las necesidades familiares de sus ciudadanos y que reconozcan el carácter especial del domingo como día de descanso, ya que normalmente es un día de asueto para todos los miembros de la familia; asimismo, reafirma el derecho de los trabajadores al descanso semanal"*. Asimismo, pedía que a los Estados miembros

sin que conste no tuviere autorización para ello, mantenida durante más de tres meses, lo que supone una novación del primitivo contrato por acuerdo de las partes, no precisa de autorización y con fundamento en causa justa -el credo religioso del trabajador-, por lo que la posterior supresión de dicha autorización por el Delegado de la Empresa en Canarias en el mes de mayo siguiente (...), ha de calificarse como acto unilateral del empresario, modificativo de las condiciones de trabajo, esto unido a las motivaciones religiosas, atenúa muy calificadamente las faltas del trabajador, excluyendo para ellas la sanción más grave del mundo laboral como es la de despido, determinando todas dichas circunstancias la improcedencia del motivo examinado al igual que los anteriores (...)" (Fundamento de Derecho Quinto).

que, al elaborar dicha legislación, *"tengan en cuenta la especial situación de aquéllos que formulan objeciones al trabajo dominical en industrias o servicios no esenciales"*. Y en lo que aquí interesa pide a los Estados miembros que *"reconozcan que en una sociedad multicultural hay también comunidades religiosas que pueden preferir un día de descanso distinto"*.

La STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1675/1997 de 24 junio (AS 1997, 2078) analiza nuevamente el supuesto de un trabajador adventista. Con la especialidad de que se trata de un músico que trabaja para un ayuntamiento y que comunicó a la empresa-Administración pública que era adventista una vez había firmado el contrato, sin que conste que hubiera habido un cambio de convicciones religiosas. Una vez comunicada la imposibilidad de trabajar los sábados el director de la orquesta municipal transigió *"que faltara a los ensayos cuando coincidían con un viernes por la noche; con referencia a las otras actividades, en ocasiones puntuales, cuando la actividad era un pasacalle, el actor era sustituido por otro músico que él buscaba por su cuenta y riesgo. En cambio, no consta que el actor faltara a los conciertos aun cuando éstos se celebraran en viernes por la noche o sábados"*. Como el director no tenía potestad para acomodar las condiciones de trabajo, el trabajador solicitó su acomodación a la Administración. Contra la denegación de dicha acomodación se acude a la jurisdicción. El Tribunal se limita a aplicar la doctrina de la STC 19/1985 aunque es evidente que aquí no hay desobediencia alguna, sino tolerancia empresarial. Es correcto el posicionamiento del Tribunal en cuanto no entra a analizar los posicionamientos teológicos contenidos expresamente en las posiciones de ambas partes. De hecho, nadie parece discutir la sinceridad de las convicciones sostenidas. Ahora bien, para el Tribunal, a la vista de la doctrina constitucional, sólo podría llevarse la acomodación de común acuerdo de las partes, de acuerdo con el 12.1 del Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España a que se refiere el artículo único de la Ley 24/1992, de 10 noviembre.

Más correcto hubiera sido haber analizado cómo fue posible que el trabajador firmara el contrato cuando es conocido que las labores musicales implican ensayos y conciertos en fin de semana, más cuando el puesto de trabajo incluía asimismo actuaciones como pasacalles. Así, si el trabajador ya sostenía las creencias antes de firmar el contrato debería justificar porque las opone una vez se está ejecutando el contrato de trabajo, de forma sobrevenida y sin que conste ningún cambio substancial ni en las condiciones de trabajo, ni en las convicciones del trabajador. Asimismo, tal sinceridad y coherencia en las convicciones sostenidas también podría ponerse en duda cuando el trabajador realizaba conciertos los sábados, pero en cambio no participaba en los ensayos en dicho día de la semana.

Un supuesto idéntico se analiza en la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 3421/2000 de 11 septiembre (AS 2001, 508), con la diferencia que el músico fue despedido. Con buen criterio el Tribunal ratifica la procedencia del despido en aplicación de la buena fe contractual: *"lo que acontece en este supuesto es que el demandante quiere imponer a todos y sobre todo, su tesis religiosa y obligar contra preceptos constitucionales suficientemente interpretados y preceptos legales en vigor, a que se configure su descanso semanal en sábado, como institución religiosa que él asume por su propia condición religiosa y entiende debe respetar por el empleador, condición religiosa que nunca expresó con anterioridad a ser contratado, cuando lo pudo hacer, para que la manifestación de voluntad de las partes en la firma de éste, se hubiera configurado con*

plena libertad, realizando tal manifestación al mes de ser contratado, añadiendo a lo dicho y es conveniente recordar que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, conforme establece el art. 7.2 del Código Civil, debiendo ser desestimado por tanto tal motivo y con ello el recurso, con confirmación de la resolución recurrida" (Fundamento de Derecho Tercero in fine).

La STSJ de Madrid de 27 octubre 1997 (AS 1997, 3751) analiza el supuesto de una trabajadora musulmana que una vez iniciada la relación laboral y sin haber exteriorizado nunca sus convicciones pretendía varias acomodaciones de diversa índole: 1) Utilizar un uniforme que no atente contra sus creencias religiosas que impiden el uso de falda corta; 2) Adecuar el horario de trabajo de tal forma que los viernes entre las 13.30 y las 16.30 horas no se vea obligada a trabajar por ser día de rezo colectivo y solemne para los musulmanes, así como la finalizar el trabajo una hora antes de la puesta de sol durante el mes de Ramadán; 3) Imposibilidad de trasladar a ningún establecimiento en el que haya que manipular o vender productos derivados del cerdo y alcohol. Para el Tribunal, en un escueto razonamiento, se achaca a la trabajadora no haber manifestado sus convicciones religiosas, ya que se espera de ella *"una conducta especial de lealtad y buena fe, consistente en que -lo que no hizo la actora- al solicitar el puesto de trabajo indique previamente su confesión religiosa y el horario especial que ello implica, a fin de que esa futura empleadora estudie si puede encajar tal situación especial en su infraestructura específica"*. Lo cierto es que no tenía la trabajadora porqué manifestar sus convicciones religiosas ex art. 16.2 CE antes de la firma del contrato²⁰⁸⁵. Ahora bien, no es menos cierto que si las condiciones de trabajo ya eran conocidas o debían ser razonablemente esperadas por la aspirante (se trataba de una empresa muy conocida), o bien manifestaba entonces sus convicciones para intentar si era posible una acomodación, o bien no debía firmar el contrato de trabajo que sabía de antemano que no podría cumplir; pues el ejercicio sobrevenido del derecho a la libertad religiosa ha de interpretarse como una conducta anclada en la mala fe y abusiva del derecho ejercido²⁰⁸⁶. Es de agradecer, en todo caso, la postura del Tribunal *a priori* sensible a las necesidades religiosas de los trabajadores: *"La libertad religiosa es un derecho sagrado y sumamente respetable tanto en la esfera de la conciencia individual y colectiva como en el ámbito jurídico, pues se halla tutelado no sólo en nuestra Constitución sino en todas las*

²⁰⁸⁵ En dicho sentido vid. CASTRO JOVER: *La utilización de signos...*, op. cit., p. 40. Asimismo vid. CASTRO JOVER: "Libertad de conciencia...", en AAVV: *Libertad de conciencia y laicidad...*, op. cit., p. 208. En opinión de dicha autora el órgano jurisdiccional debió verificar si en el momento de la suscripción del contrato la trabajadora estaba en posición de conocer si sus convicciones religiosas le permitirían ejecutarlo, criterio que se comparte aquí.

²⁰⁸⁶ En contra: *"La resolución de este conflicto debió fundamentarse no en la buena fe contractual sino en la obligación del empresario de acomodar las creencias de la trabajadora hasta el límite de una penalidad excesiva o injusta"*. CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago: "Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: propuestas ante la reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Lustel, 2009, p. 533. Aquí el Tribunal no ha utilizado el principio de buena fe como un límite al ejercicio del derecho, sino como una guía interpretativa de las conductas de las partes. No es admisible que se neutralice la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de trabajo de una forma tan torticera. Cuestión distinta hubiera sido que las condiciones de trabajo exigidas fueran a todas luces exorbitadas y discriminatorias, pero tampoco era el caso; o que la trabajadora se hubiera convertido al Islam una vez iniciada la relación laboral, pero ya sostenía las convicciones antes de la firma del contrato. En todo caso, de no haberse aplicado el principio de buena fe, se hubieran tenido que ponderar los derechos en juego que pudieran colisionar.

declaraciones sobre derechos humanos". Y se añade a continuación: "De ahí que los Tribunales laborales extremen su celo en lograr que las empresas adapten sus horarios de trabajo de modo que permitan a los trabajadores el normal y cómodo cumplimiento de sus deberes religiosos, así como no imponerles conductas o funciones incompatibles con sus íntimas y respetables creencias".

4.4. La secularización y las necesidades religiosas en materia de descanso semanal y festividades

4.4.1. La secularización del domingo. Descanso semanal y festividades.

Como se ha podido comprobar, las controversias a que ha hecho frente la jurisprudencia hasta ahora están relacionadas con el establecimiento del domingo como día preferente de descanso semanal. Así, se argumenta en ocasiones que se trata de una institución secularizada, ignorándose por completo la relevancia religiosa que tiene el descanso dominical para muchos trabajadores; y la necesidad asimismo religiosa que tiene para muchos trabajadores disfrutar del descanso otro día. La jurisprudencia estadounidense comentada respecto la obligación de cierre de los negocios en domingo en relación a los comerciantes judíos es un ejemplo de como una institución secular se puede volver contra las convicciones religiosas de los ciudadanos. Muchas veces, demasiadas veces, se ha alegado una supuesta "secularización" de instituciones para imponerlas a los ciudadanos en perjuicio de su derecho a la libertad religiosa. Por ejemplo en la STEDH de 18 de febrero de 1999, caso Buscarini y otros contra San Marino se intenta imponer a dos diputados de San Marino que presten juramento sobre los Evangelios para poder acceder al cargo de Diputados. Uno de los argumentos del Gobierno de San Marino era el siguiente: *"El Gobierno sostiene que la fórmula del juramento en cuestión no tiene un valor religioso; tendría, más bien, una connotación histórica y social y se basaría en la tradición. La República de San Marino fue fundada por un hombre de religión, pero es un Estado laico en el que la libertad de religión está expresamente consagrada por la ley (artículo 4 de la Declaración de Derechos de 1974). La fórmula en litigio habría perdido a lo largo del tiempo su carácter religioso originario, como les ha ocurrido a ciertas fiestas religiosas que forman parte del calendario civil"* (32). Obviamente el acto de jurar sobre los Evangelios para poder acceder a un cargo será una tradición, pero posee al mismo tiempo, o puede poseer en potencia, una carga religiosa relevante para un gran número de ciudadanos. Lo mismo ocurre cuando se institucionaliza el domingo como día preeminente para el descanso semanal en el Estatuto de los Trabajadores. *"El hecho de haber impuesto a los demandantes el juramento sobre los Evangelios equivale, sin embargo, a la obligación de dos de los elegidos por el pueblo de guardar fidelidad a una determinada religión, lo que no es compatible con el artículo 9 del Convenio. Tal como lo afirmó la Comisión, con toda razón, en su informe, sería contradictorio someter el ejercicio de un mandato que pretende representar en el seno del Parlamento diferentes visiones de la sociedad a la condición de adherirse, con anterioridad, a una visión determinada del mundo"* (39).

Además, la secularización nunca es completa en cuanto se refiere al descanso dominical, por mucho que deba procurarse la neutralidad en cuanto redactado y regulación. Si, como ya se ha explicado, Francia intentó abolir el domingo como día de la semana en

sus esfuerzos por construir un Estado laico, extremo que no tuvo éxito como ha demostrado la historia posterior; pese a su carácter netamente ateo, tampoco la Unión Soviética escapó de las influencias de la religión en su sustrato cultural y estableció el domingo como día festivo común en su Derecho laboral socialista²⁰⁸⁷. Por el contrario, la secularización ha afectado en materia de domingo a los católicos en España, pero también a los protestantes en sociedades muy desarrolladas, como es el caso de la británica. Así, en una encuesta realizada a jóvenes universitarios británicos, si en 1951 el 13% de ellos consideraban que era moralmente incorrecto estudiar en domingo; sólo lo consideraban así un 2% en 1961-63; y un 0% en 1982²⁰⁸⁸.

Ciertamente, el domingo es actualmente en las sociedades occidentales un día que tuvo en su momento un rol religioso preponderante, y que con el tiempo es simplemente visto por la mayoría de la población como un día más o menos acordado en que todo para un poco, en que se interrumpe la vida comercial y académica, en que los trabajadores en general libran del trabajo; en definitiva un día para el descanso propio y para disfrutar con la familia²⁰⁸⁹. Una buena descripción de ello fue realizada décadas atrás por el Tribunal Supremo estadounidense. Se trata de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *McGowan v. Maryland*, 366 US 420 (1961): *"It is true that, if the State's interest were simply to provide for its citizens a periodic respite from work, a regulation demanding that everyone rest one day in seven, leaving the choice of the day to the individual, would suffice. However, the State's purpose is not merely to provide a one-day-in-seven work stoppage. In addition to this, the State seeks to set one day apart from all others as a day of rest, repose, recreation and tranquility - a day which all members of the family and community have the opportunity to spend and enjoy together, a day on which there exists relative quiet and disassociation from the everyday intensity of commercial activities, a day on which people may visit friends and relatives who are not available during working days. Obviously, a State is empowered to determine that a «rest one day in seven» statute would not accomplish this purpose; that it would not provide for a general cessation of activity, a special atmosphere of tranquility, a day which all members of the family or friends and relatives might spend together. Furthermore, it seems plain that the problems involved in enforcing such a provision would be exceedingly more difficult than those in enforcing a «common day of rest» provision. Moreover, it is common knowledge that the first day of the week has come to have special significance as a rest day in this country. People of all religions and people with no religion regard Sunday as a time for family activity, for visiting friends and relatives, for late sleeping, for passive and active entertainments, for dining out, and the like. «Vast masses of our people, in fact, literally millions, go out into the countryside on fine Sunday*

²⁰⁸⁷ Dicho derecho tampoco escapa de las influencias de la religión, en este caso ortodoxa: "El descanso semanal no puede durar menos de 42 horas. En cualquier semana hábil, el domingo es el día de asueto común. Cuando la semana es de cinco días, el segundo día de asueto - si no lo establece la legislación - es fijado por el cronograma de trabajo de la empresa". ORLOVSKI: "Derecho laboral", en AAVV: *Introducción al Derecho...*, op. cit., p. 234.

²⁰⁸⁸ BRUCE: *Religion in the modern...*, op. cit., p. 148.

²⁰⁸⁹ De hecho, la mayoría de las confesiones religiosas no niegan lógicamente la necesidad de descanso, sino simplemente recuerdan que tienen también que cumplir unas obligaciones religiosas. En el caso de los adventistas: "Si bien es cierto que los seres humanos necesitan descanso físico para reanimar su organismo, Dios basa en su propio ejemplo su mandato de que descansemos en el día de sábado. Por cuanto él cesó de las actividades que realizó en la primera semana del mundo, nosotros también debemos reposar". AAVV: *Creencias de los Adventistas...*, op. cit., p. 292.

*afternoons in the Summer. . . » 308 Parliamentary Debates, Commons 2159. Sunday is a day apart from all others. The cause is irrelevant; the fact exists. It would seem unrealistic for enforcement purposes and perhaps detrimental to the general welfare to require a State to choose a common day of rest other than that which most persons would select of their own accord*²⁰⁹⁰.

Sin embargo, ni en los Estados Unidos, ni en España el domingo posee una significación neutra. En España resulta paradójico que, por un lado, se afirme que el descanso en domingo es una figura totalmente secular y, por otro, se acuerde internacionalmente con la Santa Sede respetarlo como día de descanso de forma privilegiada. Tampoco parece muy aceptable que el descanso dominical se haya secularizado de un día para el otro de forma total teniendo en cuenta los factores históricos y legislativos ya tratados²⁰⁹¹. Ni el domingo es un término religioso neutro, por ejemplo, para la Iglesia Católica; ni lo es el sábado para los judíos y adventistas, o el viernes para los musulmanes. Es cierto que hay símbolos y tradiciones que se han secularizado casi totalmente, aunque siempre quedará algo del sustrato religioso, por ejemplo, la paga de San Honorato del convenio colectivo de trabajo de las panaderías²⁰⁹². El patrón del oficio no tiene ya sentido religioso para casi

²⁰⁹⁰ La doctrina estadounidense es consciente de la dificultad de adaptar un calendario pensado para el cristianismo en una sociedad más plural que la española: "*Newcomers from traditions such as Islam, Hinduism, and Buddhism do not enjoy a historical connection between their religious narratives and American public life. This plays out in the workplace, among other ways, in terms of the lack of consonance between their religious holidays and the predominant US working calendar. Many aspects of American public life, including workplace schedules and the public school calendar in most places, are structured around Christmas and, to a lesser extent, Easter. Muslims cannot say the same about Ramadan or Dhu al-Hijjah, the month of pilgrimage to Mecca. If Hindus wish to celebrate Diwali or Buddhists want to observe the Buddha's birthday, they will have to take vacation time from work. For their part, Jewish persons and groups have long experienced disadvantages both in the Christendom that Tocqueville described and within the «Judeo-Christian» that reflected in Herberg's framework. For years, Jews have faced the difficulty of trying to fit in commemoration of the high holy days in September or October - a busy time of year in American public life. One of the only days when American business shuts down almost completely is Christmas Day - leaving those Americans who do not celebrate Christmas with little choice but to have a quiet day at home*". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 67.

²⁰⁹¹ "No hay que olvidar que en España partimos de una cierta realidad social y de una legislación unilateral, primero confesional, ahora aconfesional. Muchas de las normas tienen un marcado tinte «confesional», por más que en la actualidad se hayan transformado en «tradicional», en virtud de la secularización". BENASULY: "Asistencia religiosa, alimentos...", en AAVV: *Pluralismo religioso y Estado...*, op. cit., pp. 365-366.

²⁰⁹² La secularización ha provocado precisamente que no se sepa o se pueda distinguir en muchas ocasiones qué es religioso o qué profano, qué es sagrado o qué secular. Es un elemento característico de la Modernidad que no ocurría en la Edad Media, etapa histórica en que los ámbitos, a pesar de sus influencias mutuas, eran más fáciles de delimitar. Tal característica a su vez ha afectado a la identificación de las personas y las instituciones como "cristianos", como identidad diferencial: "*El cristianismo acusó los efectos disolventes de la crisis europea de identidad. El éxito cristiano en cuanto constituyente de Europa, se volvió contra él en cuanto religión. La aceptación secularizada de valores e inspiraciones cristianas, dejó al cristianismo sin muchos elementos específicos diferenciales. En cuanto que lo cristiano formaba parte del código cultural europeo, perdía valor como nota diferencial. La gestión de la cultura, del folklore, de las fiestas y de gran parte del patrimonio cristiano pasaba a instancias secularizadas o relegaba a las iglesias a referentes culturales, a costa de su específico contenido religioso. Se completaba una evolución que algunos han llamado de «salida de la religión», generada por el mismo cristianismo. La sociedad se emancipó de la religión, y mucho más del control eclesiástico, en nombre de valores ilustrados que tenían raíces cristianas. No estaban claras las diferencias de un ciudadano cristiano europeo con otro que no lo era, porque el comportamiento público era similar*". ESTRADA DÍAZ: "Globalización, postmodernidad...", en AAVV: *Historia del cristianismo...*, op. cit., p. 434.

nadie en la profesión, simplemente representa al gremio, oficio o profesión; es más una cuestión cultural, tradicional²⁰⁹³, que religiosa. Probablemente nadie conoce ni la historia del santo o los valores que representa²⁰⁹⁴. Pero tal indiferencia desde un punto de vista religioso se da en un grado mucho más bajo respecto al domingo, o respecto, por ejemplo, al Sabbath. Ni respecto al descanso en domingo, ni del descanso en sábado puede afirmarse que se hayan secularizado totalmente²⁰⁹⁵. Tampoco el Estado puede pedir a los trabajadores creyentes que compartan su visión de que tales días de descanso se han secularizado, o menos aun que por tal razón no puedan o no deban cumplir sus obligaciones religiosas²⁰⁹⁶.

Así pues, si se parte de la base de que el domingo es el día de descanso tradicional por defecto (es del todo imposible conseguir una neutralidad total respecto)²⁰⁹⁷ y desde un

²⁰⁹³ "Hay elementos del universo simbólico correspondiente a la religión católica que siguen impregnando las formas de concebir el mundo que tienen los españoles. Hemos visto cómo éstos se separan con toda claridad de la ortodoxia católica. La impregnación de estos elementos, cuyo origen está en el credo ortodoxo que fue esférico y total y que está perdiendo su carácter integral, es tan fuerte que podemos hablar de que España es un país de cultura católica, más que de religión católica". PÉREZ AGOTE POVEDA y SANTIAGO GARCÍA: *La situación de la religión...*, op. cit., p. 125. Por tal razón, aunque para la mayoría de la población librar del trabajo en domingo no lleva anudado un sentido dogmático desde el punto de vista teológico, sin duda sí que guarda un especial simbolismo cristiano y por lo tanto imbuido por la religión de raíces cristianas en contraposición a otras creencias e incluso a otros cristianos que guardan el Sabbath, como es el caso de los adventistas.

²⁰⁹⁴ "En muchos casos en los países industrializados, y entre capas de la población alejadas de los modos de vida agrícolas, el mantenimiento de comportamientos religiosos se debe al peso de la tradición. Aunque no se comprendan su significado y sus implicaciones, se realizan actos religiosos o se continúa perteneciendo a un determinado credo". DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., p. 535. Es el caso de librar el domingo o en días como el 15 de agosto. Muchos ciudadanos desconocen su significado religioso, pero ello no conlleva que no posea un carácter religioso. Que la secularización haya convertido España en un país no ya de religión católica, sino de cultura católica, no significa que los dos festivos señalados no tengan claramente un contenido religioso, cuando además tienen su origen jurídico en acuerdos entre el Estado y la confesión mayoritaria del país.

²⁰⁹⁵ "Sociedad secular es un concepto descriptivo utilizado para referirse a una sociedad en la que se ha completado el proceso de secularización, es decir, en la que las formas religiosas se han ido transformando en formas no religiosas, en la que ha descendido la observancia y en la que se ha dado un proceso de asimilación, de absorción de las instituciones religiosas dentro de la cultura general". LÓPEZ ALONSO: "Religión, Iglesia...", en AAVV: *Europa, Siglo XXI...*, op. cit., p. 37. El domingo no ha perdido totalmente, ni mucho menos, su significado religioso desde un punto de vista sociológico.

²⁰⁹⁶ Eso sí que sería abandonar la neutralidad religiosa por parte del Estado. Ni ninguna confesión ha de imponer su moralidad al Estado, ni el Estado es competente para imponer una moralidad tendente a sustituir las moralidades individuales: "History is replete with examples of efforts made by religion to turn to the state or the political order to use legal means to effect standards of personal morality that the religious communities could not accomplish through religious means even among their own members. This may be seen historically in laws bearing adultery, Sunday blue laws prohibition, and, to some extent, in many of the efforts of some groups to outlaw abortion". WOOD: "Religion, morality...", en AAVV: *Problems and conflicts...*, op. cit., p. 4.

²⁰⁹⁷ Unas interesantes reflexiones sobre herencia cristiana y neutralidad son las siguientes: "Dado que el cristianismo ha sido la matriz sociocultural en que se han gestado los pueblos de Europa, la memoria colectiva de ese pasado está jalonada por acontecimientos y personajes cristianos, el paisaje urbano está poblado de edificios e iconos cristianos, y el calendario divide el tiempo de ocio y trabajo en función de fiestas y eventos cristianos. Junto a esta memoria religiosa también hay otra memoria laica con sus monumentos, iconos y celebraciones. ¿Cómo hacer posible la laicidad en esos niveles simbólicos de la realidad sociocultural? Si desde la laicidad se quiere lograr una convivencia de las diversas visiones del mundo, ¿qué puede hacer el Estado con esa pluralidad simbólica?, ¿destruirla?, ¿hacer una relectura selectiva del pasado en función del

punto de vista práctico sería muy difícil y poco operativo disponer de varios días de descanso semanal por defecto²⁰⁹⁸. Parece claro que el derecho a la libertad religiosa en el Derecho laboral ha de ir encaminado a legislar sobre un sistema operativo para que los trabajadores que deban cumplir con el descanso semanal se les respete el domingo como día de descanso por defecto; extremo que cada vez va a ser más problemático dada la libertad cada día más amplia desde un punto de vista administrativo para abrir comercialmente los domingos. Y especialmente la legislación, más allá de los Acuerdos firmados en 1992, debería permitir la acomodación a aquellos trabajadores que hayan de tener como día de descanso preferente los viernes o los sábados, más allá del carácter dispositivo del art. 37.1 ET, sin olvidar las festividades²⁰⁹⁹. Es decir, se debe mantener

presente?, ¿mantenerla como medio de mostrar la diversidad e impulsar la convivencia? En una sociedad plural como la nuestra la esfera pública no es neutral y es muy probable que en el futuro surjan demandas en este sentido". CARMONA FERNÁNDEZ: "Cristianismo, laicismo...", en AAVV: *Historia del cristianismo...*, op. cit., p. 739. La neutralidad total es imposible conseguirla sin destruir sobre lo construido. Así, resulta mejor que las minorías religiosas construyan sobre lo construido, que sean partícipes sociales igual que las confesiones mayoritarias, que partir de cero.

²⁰⁹⁸ "En los países del occidente europeo, la sociedad civil ha procedido a la completa secularización del descanso semanal, cuya función no es religiosa sino profana: defender el derecho a la salud de los trabajadores es facilitarles el desarrollo como personas y como miembros de un grupo social. Por consiguiente, los ordenamientos laborales ni prohíben el trabajo en domingo ni garantizan a los trabajadores un descanso semanal en domingo; a lo sumo, establecen, por razones culturales y de tradición, una preferencia a favor del descanso dominical, que tiene carácter dispositivo para la autonomía colectiva y, a menudo, también para la autonomía individual". VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa y contrato...", en AAVV: *Las transformaciones del derecho...*, op. cit., p. 579. La realidad demuestra que los negociadores de los convenios colectivos suelen ser hombres, blancos, afiliados a sindicatos mayoritarios, con contrato indefinido, de mediana edad, etc. Así, muchas veces los convenios colectivos optan por el domingo como día de descanso semanal, de forma totalmente ajena a la problemática que dicha opción pueda causar a los trabajadores con creencias religiosas minoritarias, que por lo demás suelen ser también minoría en la empresa y no disponen precisamente de mucho poder de negociación. Y la autonomía individual en materia de descansos no deja de ser en la actualidad una mera ficción, excepto para los trabajadores cuya prestación de servicios goce de una gran autonomía, por lo que en parte, ven configuradas sus jornadas según objetivos o proyectos.

²⁰⁹⁹ En tal sentido: "La posibilidad de ejercer en la práctica el derecho a conmemorar las propias festividades religiosas exigiría, en principio, de una regulación que partiendo del reconocimiento del mismo que se realiza en el artículo 2.1.b LOLR, dispusiera unos criterios objetivos a los que debieran atenerse tanto empresarios como trabajadores, lo contrario, la ausencia de criterios o su indeterminación, supondría convertir lo que es un derecho del trabajador en una mera posibilidad sujeta a la voluntad del empresario". GARCÍA-PARDO GÓMEZ: "Descanso semanal y festividades...", en AAVV: *Los musulmanes en España...*, op. cit., p. 169. De forma parecida: "Aludiendo a la consabida máxima expansión y efectividad de los derechos de los trabajadores, una decisión del empresario denegatoria del cambio de los días de descanso solicitado debe estar debidamente justificada en una causa técnico-productiva a partir de la cual quede claro la verdadera imposibilidad del disfrute de ese descanso en días diferentes sin un notorio perjuicio para la empresa o de igual modo, en la constatación de que las supuestas creencias religiosas del trabajador son notoriamente insinceras. En caso contrario, una decisión arbitraria, que denegara la permuta del asueto sin un motivo real y suficientemente sólido, no podría ser calificada sino como discriminatoria y lesiva del derecho fundamental de libertad religiosa y, en consecuencia, debería ser reconocida su nulidad en caso de ser impugnada ante los tribunales del orden social, forzando entonces al empresario a conceder el cambio (...)". AAVV: *Inmigración, religión y trabajo...*, op. cit., p. 46. En todo caso ha de diferenciarse entre una decisión empresarial discriminatoria y el rechazo motivado a no adaptar las condiciones de trabajo, que simplemente puede ser vulnerador del derecho a la libertad religiosa, pero no en sí discriminatorio. También a favor de una acomodación ponderada: "La negación de un determinado descanso semanal que pone en riesgo el rito religioso puede tener justificación empresarial en la exclusiva inexistencia de actividad el sábado y domingo, siendo de más difícil argumentación cuando existe continuidad laboral durante toda la semana. En este caso, tan sólo la imposibilidad de la acomodación religiosa, al estar saturado el

como hasta ahora unos mínimos de Derecho imperativo y permitir al mismo tiempo las acomodaciones necesarias²¹⁰⁰, manteniendo especialmente para los casos no relevantes constitucionalmente el carácter dispositivo para poder pactar las fechas de disfrute. Y donde no llegue la legislación, deberían llegar los órganos jurisdiccionales con los criterios de acomodación ya explicados²¹⁰¹. Tal y como indica el art. 6.3 del Convenio de la OIT sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (núm. 106): "*El período de descanso semanal coincidirá, siempre que sea posible, con el día de la semana consagrado al descanso por la tradición o las costumbres del país o de la región*". Pero según su apartado cuarto han de tenerse en cuenta las minorías religiosas: "*Las tradiciones y las costumbres de las minorías religiosas serán respetadas, siempre que sea posible*".

Desde un punto de vista práctico no es tan complejo encontrar soluciones en esta materia, dado que el legislador disfruta de margen de maniobra (la Constitución poco dice

descanso pretendido o por no poder rotar a otros trabajadores de la empresa para trabajar dicho día, podrá superar la ponderación de la libertad de empresa respecto a la libertad religiosa". LAHERA FORTEZA: "Libertad religiosa y condiciones...", *op. cit.*, p. 9.

²¹⁰⁰ Ciertamente grado de imperatividad y coerción es muy necesario en esta materia dada la desigualdad existente entre los trabajadores vistos desde un punto de vista individual y el poder negociador de las empresas que operan en el mercado con la finalidad de garantizar lo que es sin duda una conquista social, un avance civilizatorio: "*It is true that, even in a pre-capitalist economy, it would be difficult to guarantee rest to everyone without imposing it on everyone. Public holidays require coercion. The absolute ban on work of any sort is unique (...) to the Jewish Sabbath; but without some general sense of obligation and some enforcement mechanism, there could be no holidays at all. That is why, as obligation and enforcement have declined, holidays have ceased to be public occasions, have been attached to weekends, have become undifferentiated pieces of individual vacations. One can here an argument for «blue laws, which can be justified much as taxation is justified: both have the form of a charge on productive or wage-earning time for the sake of communal provision. Sabbath rest is more egalitarian than the vacation because it can't be purchased: it is one more thing that money can't buy. It is enjoined for everyone, enjoyed by everyone*". WALZER: *Spheres of justice...*, *op. cit.*, p. 193.

²¹⁰¹ Incluso Stuart Mill medió en esta materia dado el potencial limitador de las libertades que puede llevar anudado establecer un día determinado de la semana como de descanso obligatorio en las sociedades modernas. Así, para dicho pensador la *Sabbatarian legislation* se trata de un ejemplo de interferencia ilegítima en las libertades individuales del ciudadano: "*Without doubt, abstinence on one day in the week, so far as the exigencies of life permit, from the usual daily occupation, though in no respect religiously binding on any except Jews, is a highly beneficial custom. And inasmuch as this custom cannot be observed without a general consent to that effect among the industrious classes, therefore, in so far as some persons by working may impose the same necessity on others, it may be allowable and right that the law should guarantee to each the observance by others of the custom, by suspending the greater operations of industry on a particular day. But this justification, grounded on the direct interest which others have in each individual's observance of the practice, does not apply to the self-chosen occupations in which a person may think fit to employ leisure; nor does it hold good, in the smallest degree, for legal restrictions on amusements. It is true that the amusement of some is the day's work of others; but the pleasure, not to say the useful recreation, of many, is worth the labour of a few, provided the occupation is freely chosen, and can be freely resigned. The operatives are perfectly right in thinking that if all worked on Sunday, seven days' work would have to be given for six days' wages; but so long as the great mass of employments are suspended, the small number who for the enjoyment of others must still work, obtain a proportional increase of earnings; and they are not obliged to follow those occupations if they prefer leisure to emolument. If a further remedy is sought, it might be found in the establishment by custom of a holiday on some other day of the week for those particular classes of persons*". STUART MILL: "On liberty", en AAVV: *Utilitarianism...*, *op. cit.*, pp. 159-160. Como se puede observar, el autor defiende el descanso de las personas, pero deplora las imposiciones, por lo que, como las necesidades de las personas son tan diferentes, especialmente las religiosas, insta a realizar acomodaciones en los casos necesarios.

al respecto y la normativa internacional de aplicación es flexible y es precisamente favorable a tener en cuenta las necesidades religiosas de las minorías) y el Derecho del Trabajo es maleable respecto este tipo de cambios estructurales²¹⁰². En general el disfrute del descanso dominical es un tema más o menos poco problemático para aquellos trabajadores que desde un punto de vista religioso han de librar dicho día²¹⁰³.

Y respecto los sábados, son los trabajadores adventistas²¹⁰⁴ y judíos²¹⁰⁵ quienes podrían necesitar de tal acomodación. Tales trabajadores en el total de asalariados suponen un porcentaje bajo, y además podrían contribuir a cubrir aquellas actividades en que muchos trabajadores prefieren no prestar servicios en domingo. Los términos de la prohibición de descansar durante el Sabbath no son pacíficos dentro del judaísmo. La *Mishná* (primera parte del Talmud) relaciona treinta y nueve tareas que no se pueden llevar a cabo; entre ellas cultivar la tierra, cocinar o comerciar). Los comentarios rabínicos han ido añadiendo nuevas tareas. Al tratarse el texto base de un documento del siglo V, existen muchas discusiones doctrinales sobre los límites de la prohibición²¹⁰⁶. Por lo tanto, en esta materia

²¹⁰² Así se ha puesto de manifiesto, aunque la neutralidad total es imposible porque los festivos y el descanso semanal tienen los orígenes que tienen, que el legislador puede operar con los numerosos instrumentos legales existentes y, en uso del margen de maniobra del que goza en esta materia (la Constitución poco dice al respecto como se ha visto), encontrar una solución a la problemática: "*Holidays and vacations are two different ways of distributing free time. Each has its own internal logic - or, more exactly, vacations have single logic, while every holiday has a particular sub-logic, which we can read out of its history and rituals. One can imagine a mix of holidays and vacations: something like what we have known for the past century. And while the mix seems unstable, it does permit, as long as it lasts, some policy choices*". WALZER: *Spheres of justice...*, op. cit., p. 196.

²¹⁰³ Por ejemplo, en una investigación empírica se constató la importancia que tenía para los bautistas españoles dedicar el domingo como día consagrado a Dios. Así, entonces manifestaban que el cristiano ha de abstenerse de todo trabajo que no sea obra de misericordia. SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones no católicas...*, op. cit., p. 44.

²¹⁰⁴ Sobre los adventistas y el sábado como "creencia fundamental" de dicha confesión: "*Los Adventistas del Séptimo Día creen que el benéfico Creador descansó el séptimo día después de los seis días de la Creación, e instituyó el sábado para todos los hombres como un monumento de la Creación. El cuarto mandamiento de la inmutable ley de Dios requiere la observancia del séptimo día como día de reposo, culto y ministerio, en armonía con las enseñanzas y la práctica de Jesús, el Señor del sábado. El sábado es un día de deliciosa comunión con Dios y con nuestros hermanos. Es un símbolo de nuestra redención en Cristo, una señal de santificación, una demostración de nuestra lealtad y una anticipación de nuestro futuro eterno en el reino de Dios. El sábado es la señal perpetua de Dios del pacto eterno entre él y su pueblo. La gozosa observancia de este tiempo sagrado de tarde a tarde, de puesta de sol a puesta de sol, es una celebración de la obra creadora y redentora de Dios*". AAVV: *Creencias de los Adventistas...*, op. cit., p. 288.

²¹⁰⁵ "*Como el calendario judío es un calendario lunar y no solar, el día no comienza con la salida del sol, sino con su puesta. El sábado empieza, pues, cuando se acaba la luz solar del viernes, y dura hasta que aparecen las primeras estrellas veinticuatro horas después. La plegaria del anochecer de (nuestro) viernes saluda la llegada de la fiesta, que después se prolonga en una cena familiar donde todo (desde la vajilla hasta la ropa, pasando por los cánticos y las oraciones) ha de contribuir a reforzar este carácter festivo. El sábado, en la sinagoga, se celebra un oficio con la lectura de la Torá y los profetas, con comentario o sermón a cargo del rabino, además de las habituales plegarias de cada día*". AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 45.

²¹⁰⁶ AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 35. En un sentido parecido: "*Junto a la torá tomada como norma de conducta y como consecuencia de la necesidad de adaptarla a las constricciones de la vida concreta, ya desde la época antigua comenzó a formarse la torá oral. Frente a la escrita, superior e inmutable y originada en la revelación a Moisés (según la opinión ortodoxa), se fue construyendo una torá abierta, consolidada por generaciones de maestros de la doctrina que buscaban responder a los retos de un mundo cambiante para los que no había respuesta en la antigua torá. El judaísmo farisaico, centrado en la práctica religiosa cotidiana, necesita todavía hoy, para cumplir correctamente con la voluntad divina, interpretarla. Los ejemplos de la aparición*

cada trabajador creyente ajustará su conducta a unas creencias que pueden diferenciarse en alto grado con las de otros trabajadores de la misma religión al no existir ni mucho menos una unidad de criterios. El Derecho habrá entonces de analizar las convicciones del trabajador particular, independientemente de cualquier ortodoxia religiosa en la materia. No ha de olvidarse que la secularización no sólo ha afectado a los católicos y a los protestantes, sino que también ha afectado a las comunidades judías; por lo que dichas comunidades distan de someterse a una sola ortodoxia y se divide en corrientes muy diferentes, sin olvidar la libertad individual de cada creyente²¹⁰⁷. En cuanto a la dieta o la celebración del Sabbat hay que diferenciar entre judíos ortodoxos, conservadores y liberales o reformistas²¹⁰⁸:

1) Ortodoxos: es un grupo heterogéneo y minoritario dentro del judaísmo mundial (15% del total). Su apego a la literalidad de los preceptos religiosos es alto y conforman un grupo de presión importante que, por ejemplo, puede influenciar en el gobierno israelí para que el transporte público no funcione los sábados en Israel. Siguen de modo estricto la Torá y la interpretación rabínica. Tienden a la segregación, incluida respecto a su indumentaria, y en ocasiones se enfrentan con otros judíos por no cumplir estrictamente el precepto sabático.

2) Conservadores: son más flexibles que los ortodoxos y, a diferencia de ellos, son partidarios de la crítica textual bíblica siempre que los puntos considerados esenciales permanezcan invariables. Son laxos a la hora de cumplir con el precepto sabático si estiman que el mal acarreado por su incumplimiento es mayor que el beneficio alcanzado. Asimismo, tienen una posición más flexible respecto los ortodoxos respecto las normas alimentarias; así, puede que no separen estrictamente las vajillas entre las destinadas a carne y las usadas para la leche o sean laxos en el consumo de comida no *kosher*. Asimismo son flexibles respecto al papel de la mujer y, por ejemplo, hay rabinas conservadoras desde 1985.

3) Liberales o reformistas: son racionalistas y partidarios de adaptar el judaísmo al mundo actual. Aceptan el contexto laico de los Estados donde residen y la moral común. Tienden

de la luz eléctrica, el motor de explosión o el teléfono son muy ilustrativos, pues al ser estimados como fuego en su esencia, están sometidos a las mismas precauciones que éste. Como el precepto sabático (honrar el día de fiesta) impide encender fuego en el día de descanso, resulta para un judío ortodoxo imposible usar el teléfono, la electricidad o el automóvil en sábado (lo que lleva a que, por ejemplo, en Jerusalén se suspenda ese día el servicio de transporte público)".

DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op cit., p. 337.

²¹⁰⁷ "Religion, including religious law, in all Western democracies came to be viewed increasingly as a matter of private preference, something with which the state did not interfere unless it saw its own moral hegemony challenged by religious laws and authorities. This, a system of religious law like halakhah (traditional Jewish law) has come to lose most of its public character in modernity. Jewish law has become «religious» according to the modern Western notion of religion; it is a private matter among consenting individuals who have already ceded (explicitly or tacitly) public legal and even much moral authority to the secular society and its nation-state. As such, halakhah no longer functions as a form of public law because the religious community, governed according to its norms, is nothing more than a private corporation. So, even if the old correlation of law and religion still operates in and for traditional Jewish communities, which have become religious denominations rather than local communities in the old sense, that correlation is no longer co-extensive with all of life even there". NOVAK, David: "Law and religion in Judaism", en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 50.

²¹⁰⁸ DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., pp. 363-364.

a una práctica privada del judaísmo y no se autosegregan, por lo que es difícil distinguirlos de otros ciudadanos. Aceptan el rabinado femenino desde 1972.

En cuanto a los viernes los principales implicados son los trabajadores musulmanes, pero en su caso las obligaciones religiosas no requieren el disfrute de todo el día entero; sino que simplemente necesitan el tiempo necesario para poder llevar a cabo la oración del viernes²¹⁰⁹, y sus obligaciones religiosas no les impiden trabajar el resto de días sin problemas. No es tradicional para el islam la institución de disponer de un día de descanso semanal para cumplir con las obligaciones religiosas como ocurre con cristianos o judíos²¹¹⁰, aunque muchos países islámicos fijan el viernes como día de descanso semanal, ya que es preferible que otros días²¹¹¹. En la STSJ del País Vasco núm. 1760/2013 de 15 octubre (AS 2014, 1134) se analiza precisamente el caso de un trabajador musulmán que es despedido por abandonar su puesto de trabajo antes de la hora algunos viernes. El Tribunal ratifica la procedencia del despido pues no queda acreditado que el trabajador asistiera efectivamente a la oración comunitaria. La sentencia valora especialmente que el trabajador otorgó su consentimiento a un horario de trabajo los viernes que al poco de iniciarse la ejecución del contrato ha incumplido de forma flagrante: *"Nos llama profundamente la atención el hecho de que haya otros musulmanes practicantes en la empresa y que éstos no hayan planteado conflictos y que lo que el demandante ha hecho, desde el 10 de febrero de 2012, es una modificación unilateral de la jornada laboral los viernes, reduciéndola hora y media, sin que conste que haya compensado en forma alguna la misma, que, cuando menos hubiese requerido conformidad empresarial, que no es el caso, pues la empresa ha ido sancionando al demandante desde entonces. Por otra parte, tan incompatible con tal rezo era esa jornada cuando se suscribió el contrato entre partes como cuando el trabajador comenzó a ausentarse del trabajo antes de tiempo los viernes. La contratación laboral fue asumida voluntariamente por el demandante, nadie se la impuso y la misma tenía aquel horario. Si no le convenía el trabajo entonces, no debió contratarse en esa jornada; lo que no cabe*

²¹⁰⁹ "Las reclamaciones de los musulmanes no se basan, estrictamente, en una objeción de conciencia debida a un descanso preceptivo, sino más bien a la necesidad de contar con tiempo para el cumplimiento de sus deberes religiosos". BENASULY: "Asistencia religiosa, alimentos...", en AAVV: *Pluralismo religioso y Estado...*, op. cit., p. 371.

²¹¹⁰ "En lo que se refiere al descanso semanal, en caso de los islámicos, las dificultades que se plantean no son, ni de lejos, comparables a las que surgen respecto a judíos o adventistas. En este sentido, si bien es cierto que la mayoría de los países islámicos fijan el viernes como día de descanso semanal, mientras que el día de precepto para judíos y adventistas es el sábado – lo que, en principio, facilita su reconocimiento, por cuanto el sábado en nuestro país es un día no laborable en muchas empresas, además de no lectivo -, hay que poner de relieve que, ni la consideración del viernes como día de reposo es una práctica generalizada – aunque sí muy extendida – en los países islámicos, ni puede decirse que el establecimiento del viernes, ni de ningún otro día de la semana, como día de reposo, obedezca a la tradición islámica, que es ajena a la institución del descanso semanal, sino a la difusión de la normativa internacional en materia de tutela de los trabajadores. A partir de aquí, parece razonable que la mayor parte de los países islámicos se hayan decantado por el viernes como día de descanso semanal, por cuanto es el día dedicado a la oración colectiva en la mezquita". GARCÍA-PARDO GÓMEZ: "Descanso semanal y festividades...", en AAVV: *Los musulmanes en España...*, op. cit., pp. 172-173.

²¹¹¹ "El día del viernes es el día de descanso en los países islámicos (*iaum al-yum'a* día de la asamblea) es un día importante para los musulmanes. La comunidad acude a las grandes mezquitas (*yámi*) para celebrar la oración solemne *yum'a* durante la cual todas las actividades profesionales y comerciales cesan". TATARY BAKRY, Riay: "El Islam en España", en AAVV: *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006, p. 141.

es que, escaso pasado mes y medio de su contratación, se den tales ausencias impuestas unilateralmente. No es que la profesión de la fe musulmana impuso tal conducta empresarial, sino que el demandante asumió una jornada al contratarse y luego la pretendió modificar de propia mano, no asumiéndolo la empresa, que sanciona, reitera la orden de mantener el horario los viernes y advierte de consecuencias de futuras sanciones de persistir en las vías de hecho los siguientes viernes. El demandante mantiene la conducta en los sucesivos, pese a los cuatro requerimientos empresariales previos al despido, sin siquiera acudir a la jurisdicción en su caso para obtener el cambio de jornada" (Fundamento de Derecho Tercero). Es evidente pues en el presente supuesto la mala fe del trabajador y el abuso de derecho, ya que opone el derecho a la libertad religiosa frente a un despido que trae su causa a todas luces en su falta de cumplimiento de los más básicos deberes del contrato de trabajo.

Al mismo tiempo, los trabajadores de otras confesiones religiosas diferentes a las mayoritarias deberían poder ajustar las condiciones de trabajo para poder celebrar sus festividades más centrales, pues en esta materia sí que hay terreno por recorrer dado que el calendario laboral está ocupado normalmente por fiestas cívicas y religiosas de la confesión mayoritaria, y compartida en ocasiones con alguna confesión minoritaria²¹¹². Una modificación legal en este aspecto sería de gran utilidad, ya no sólo por la ineficacia

²¹¹² "Most modern structures, even those ostensibly secular, reflect a tradition of public mores, which has grown out of their respective historical experiences. Typically this results in a certain bias towards a given religious tradition (...). In almost all states religious heritage is also expressed in subtle and overt preferences for certain religious practices over others, typically in the celebration of holidays (holydays) derived from religious roots". MARTIN: "Inter-faith dialogue...", en AAVV: *Encuentro de las tres confesiones...*, op. cit., p. 40. En un sentido parecido: "A more useful approach would be to ask whether the general rule genuinely serves all, or is simply a normalization of the dominant culture. Apparently secular rules, such as dress codes or days of rest, are frequently modeled on Christian customs. Where this is the case, there should be a duty to accommodate, unless there is a clear conflict with another's rights". FREDMAN: *Discrimination law...*, op. cit., p. 221. Ya respecto a España en particular: "Uno de los mayores problemas que plantea el ejercicio del derecho de libertad religiosa de los musulmanes en España – y el mundo occidental, en general-: el del cumplimiento de sus obligaciones religiosas y la conmemoración de sus propias festividades, en cuanto que el calendario laboral español no se ajusta, ni se inspira, ni tiene mínimamente en cuenta las creencias religiosas musulmanas". GARCÍA-PARDO GÓMEZ: "Descanso semanal y festividades...", en AAVV: *Los musulmanes en España...*, op. cit., p. 167. Y en nada ayudan los Acuerdos de 1992: "Aquests drets no s'exerceixen, fins a on nosaltres sapiguem. Els motius són evidents: la reticència dels empresaris s'uneix a la por dels treballadors musulmans (en molts casos en situació laboral inestable) a crear problemes i enemistar-se amb els empresaris. A això s'afegeix el desconeixement d'aquest dret per parts dels interessats. El dret està aquí, i això és important, però perquè sigui realment efectiu fa falta un període d'aprenentatge mutu, en el qual la societat espanyola s'acostumi a pensar en termes de pluralisme, i els propis musulmans arribin a considerar que aquest país és també el seu, i que si els cristians celebren el Nadal, ells tenen dret a celebrar el eid al-adha, el dia més gran". PRADO: *El retorn de l'islam...*, op. cit., pp. 134-135. Tambien de forma crítica: "Los ciudadanos musulmanes siguen teniendo dificultades para disfrutar de las horas recuperables y las festividades sustituibles por motivos religiosos, dependiendo de la compensación individual del empleador en esta materia". TATARY BAKRY: "El Islam...", en AAVV: *La nueva realidad religiosa...*, op. cit., p. 156.

evidente de los Acuerdos de 1992 en la materia²¹¹³, sino también porque entonces muchas empresas unilateralmente tendrían en cuenta la diversidad religiosa²¹¹⁴.

Respecto a la peregrinación a la Meca el periodo de vacaciones anual retribuido debería ser suficiente para satisfacer esta necesidad religiosa que pueda tener el trabajador musulmán. La peregrinación a La Meca (denominado Hajj o Haj en árabe) es el quinto de los pilares del islam²¹¹⁵. Así, parecen suficientes para este fin las vacaciones anuales retribuidas que el art. 38 ET reconoce a cualquier trabajador (mejoras aparte que pueda prever el convenio colectivo de aplicación o los acuerdos individuales). Téngase en cuenta que a La Meca el fiel musulmán ha de ir una vez en la vida, no de forma periódica y siempre y cuando tenga los medios económicos y las condiciones de salud necesarias (cosa que ocurrirá probablemente cuando el trabajador sea más o menos joven y esté en plena vida laboral); y además de las creencias musulmanas no se desprende que dicho viaje deba llevarse a cabo en un momento concreto. Por lo tanto, dicha flexibilidad religiosa permite que el trabajador musulmán pueda utilizar sus vacaciones retribuidas para ese fin sin necesidad de solicitar una excedencia voluntaria u otra figura jurídica equivalente que pudiera ocasionarle perjuicios económicos o de otra índole (por ejemplo, en materia de carrera de cotización).

Unos autores, de acuerdo con los estándares de las Naciones Unidas en el ámbito de libertad religiosa, elaboraron un *Model Law on Freedom of Religion and Belief*, es decir, un modelo legislativo para garantizar la libertad religiosa basado en los estándares internacionales sobre derechos humanos. En el art. 4 se puede leer lo siguiente: “*No one may be compelled to profess a religion or a belief or to participate in any way in the acts or ceremonies of any form of worship or other religious activity, nor to observe its days of rest*”. En el art. 5.k) se reconoce el derecho “*to have reasonable accommodation in employment, military or alternative service, schools and prisons, for manifestations of their*

²¹¹³ Por ejemplo, los musulmanes han criticado precisamente la falta de desarrollo legislativo de cuestiones incluidas en el Acuerdo de 1992, como la celebración de fiestas, extremo que impide su aplicación práctica. ESCUDERO, Mansur: “El islam, hoy en España”, en AAVV: *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006, pp. 170-171.

²¹¹⁴ Es precisamente lo que ocurre en Estados Unidos. El marco legal, unido a una cultura atenta y sensible a la diversidad, facilita que las empresas sean proactivas en la materia. Es el caso, por ejemplo, de un despacho de abogado de Texas: “*A law firm in Houston, Texas, has implemented a similar practice for its employees. In addition to the basic national holidays observed by the whole firm, each employee at Vinson & Elkins is able to choose two other paid days from a list of religious, cultural, and secular holidays that firm leaders have developed and regularly revise in consultation with employees. For example, a group of Native American employees in the law firm recently worked to determine holidays from their traditions. According to the director of administration at Voinson & Elkins, the firm has opted to employ a list of approved holidays - rather than simply offer more private vacation time - in order «to make a statement that it celebrates its diversity»*”. HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 186. Por ejemplo, en España se podría tener en cuenta las festividades musulmanas que afecta a un buen número de trabajadores: “*Para todos los musulmanes las dos únicas fiestas son la fiesta de la ruptura del ayuno (‘id al-fitr) y la fiesta del sacrificio (‘id al-adhà), denominada también ‘id al-kabir y es la fiesta que culmina la peregrinación a la Casa de Dios*”. TATARY BAKRY: “El Islam...”, en AAVV: *La nueva realidad...*, op. cit., p. 141. Como se puede comprobar, en el supuesto de los musulmanes es relativamente fácil acomodar sus celebraciones, pues únicamente dos son las centrales.

²¹¹⁵ “*Cabe entender (...) que los musulmanes residentes en España que decidan realizar la peregrinación a La Meca deberán disponer de sus vacaciones para ello*”. GARCÍA-PARDO GÓMEZ: “Descanso semanal y festividades...”, en AAVV: *Los musulmanes en España...*, op. cit., p. 192.

*religion or belief*²¹¹⁶. Es decir, la acomodación religiosa en materia laboral es una figura que debería incluirse de forma estándar en todas las legislaciones del mundo.

Respecto los trabajadores de otras confesiones religiosas difícilmente surgirán controversias jurídicas en esta materia, aunque quizás sí respecto otros ámbitos. Por ejemplo, el sijismo no contempla un día de congregación obligatoria en el templo. El devoto puede acudir cuando quiera y con la frecuencia que elija; el grueso del culto tiene lugar en el hogar. No obstante, se recomienda al sij visitar las *gurdwaras* con regularidad, que conforman uno de los focos de vida religiosa del sijismo²¹¹⁷.

En los Estados Unidos no sólo la legislación y los jueces intentan acomodar las condiciones de trabajo a los trabajadores creyentes, sino que han proliferado las empresas mercantiles que se guían por preceptos religiosos en los negocios del día a día. Así, algunas de ellas ayudan a sus trabajadores a que puedan compatibilizar sus creencias con el descanso semanal y las festividades²¹¹⁸. No obstante, tales empresas, que no son de tendencia porque se trata de empresas mercantiles que realizan actividades económicas ordinarias con ánimo de lucro, pueden más fácilmente que otras incurrir en conductas discriminatorias.

En todo caso, aquí las reglas de ajuste razonable son las ya explicadas, las generales. Se ha discutido por la doctrina el valor que deba tener para el Derecho del Trabajo la poligamia. Por ejemplo, en aquellos casos en que el matrimonio es requisito para ejercer ciertos derechos, como es un permiso retribuido²¹¹⁹. El Derecho laboral está supeditado al Derecho Civil en esta materia respecto a la cual queda fuera de su objeto de regulación. Si el Derecho Civil reputara válidos los matrimonios polígamos, el Derecho laboral debería anudar entonces las consecuencias jurídicas consecuentes en su ámbito, incluidas las relativas a los permisos retribuidos.

²¹¹⁶ SHELTON y KISS: "A draft model law...", en AAVV: *Religious human rights...*, *op. cit.*, pp. 562 y 563.

²¹¹⁷ PÁNIKER: *Los sikhs...*, *op. cit.*, pp. 268-269.

²¹¹⁸ Así, es interesante la explicación al respecto que ofrece el propietario de una empresa muy conocida en los EUA, que explota una cadena de restaurantes, y que optó por cerrar los domingos a diferencia del resto de negocios del sector: "*As a Christian, I was taught that Sunday was the Lord's Day, a time for rest, worship and family togetherness. Keeping all of our Chick-fil-A restaurants closed on Sundays has allowed our restaurant employees to spend time with their families and to refresh themselves physically, mentally and spiritually each week. This policy also has enabled us to attract people who appreciate these values, and I feel our people are more productive as a result. Critics often tell me, «Look at all the business you're losing». As a Christian, I respond that I have honored God by adopting this principle. As a businessman I point out that, in many cases, our Chick-fil-A restaurants generate more sales per square foot in the same setting in six days than many other restaurants do in a full week*". LAMBERT III: *Spirituality...*, *op. cit.*, p. 58. No parece que se ayude a los trabajadores con creencias no cristianas a ejercer su derecho a la libertad religiosa. Se afirma expresamente que se atrae a trabajadores afines a dichos valores, es decir, sólo cristianos, y quizás de determinadas denominaciones. En España tal conducta empresarial podría ser calificada fácilmente de discriminatoria. Al mismo tiempo, se evidencia una vez más que el domingo en las sociedades industrialmente avanzadas no está del todo secularizado como día de descanso semanal. Que para algunos ciudadanos no tenga ningún significado religioso, no significa que no lo tenga para nadie. Ha de tenerse en cuenta que se trata de una empresa con más de 950 restaurantes en EUA, y que ha optado por motivos religiosos cerrar el domingo, que es un día tradicionalmente de apertura en la hostelería por depender de dicho día buena parte de la facturación semanal.

²¹¹⁹ RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*. 1ª edición. Oviedo: Consejo Económico y Social de Asturias, 2009, pp. 102-106.

4.4.2. Otras religiones en auge: especial relevancia del Ramadán como festividad significativa en el ámbito laboral

Quizás se recordará el despido de cuatro trabajadores producido en Francia en julio de 2012. Se trataba de cuatro monitores de tiempo libre musulmanes que estaban en pleno ayuno por razón de la celebración del Ramadán. Los trabajadores alegaron su derecho fundamental a la libertad religiosa; por el contrario, la empresa defendió que los trabajadores habían incumplido de forma grave su contrato de trabajo, ya que dicho contrato incluía una cláusula que "*les obliga, durante la estancia estival, a nutrirse e hidratarse*" durante todo el día. Además, la alcaldía, porque el empresario era un Ayuntamiento, no una empresa privada, declaró que los trabajadores "*no han respetado las obligaciones de su contrato de trabajo, poniendo así en peligro la seguridad física de los niños que vigilan*". Para los responsables municipales, la falta de alimentación y de hidratación "*puede conducirles a no estar en posesión de los medios necesarios para asegurar el buen desarrollo y la seguridad de las actividades*". Los trabajadores, en cambio, se sintieron discriminados²¹²⁰.

Se ha querido diferenciar el Ramadán de las otras festividades, por razón de sus especiales características y el gran número de trabajadores que celebra dicha festividad. De este modo, se entiende que merece una atención adicional y que es una temática cuyo estudio debería irse desarrollando por la doctrina desde las diferentes disciplinas jurídicas, pero especialmente por el Derecho del Trabajo y las disciplinas preventivas. La doctrina laboralista de otros países hace años que están desarrollando estudios en la materia. Por ejemplo, la alemana ya analizó en los años sesenta del siglo XX los conflictos causados por la festividad del Ramadán en la ejecución del contrato de trabajo en el contexto de los denominados *Gastarbeiter*²¹²¹.

Los meses lunares islámicos son doce²¹²²:

1. Muhárram
2. Sáfar
3. Rabī' l-awwal
4. Rabī' zani
5. Yumadà l-ulà
6. Yumadà zanía
7. Ráyab
8. Sa'bán
9. Ramadán
10. Sawwal
11. Dul ca'da
12. Dul hiyya

²¹²⁰ <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/07/31/internacional/1343744266.html>

²¹²¹ SCHEUNER: "Die Religionsfreiheit...", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz...*, op. cit., p. 373.

²¹²² TATARY BAKRY: "El Islam...", en AAVV: *La nueva realidad religiosa...*, op. cit., p. 141.

Por lo tanto, el Ramadán es el noveno mes. Por evidentes razones metodológicas ha de examinarse en primer lugar el Corán, concretamente la Sura 2, 185: "*Ramadán (el mes del ayuno) es el mes en que fue (iniciada) la revelación del Corán: guía universal con evidencias que aclararán la verdad y el Criterio (que discierne entre lo justo y lo injusto). Observar el ayuno de este mes es una obligación de todo residente apto. Sin embargo, los que no puedan hacerlo o se sientan indispuestos o los que se encuentren de viaje deberán ayunar (cuando puedan) los días perdidos. (Ved que) Dios, lejos de agobiaros, más bien os da facilidades. Cumplid, pues, el cómputo fijado (para el ayuno), para que seáis dignos de ensalzar y agradecer a Dios (por haberos dado la oportunidad de ayunar)*". Como se puede observar, el mes del Ramadán, noveno mes en el calendario lunar musulmán, viene caracterizado por la obligación de ayunar, aunque se trata de una obligación sometida a excepciones²¹²³.

En la Sura 2, 187 se preceptúa a partir de qué momento se puede ingerir alimentos y tomar líquidos. En lo que aquí interesa se dice que "*solicitando (la descendencia) que Dios ha prescrito, podéis comer y beber hasta el albor del amanecer. A partir de entonces, absteneos hasta la desaparición del sol en el horizonte (...)*".

Al mismo tiempo, es interesante tener en cuenta la Sura 2, 183, que explica la finalidad del ayuno en general: "*¡Creyentes! Se os ha prescrito el ayuno, tal como fue prescrito a comunidades precedentes, para que seáis disciplinados*". Y en la Sura 2, 184 se introducen excepciones al deber del ayuno: "*Son días señalados. Sin embargo, los enfermos y los viajeros (están exentos del ayuno, a condición de que) ayunen posteriormente los días perdidos. Si a un residente le resulta penoso ayunar, deberá alimentar a un pobre en sustitución de cada día no ayunado, y cuanto más generoso sea mejor para él. Pero sabed que, en todo caso, el ayuno es más provechoso para vosotros*".

En pocas palabras, existe un deber general de ayunar para todos los creyentes, salvo algunas excepciones, y después se prevé el deber específico de ayunar en el mes lunar del Ramadán, mes en el que Mahoma tuvo su primera revelación; y dada su naturaleza lunar el mes puede coincidir según las épocas en meses más o menos calurosos²¹²⁴.

²¹²³ "*El ayuno (sawn) del Ramadán, el noveno mes del calendario islámico, se hace en conmemoración de la revelación recibida por Mahoma. En un primer momento tuvo unas características muy similares a la fiesta del Yom Kipur de los judíos, pero a medida que Mahoma fue distanciándose de los judíos, él mismo modificó su contenido y significación. Durante todo el mes, no se puede comer ni beber (ni fumar, ni tener relaciones sexuales) desde que se hace de día hasta la puesta del sol. Al anochecer, sin embargo, se prepara una buena comida; y al acabar el mes se celebra una de las grandes fiestas del año (idu I-fitr o idu I-sagir). AAVV: Las otras religiones..., op. cit., p. 202; "Del mismo modo que la azalá marca el ritmo del día (en sus principales fases astronómicas - sol en orto, cenit y ocaso -) y la predicación del viernes es semanal, el ritmo del año lo marca el ayuno del ramadán (sawm), el tercer pilar de la fe islámica". DIEZ DE VELASCO: Introducción a la historia..., op. cit., p. 493.*

²¹²⁴ "*El ayuno puede realizarse en cualquier ocasión; pero el ayuno mayor y prescrito es el del Ramadán, mes lunar en que tuvo lugar la primera revelación del Korán a Mahoma. El buen musulmán lo observa con todo rigor durante las horas diarias de luz solar; y a veces con sacrificio tanto más costoso por cuanto el calendario lunar musulmán no se ajusta al ciclo solar y por tanto el mes de Ramadán puede coincidir con meses muy fríos o muy calientes*". SANS: "Síntesis de historia...", en AAVV: Filosofía de la religión..., op. cit., p. 64. En opinión de Hume en el siglo XVIII: "*Pues, aun sin mencionar las excesivas penitencias de los brahmanes y monjes budistas, es seguro que el Ramadán de los turcos, período durante el cual los pobres hombres permanecen sin comer y sin beber por muchos días, a menudo en la época más calurosa del año y en lugares*

Asimismo en el islam es muy relevante la disciplina y el sometimiento a Dios²¹²⁵, por lo que es importante para el trabajador musulmán poder cumplir con los preceptos religiosos.

Como se ha tenido ocasión de examinar previamente, el art. 12.1 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, aprobado por la Ley 26/1992, prevé expresamente las necesidades religiosas inherentes al Ramadán, pero no deja de ser una declaración de buenas intenciones al condicionar toda aplicabilidad real del precepto al acuerdo entre empresa y trabajador²¹²⁶. Asimismo, de forma tímida algunos convenios colectivos han afrontado el reto de facilitar la acomodación de las condiciones de trabajo por causa del Ramadán, por ejemplo, a través de la previsión de una jornada intensiva.

Muchos trabajadores musulmanes, si tienen la posibilidad, optan por pasar el Ramadán con la familia. Desde dicho punto de vista, es posible que algunos de ellos opten directamente por solicitar las vacaciones anuales en un período coincidente con dicho mes lunar, que cambia por ello de año a año. Especialmente en aquellos casos en que la familia esté en otro país²¹²⁷. Como no se trataría quizás en tal caso de una necesidad

donde el clima es de lo más cálido del mundo, es seguro –digo– que este Ramadán es más severo que la práctica de cualquier deber moral (...). HUME: *Historia natural...*, op. cit., pp. 105-106.

²¹²⁵ Sobre el especial sometimiento del creyente musulmán a las normas religiosas: *"Generalmente suele aceptarse que islam significa sumisión, la sumisión del creyente a Dios (Alah). La palabra expresa sobre todo el sentimiento de dependencia del hombre ante la inconmensurable omnipotencia divina, a la cual la persona humana debe someterse. La sumisión es el principio dominante inherente a todas las manifestaciones del islam: en sus ideas, formas, ética y culto. Si el hecho religioso suele comprender una relación de sumisión del hombre hacia la divinidad, ese componente alcanza su mayor expresión en el islam"*. BUENO SALINAS y GUTIÉRREZ DEL MORAL: *Proselitismo religioso...*, op. cit., p. 72. Como dejó dicho uno de los más grandes sociólogos de la religión de todos los tiempos: *"For Muhammad the kafir is not, as we usually translate, the «unbeliever», but rather the ungrateful man who is careless of the divine compassion. For him only Islam, willing submission to the will of God, can bring salvation"*. BELLAH: *Essays on religion...*, op. cit., p. 33. Fragmento citado de su trabajo "Religious evolution". Asimismo: *"The act and word of God stand outside the natural world and break or threaten to break every natural structure. Here and individual, first of all Muhammad but after him (at least in principle) every Muslim, is called upon to stand out from every tie of kinship and polity if need be. A higher obligation to God makes every man not in the first place in a member of a given clan or tribe or town, but a self in direct relation to an eternal deity"*. BELLAH: *Essays on religion...*, op. cit., p. 149. Tales apreciaciones son realizadas por el autor al tratar del islam en sus primeros estadios en su trabajo que lleva el título "Islamic tradition and the problems of modernization".

²¹²⁶ *"Aunque también es escasísima la jurisprudencia sobre la cuestión, hay que decir que mayores problemas presenta el ayuno durante el período de Ramadán. En este sentido cabe recordar que la reducción de la jornada de trabajo en una hora al día durante el Ramadán es una de las viejas demandas de los inmigrantes norteafricanos que trabajan en los invernaderos almerienses"*. GARCÍA-PARDO GÓMEZ: "Descanso semanal...", en AAVV: *Los musulmanes en España...*, op. cit., p. 189.

²¹²⁷ Según el dato recogido en un estudio empírico: *"El Ramadán es una festividad religiosa importante para los musulmanes y tienden a pasarla en familia según las opiniones consultadas, de ahí la petición de vacaciones para ir a los países de origen y pasar esta festividad en el ámbito familiar"*. SIERRA RODRÍGUEZ, Javier: *Seguridad y salud laboral entre la población musulmana durante el Ramadán. Informe sobre los riesgos laborales del trabajador musulmán durante el mes de Ramadán en la Región de Murcia*. Murcia: Consultores CSA, 2012, p. 9. La relevancia de la festividad para los musulmanes puede equipararse en cierto modo a la Navidad cristiana: *"Para los entrevistados musulmanes, durante el ramadán se vive una época muy especial y en la que está muy presente la tradición e indicaban que es muy difícil describir las sensaciones y lo que emocionalmente les supone, especialmente entre aquellos que no están con la familia o que no pueden viajar a su país. A modo de símil lo comparan con la Navidad aunque únicamente en el*

estrictamente religiosa, se debería estar al acuerdo de las partes, tal y como disciplina como regla general el art. 38 ET.

Lo cierto es que la problemática más evidente que supone la celebración del Ramadán para la relación laboral afecta a la prevención de riesgos laborales. El hecho de que muchos trabajadores presten servicios en ayuno puede suponer riesgos graves dependiendo de las actividades laborales o el modo de prestación de servicios: trabajo en altura, prestación de servicios en ambiente caluroso, manejo de maquinaria pesada, etc.²¹²⁸. De ahí que la empresa sea la primera interesada en proceder a acomodar si es posible las condiciones de trabajo a la celebración del Ramadán, pues sobre la empresa recaer el deber de protección del trabajador. Así, son interesantes aquellas iniciativas que intentan encontrar soluciones preventivas y laborales a tales circunstancias: jornadas continuadas para finalizar antes la prestación de servicios²¹²⁹, acumulación de tareas en otros períodos del año, especial cuidado en utilización de maquinaria o evitar durante esos días el trabajo en alturas, etc. Sería interesante que las empresas, los trabajadores (o la representación unitaria) y los servicios de prevención cooperaran para minimizar riesgos (por ejemplo la evitación de los esfuerzos físicos si es posible)²¹³⁰. Así, la acomodación en relación al Ramadán tiene una incidencia más preventiva que puramente religiosa; y si las partes implicadas cooperan, la tipología de acomodación necesaria debería ser fácil de implementar sin necesidad de grandes sacrificios²¹³¹. Además, probablemente ayudaría a incrementar la participación de las mujeres musulmanas en el mercado de trabajo, en las que recae a veces un doble factor de

sentido de reunión familiar, ya que según afirman el resto de aspectos se vive de otra forma. Por este motivo los trabajadores tienden a pedir vacaciones en este período, especialmente si coincide con la época estival y sus hijos no tienen colegio" (p. 11).

²¹²⁸ En un estudio sobre la materia se ha identificado el siguiente origen de riesgos laborales: 1) Falta de ingesta de líquidos y alimentos; 2) Cambio de costumbres: horario del sueño e ingesta abundante de alimentos fuera del horario de sol; 3) No seguimiento de los tratamientos durante el día; 4) Mayor propensión a sufrir: cansancio, desmayos, dolores de cabeza, calambres, debilidad, bajadas de tensión, deshidratación, lipotimias, golpes de calor, falta de atención y concentración, empeoramiento en caso de enfermedades o patologías previas (diabetes, etc.), mayor riesgo en la conducción de maquinaria y vehículos. SIERRA RODRÍGUEZ: *Seguridad y salud laboral...*, op. cit., p. 33.

²¹²⁹ "Lo que principalmente pretenden los musulmanes es la interrupción del trabajo en viernes durante tres horas, y la terminación de la jornada laboral una hora antes de la puesta de sol durante el mes del Ramadán, en consideración al rigor del ayuno observado durante el día". MARTÍNEZ-TORRÓN: "Diez años después...", en AAVV: *Los acuerdos con las confesiones...*, op. cit., p. 122, pie de página 56.

²¹³⁰ "Junto al aspecto relativo al tempo de trabajo, cabe plantearse la cuestión de la incidencia del ayuno continuado sobre las tareas que exijan esfuerzos físicos del trabajador, en particular cuando se trate de una incidencia que puede traer aparejados ciertos riesgos para la salud y seguridad laboral. Desde el punto de vista de las obligaciones preventivas, surge la necesidad de conjugar esa faceta de la esfera personal del trabajador con la de la protección que se le debe dispensar en el marco de la relación laboral. Igualmente, la valoración de un eventual incremento del riesgo puede guardar relación con la seguridad de otros trabajadores de la empresa o presentes en el mismo centro de trabajo". ARASTEY SAHÚN, M^a. Lourdes: "Diversidad religiosa y trabajo: el ayuno en el mes del ramadán". *Revista de Jurisprudencia*, 2008, núm. 2, p. 5.

²¹³¹ Es interesante la siguiente manifestación recogida en un estudio empírico a uno de los entrevistados: "El Ramadán no debe suponer un problema, es la forma de vida y de fe de un colectivo de trabajadores muy importante en España. El Ramadán es solo un mes, hay otros once en los que el trabajador es igual que otro cualquiera". SIERRA RODRÍGUEZ: *Seguridad y salud laboral...*, op. cit., p. 11. Con voluntad de las partes y sentido común se trata de un fenómeno en el que es relativamente fácil acomodar las condiciones de trabajo.

discriminación, pues por el momento parece ser que son las más necesitadas de gozar de flexibilidad en el puesto de trabajo²¹³².

Obviamente el trabajador no debe manifestar sus convicciones religiosas ex art. 16.2 CE, pero sí que tiene la obligación de cooperar con el empresario y su servicio de prevención en materia de prevención de riesgos laborales. Si el trabajador ayuna y es consciente del riesgo por la naturaleza del puesto de trabajo debe ponerlo en conocimiento de la empresa o del servicio de prevención, ya que a la empresa le es totalmente imposible saber quién va a seguir el ayuno y quién no²¹³³. Si, por la razón que sea, la empresa detecta el riesgo debe actuar en consecuencia. En esta materia es de plena aplicación el art. 25.1 LPRL: *"El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo"*.

4.4.3. Jornada diaria, descanso y tiempo para orar

Se ha avanzado ya respecto a los trabajadores musulmanes y su necesidad de gozar de una mayor flexibilidad horaria los viernes para acudir al rezo colectivo, que algunos de los trabajadores creyentes, más allá de festividades y el día de descanso semanal, necesitan de un tiempo adicional para llevar a cabo los rezos diarios. España no es precisamente el país con los horarios de trabajo más racionales en comparación con el resto de países europeos. A las largas jornadas de trabajo y la baja productividad, hay que añadir la sobrevaloración en muchos puestos de trabajo de un "presencialismo" totalmente ineficiente y anacrónico desde el prisma productivo y organizativo. Así, si se está avanzando poco a poco para conciliar la vida privada y la profesional, dentro de dichos

²¹³² Por ejemplo, en un estudio empírico se ha detectado que algunas mujeres musulmanas trabajan en puestos de mercado porque les ofrece una mayor flexibilidad horaria, especialmente importante durante el Ramadán: *"Más allá de una estrategia para hacer frente a la exclusión social, el trabajo en los mercados para las mujeres marroquíes responde a una necesidad de flexibilidad en la gestión del trabajo. En el mercado de las Glòries (...) se puede encontrar este mercado carácter de flexibilidad: la posición de los mercaderes, la adaptabilidad constante en función de las necesidades familiares, de la celebración de las propias fiestas - por ejemplo, decidir no trabajar durante el Ramadán o acortar las horas laborales durante esta celebración -, no ir al mercado cuando un familiar está enfermo, etc. Este espacio brinda la posibilidad de organizar el trabajo en función de los gustos, las tradiciones y de las necesidades personales. En general, concede mayor libertad a las mujeres marroquíes, que en el mercado laboral regulado"*. OSO CASAS, Laura y RIBAS MATEOS, Natalia: "Empresariado étnico y relaciones de género: mujeres dominicanas y marroquíes en Madrid y Barcelona", en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, p. 225.

²¹³³ En la STS (Sala Militar) de 27 marzo 2000 (RJ 2001, 4830) puede examinarse el supuesto de un soldado musulmán que se negó a cumplir una orden directa por estar celebrando el mes del Ramadán y la posibilidad de sufrir un mareo.

esfuerzos habría que incluir la conciliación con las necesidades de disfrutar de alguna breve interrupción diaria cuando sea necesaria desde un prisma religioso.

Como ejemplo de dicha necesidad se ha mostrado la tradición legislativa del descanso dominical, que en los casos en que se debía prestar servicios, en ocasiones preveía breves interrupciones de tiempo para poder asistir a los servicios religiosos. Asimismo, fuera de la figura del descanso dominical se puede examinar, desde un prisma histórico, la Ley de 13 de marzo de 1900 fijando las condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños (Gaceta de 14 de marzo de 1900). Su art. 8 era del siguiente tenor: "*Se concederán dos horas diarias, por lo menos, no computables entre las de trabajo para adquirir la instrucción primaria y religiosa a los menores de catorce años que no la hubiesen recibido, siempre que haya escuela dentro de un radio de 2 kilómetros del establecimiento en que trabajen. Si la escuela estuviere a mayor distancia, será obligatorio sostener una para el establecimiento fabril que ocupe permanentemente en sus trabajos más de veinte niños*". Obviamente se entiende que sólo se hace referencia a la educación religiosa católica. En este caso se trataba de necesidades formativas, no un descanso para orar, pues el legislador entendía que en tales casos era necesario adquirir una formación elemental. En la misma época, el Real decreto de 25 de mayo de 1900 preveía la instrucción elemental de los trabajadores jóvenes, especificando que la enseñanza consistiría en "*lectura, escritura, ligeras nociones de gramática castellana, las cuatro operaciones aritméticas de números enteros y doctrina cristiana*"²¹³⁴.

El art. 71 del Código de Trabajo, aprobado por el Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926 sí que tenía en cuenta las necesidades religiosas en general: "*Está obligado el patrono o maestro a facilitar la instrucción general que sea compatible con el aprendizaje del oficio elegido, principalmente la asistencia a Escuelas técnicas relacionadas con la industria. Cuando el aprendiz no sepa leer o escribir, deberá dejarle dos horas al día para asistir a la Escuela correspondiente. También deberá dejarle el tiempo prudencialmente necesario para que pueda cumplir con sus deberes religiosos*".

Si en una primera fase de la legislación obrera el Estado se preocupaba por la formación moral de los trabajadores, especialmente en el caso de mujeres y niños, y por lo tanto legislaba en dicho sentido, de forma muy paternalista, incluyendo la garantía de formación religiosa católica²¹³⁵; en el siglo XXI el Derecho del Trabajo ha de velar para que se respete el derecho a la libertad religiosa de acuerdo con las convicciones individuales de los trabajadores. Y uno de los aspectos a tener en cuenta es la de poder orar, e incluso la de asistir si es posible a la formación religiosa de la confesión que se trate (grupos de oración, universidades teológicas, etc). En esta tipología de supuestos el *quid* de la cuestión pivota en la capacidad de los horarios de trabajo y las jornadas de

²¹³⁴ Vid. una referencia a esta y otras normas sobre formación religiosa en MONTROYA MELGAR: *Ideología y lenguaje...*, op. cit., pp. 61-62, y 64.

²¹³⁵ "Dando un paso más allá de la simple caridad privada, e incluso de la beneficencia pública, el Estado asume la función de tutelar y garantizar lo que en la época se llama la «salud material y moral de las clases obreras». El acento humanitarista preside las tareas legislativas en esta materia, y sigue inspirando el lenguaje normativo, en el que abundan las expresiones de condolido sentimiento hacia la situación del obrero. Sin embargo, al lado de las invocaciones a la caridad, a la limosna, etc., surgen instrumentos de alcance típicamente jurídico (...). Toda una parcela - sin duda la más extensa e importante - de la primera legislación del trabajo se orienta hacia la tutela de la personalidad física y moral del trabajador; tutela que, alternativamente, se concibe por el legislador como manifestación de la filantropía del Estado o como simple y llano deber de éste". MONTROYA MELGAR: *Ideología y lenguaje...*, op. cit., pp. 45-46.

poderse adaptar de forma que se puedan conciliar asimismo las necesidades religiosas, junto a las familiares y de otra índole.

De un modo u otro, la oración y el rezo están presentes en la gran mayoría de confesiones religiosas²¹³⁶; igual que la oferta de formación religiosa, de carácter más informal, o totalmente reglada en caso de la facultades de teología²¹³⁷. Ahora bien, también existen muchas diferencias entre las confesiones, y aun más entre sus fieles, respecto a los requerimientos de la oración: individual o en comunión; en silencio o en voz alta; en cualquier lugar o en un templo habilitado para ello; larga duración del servicio religioso o poca duración; horarios preestablecidos por la existencia de un servicio oficiado por un ministro de culto o totalmente informal que permita más flexibilidad horaria, etc.

Una buena definición del rezo ("worship") es la que ofrece Bellah: "*A human activity that attempts to relate to the sacred or holy, is that it tries to break through the straight or profane world of everyday pragmatic common sense*"²¹³⁸. La idea es la misma que con la festividad, se trata de dividir el tiempo entre lo sagrado y lo profano; para el Derecho laboral se trata de dividir el tiempo entre trabajo y no trabajo asalariado. Así, para un trabajador creyente que requiera de poco tiempo, con treinta minutos de pausa en el trabajo y la posibilidad de poder utilizar una habitación mínimamente tranquila y habilitada podría ser suficiente en muchos casos. Es más, simplemente se podría utilizar la pausa que ya existe habitualmente en muchos puestos de trabajo (incluida la tradicional "pausa del bocadillo"). Simplemente dependerá de cada caso, de las necesidades individuales²¹³⁹ y las características de la prestación de servicios.

²¹³⁶ Feuerbach fue muy ilustrativo al respecto: "*La esencia más profunda de la religión manifiesta el acto más simple de la religión: la oración; un acto que dice infinitamente más, o por lo menos tanto, como el dogma de la creación, aunque la especulación religiosa la considere a ésta como el misterio más grande (...). En la oración el hombre trata de tú a Dios; luego declara alto y perceptiblemente que Dios es su otro yo; confiesa a Dios sus pensamientos más secretos como el ser que le es más próximo e íntimo, sus deseos más entrañables, cuya exteriorización le avergüenza, permite que llegue a oírlos*". FEUERBACH: *La esencia...*, op. cit., p. 169.

²¹³⁷ A modo de ejemplo, pueden examinarse los Acuerdos firmados con las confesiones minoritarias en 1992. Por ejemplo, el art. 10.5 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, aprobado por la Ley 24/1992 establece que "*las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas podrán, de acuerdo con las autoridades académicas, organizar cursos de enseñanza religiosa en los centros universitarios públicos, pudiendo utilizar los locales y medios de los mismos*". Asimismo es de interés el art. 6: "*Las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España podrán establecer y dirigir centros docentes de los niveles educativos que se mencionan en el número 1 de este artículo, así como centros universitarios y seminarios de carácter religioso u otras Instituciones de Estudios Eclesiásticos con sometimiento a la legislación general vigente en la materia*". Por muy flexible que sea la formación religiosa que organice las diferentes confesiones minoritarias quizás se necesitará cierta flexibilidad por parte de la empresa.

²¹³⁸ BELLAH: *Essays on religion...*, op. cit., p. 209. Como señala el autor en su trabajo "The dynamics of worship" la oración, o el apartamiento del ámbito mundanal, se puede producir de varios modos: "*At any rate there is a departure from the plane of the mundane, a departure which often rouses of the uncanny, of the presence of the mysterium tremendum. A wide variety of techniques have been developed to break up the ordinary patterns of perception and to allow the emergence of other dimensions of experience: rhythmic chanting, ecstatic dancing, or, more familiarly, the silence and simplicity of the Quaker or the solemn orderliness of Episcopal morning prayer*" (pp. 209-210).

²¹³⁹ Por ejemplo, para algunos evangélicos es muy relevante en la vida cotidiana la oración: "*Por contraposición al catolicismo tradicional, los miembros de las Iglesias evangélicas han tendido a percibirse ellos mismos como personas imbuidas de una religiosidad muy vivida, muy bíblica, muy*

Por ejemplo, en la Comunidad Israelita de Barcelona a veces el culto del mediodía se une al culto del anochecer por las dificultades de los creyentes para asistir por motivos laborales. Ha de tenerse en cuenta que en dicho caso se necesita un mínimo de diez personas para se pueda celebrar dicho acto religioso²¹⁴⁰.

En el caso de los musulmanes, han de rezar cinco veces al día, más la necesidad de la oración comunitaria del viernes en el caso de los hombres²¹⁴¹. Menos la del viernes la oración se puede realizar individualmente, pero es preferible llevarla a cabo en comunidad, y necesita de poca infraestructura (es necesaria una alfombra para que el fiel pueda separarse del suelo de forma simbólica). Si viene requerido por las circunstancias, a veces se pueden fusionar las cinco oraciones diarias en dos²¹⁴², pues al ser cinco rezos diarios, probablemente siempre habrá alguno que quede dentro de la jornada laboral²¹⁴³. La oración forma parte de los cinco pilares de su moral, que en conjunto es sencilla²¹⁴⁴.

austera y muy personal. La dimensión religiosa no es una dimensión más de la vida de la persona: es la dimensión primordial. Todas las esferas de la vida del individuo, desde la familiar hasta la laboral, están presididas por esta dimensión fundamental, donde la meditación y la plegaria se convierten en elementos constantes e inseparables de cualquier aspecto de la vida cotidiana". AAVV: Las otras religiones..., op. cit., p. 91. En cambio, en otros casos quizás será necesario de disfrutar de fiesta durante el fin de semana, con lo que no habrá ninguna afectación laboral.

²¹⁴⁰ AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 34.

²¹⁴¹ Sobre la oración ritual o azalá (*salat*) se ha dicho que "marca la obligación ritual principal y cotidiana del fiel. Cinco veces al día, al alba, al mediodía, a media tarde, al ocaso y por la noche, siguiendo la llamada de los almuédanos (o almuecines) situados en los alminares (o minaretes) de las mezquitas, todos los fieles musulmanes situados en dirección a La Meca (la alquibla señalada en las mezquitas por el nicho del mirhab) y desde cualquier lugar en el que se hallen, han de realizar cuatro posturas principales (de pie, inclinados, prosternados y sentados sobre los talones) y recitar la *chahaday* otras oraciones coránicas. Los viernes, de modo obligatorio para los hombres, se ha de asistir en la mezquita a la predicación (...). Además de la azalá, que es una plegaria obligatoria, general y normalizada, cabe la oración individual (*du'a*) y la repetición (*dhikr*), «recuerdo» en diversas circunstancias del nombre de Alá y de otras oraciones, tanto de modo individual como colectivo". DIEZ DE VELASCO: *Introducción a la historia...*, op. cit., p. 493.

²¹⁴² "El Derecho islámico admite que, en caso de necesidad se unan dos oraciones, de manera que, incluso en los países islámicos, los musulmanes recurren a tal posibilidad – singularmente la del mediodía con la tarde y la de la puesta de sol con la noche". GARCÍA-PARDO GÓMEZ: "Descanso semanal y festividades...", en AAVV: *Los musulmanes en España...*, op. cit., p. 193. "La oración ritual (*salá*), que puede hacerse individualmente, pero que es preferible hacer de manera colectiva, especialmente en el caso de los hombres, orientándose hacia la Meca, descalzándose, y separándose simbólicamente del suelo mediante una alfombra: hay cinco momentos diarios de oración (mañana, mediodía, tarde, anochecer y noche), que si no se pueden hacer durante la jornada pueden acumularse al final del día. No es una plegaria de petición sino de alabanza. El viernes a mediodía es preceptivo (para los hombres) celebrarla colectivamente en la mezquita, dirigida por el Imam, y va precedida por una alocución a cargo de un predicador, en la lengua del país (o de los asistentes) y no necesariamente en árabe". AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 202.

²¹⁴³ "The obligation to pray five times a day, the *salat*, creates distinctive challenges for Muslim workers. Two or three of these daily prayers fall during customary working hours. In early 2001, about thirty Muslims, recent immigrants from Somalia, resigned from their jobs at a chicken processing plant near Atlanta because their employer would not allow them five-minute break for prayer. The employer claimed that there were many people who were taking breaks at the same time". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 82.

²¹⁴⁴ "La moral islámica, muy sencilla, se basa en cuatro «pilares» (el quinto, o mejor el primero de los cinco, es la fe condensada en el «credo» islámico): oración, limosna, ayuno y peregrinación a La Meca". SANS: "Síntesis de historia...", en AAVV: *Filosofía de la religión...*, op. cit., p. 63.

En el supuesto de los sijis han de rezar tres veces al día, si es posible en el templo (*gurdwara*), sino en privado²¹⁴⁵.

Según la fe baha'í el fiel ha de orar también tres veces al día. La primera oración se debe realizar en cualquier momento propicio de la mañana; la segunda a las 13:00 en punto, rogando por la unidad de los creyentes; y la tercera por la noche²¹⁴⁶. En todo caso, los fieles de la fe baha'í acatan siempre las normas jurídicas emanadas del Estado donde residan, las consideren justas o injustas, favorables o desfavorables.

5. CONSUMO DE PRODUCTOS ALIMENTARIOS EN EL ÁMBITO LABORAL

Es menester ahora tratar de la relación entre productos alimentarios, obligaciones religiosas y trabajo. Desde la Antigüedad las religiones han prescrito prohibiciones de ingerir ciertos alimentos, por motivos muy diversos, de forma parcial o absoluta (ayuno), a todos los fieles o sólo a algunos de ellos, en determinados momentos o épocas del año, etc. Tal era el caso de la más primitivas religiones totémicas²¹⁴⁷, y es el caso de muchas de las religiones que se pueden encontrar en los centros de trabajo españoles. Determinados alimentos se consideran sagrados, hay otros que están prohibidos; otros se permiten pero tratados de una determinada manera, otros no se pueden consumir en una franja de edad determinada, o respecto a hombres o mujeres. Un esquema simplificado y no exhaustivo, pero útil a los presentes efectos, podría ser el siguiente:

1) Regla general: prohibición de ingerir un producto (por ejemplo, carne en general o de determinados animales) o sustancia (alcohol)²¹⁴⁸.

²¹⁴⁵ Existe la obligación de "realizar tres plegarias diarias, la primera cuando todavía no ha salido el sol, la segunda al atardecer, cuando se ha puesto el sol, y la tercera antes de acostarse (...). Teóricamente, las plegarias de la mañana y la tarde deberían hacerse en el *gurdwara*, el templo sij, pero en muchas ocasiones (...) la dificultad de hacer compatibles los horarios de estas oraciones con los de la actividad laboral hace que la mayoría de fieles hayan de celebrarlo en privado. En cambio, y para compensar esta inevitable falta de contacto entre los miembros de la comunidad durante los días laborales, se ha extendido por todo el mundo la costumbre de hacer una larga ceremonia el domingo por la mañana, que suele finalizar con el *langar*, una comida comunitaria, y que es el momento de la semana que reúne un mayor número de personas en el *gurdwara*". AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., pp. 320-321. A pesar de la presencia sij en España desde hace ya un tiempo sorprende la ausencia de casos relacionados con dichas creencias en las colecciones de jurisprudencia, como sí ocurre en el Reino Unido y en Canadá, incluidas las más altas instancias jurisdiccionales. ¿Podría tratarse de un supuesto de transigencia de sus creencias frente a las muchas veces inflexibles relaciones laborales? Probablemente en un futuro próximo, cuando la comunidad sij empiece a estar más asentada en España y quizás aumente su número de fieles, especialmente la segunda generación, es probable que aparezcan casos, tal y como ocurre en otros países occidentales.

²¹⁴⁶ SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones no católicas...*, op. cit., p. 261.

²¹⁴⁷ En relación a las religiones totémicas: "El rol profà els vegetals, i també dels animals, és, normalment, de servir a l'alimentació; el caràcter sagrat de l'animal o de la planta totèmic també es reconeix en el fet que està prohibit de menjar-ne. Sens dubte, puix que són coses santes, poden entrar en la composició d'alguns àpats místics i, efectivament, (...) de vegades serveixen per a veritables sagraments; però normalment no es poden utilitzar per al consum vulgar. Qualsevol que violi aquesta prohibició s'exposa als més greus perills. (...) Se suposa que dins de la planta o l'animal totèmic hi resideix un principi temible que no pot penetrar en un organisme profà sense desorganitzar-lo o destruir-lo". DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., p. 146.

²¹⁴⁸ Este tipo de prescripciones religiosas dietéticas son ancestrales. En el contexto de las religiones totémicas pueden identificarse muchas reglas y tabúes en materia de ingestión de alimentos. Normalmente, la ingestión de animales y plantas sagrados está prohibida,

2) Regla temporal: ayuno o prohibición de ingerir alimentos y/o bebidas en un determinado lapso de tiempo o festividad (por ejemplo, Ramadán).

3) Regla de manipulación/preparación/conservación: se puede ingerir algo, pero preparado o conservado de determinada forma (*Kosher* judío / *Halal* musulmán).

4) Regla de contacto: el precepto religioso prohíbe el mero contacto físico o visual con cierto animal o planta considerados impuros. O porque se trata de un animal o planta sagrado y sólo pueden entrar en contacto ciertas personas, en ciertos momentos, o de ciertas maneras. La prohibición de fumar en los centros de trabajo ha facilitado paradójicamente de forma indirecta la acomodación en este terreno, ya que muchas confesiones religiosas establecen la prohibición de fumar y beber alcohol, y se podría incluir fácilmente dentro de la prohibición religiosa a los denominados fumadores pasivos.

En relación a los aspectos que puedan afectar a los trabajadores, los Acuerdos de 1992 se han limitado a reconocer la comida *Kosher* y la comida *Halal*.

El art. 14 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, aprobado por la Ley 25/1992 reconoce la particularidad de la comida preparada según las prescripciones religiosas judías. Así, su apartado primero establece que "*de acuerdo con la dimensión espiritual y las particularidades específicas de la tradición judía, las denominaciones «Casher» y sus variantes, «Kasher», «Kosher», «Kashrut» y éstas asociadas a los términos «U», «K» o «Parve», son las que sirven para distinguir los productos alimentarios y cosméticos elaborados de acuerdo con la Ley judía*". Por su lado, el apartado segundo, dejando al margen las cuestiones de propiedad intelectual y cumplidos los oportunos requisitos, establece que los productos alimentarios y cosméticos tendrán la garantía de haber sido elaborados con arreglo a la Ley y a la tradición judía, cuando lleven en sus envases el correspondiente distintivo de la FCI. Por último, en el tercer apartado, y teniendo en cuenta que los animales a partir de los cuales se obtiene la materia prima para confeccionar los citados productos han de estar sacrificados de cierta forma, simplemente establece que tal sacrificio "*que se realice de acuerdo con las leyes judías, deberá respetar la normativa sanitaria vigente*"; limitación del todo comprensiva teniendo en cuenta que se deben tener en cuenta otros derechos. De hecho, se pueden encontrar muchos ejemplos de reglas dietéticas en el Antiguo Testamento.

El art. 14 Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, aprobado por la Ley 26/1992 sigue el mismo esquema. Su apartado primero es más escueto que en el caso anterior porque la denominación a utilizar es única: "*De acuerdo con la dimensión espiritual y las particularidades específicas de la Ley Islámica, la*

especialmente respecto aquellos que son considerados tótems: "*Un acte com aquest arriba a semblar tan sacríleg, que la prohibició s'aplica fins i tot als adults, o almenys a la majoria d'ells; només els ancians assoleixen una dignitat religiosa suficient per a no estar sempre sotmesos a aquesta prohibició (...). D'altra banda, si alguns aliments estan prohibits al profà perquè són sagrats, n'hi ha d'altres que, al contrari, estan prohibits, en tant que profans, als personatges marcats amb un caràcter sagrat. Així, és freqüent que uns animals determinats estiguin destinats especialment a l'alimentació de les dones; per aquesta raó, es creu que participen de la natura femenina i que, per consegüent son profans. El jove iniciat, al contrari, és sotmès a un conjunt de ritus d'una gravetat particular; per poder-li comunicar les virtuts que li permetran de penetrar dins el món de les coses sagrades, d'on era exclòs fins aleshores (...). Per tant, es troba en un estat de santedat que repel·leix lluny tot el que és profà. I així li està prohibit de menjar la caça que se suposa pertanyent a les dones*". DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., pp. 315-316.

denominación «Halal» sirve para distinguir los productos alimentarios elaborados de acuerdo con la misma". Los apartados segundo y tercero tienen exactamente el mismo contenido *mutatis mutandis*.

Así pues, en general se puede decir que la normativa laboral no prevé ningún supuesto relacionado con la alimentación o la falta de ella, o con el contacto con ciertos productos alimentarios, todo ello en relación a las convicciones religiosas de los trabajadores. La jurisprudencia española en la materia es asimismo escasa. Por ejemplo, cabe recordar aquí a STSJ de Madrid de 27 octubre 1997 (AS 1997, 3751), ya comentada anteriormente, que analiza el supuesto de una trabajadora musulmana que una vez iniciada la relación laboral y sin haber exteriorizado nunca sus convicciones pretende varias acomodaciones de diversa índole; y una de ellas es que no se le traslade a ningún establecimiento en el que haya que manipular o vender productos derivados del cerdo y alcohol. De hecho consta en Francia una sentencia parecida, cual es la Sentencia Tribunal de Casación francés de 24 de marzo de 1998. Se examinaba allí el supuesto de un trabajador musulmán empleado en una tienda de alimentación. Fue trasladado a la sección de carnicería, negándose a manipular carne de cerdo y pidió el traslado a otro puesto de trabajo.

Una sentencia harto curiosa en materia de alimentos y convicciones religiosas, y no faltada de un mordaz sentido del humor, la constituye la STSJ de Madrid núm. 904/2009 de 26 octubre (AS 2009, 2627), en la que se analiza el caso de un preso que se escapó del centro de internamiento y reclamó ver reconocidos sus derechos ante la Administración en cuanto prestación no contributiva: *"No estando interno en el centro el actor no es titular de la correspondiente prestación higiénico-alimenticia y la Administración penitenciaria no está obligada a proporcionársela. Ello hace que carezca de sentido hablar de «mora accipiendi». Tal «mora» exigiría, además, el cumplimiento de los requisitos del C.Civil [art. 1176 a 1181] entre ellos el ofrecimiento previo y la puesta a disposición y nada de ello se ha probado. Más aún nos resulta inverosímil que se hubiese intentado. La legislación penitenciaria no prevé el ritual correspondiente quizás porque sería imposible soslayar los elementos mágicos del mismo impropios de un Estado aconfesional. Para empezar habría que invocar a un ausente y la «laudatio actoris» precisaría, al menos, una especie de exvoto del convocado que sirviera como representación simbólica. El ofrecimiento exigiría reservar un cubierto en el comedor, servirlo y tras un tiempo prudencial, exigir al ausente que lo consumiera, y ante la falta de respuesta (lo contrario sería terrorífico) aplicar el principio de silencio negativo antes de ofrecerlo al resto de los reclusos a modo de consignación gástrica. Es mucho más sencillo imaginar que simplemente la administración penitenciaria excluyó al actor de sus provisiones de manutención e higiene y que la economía de escala siguió informando la gestión del establecimiento ocupando otro recluso el puesto «vacante». En definitiva no existiendo prestación a compensar no es posible el descuento que de hecho funcionaría como una irregular sanción de la conducta ilícita del actor, que resulta improcedente (NON BIS IN IDEM) en cuanto están previstas y tipificadas otro tipo de represalias jurídicas para los fugitivos".*

Anteriormente ya se ha hablado del deber de ayuno de los católicos previstos en el Código de Derecho Canónico y el deber de ayuno de los musulmanes, especialmente en el Ramadán. También en la fe Baha'í es obligatorio ayunar durante diecinueve días al año, pero se exceptúan los que deban realizar trabajos físicos muy duros, por lo que en

este caso la obligación jurídica y las preventivas coinciden parcialmente²¹⁴⁹. Se trata de conductas basadas en obligaciones jurídicas que pueden conllevar una trascendencia laboral al incrementar eventualmente los riesgos laborales si no se actúa. En el caso del Ramadán la problemática se acentúa por su carácter sostenido en el tiempo y por el hecho de que al basarse en el calendario lunar tal festividad puede celebrarse a lo largo de los años en momentos diferentes, pudiendo ser que haya de celebrarse en la parte más calurosa del año. De ahí la importancia de tomar medidas como son las jornadas intensivas, la acumulación de carga de trabajo en otras temporadas, evitar realizar tareas peligrosas durante ese tiempo, y la necesaria colaboración entre los trabajadores que ayunen, la empresa y los servicios de prevención. Habrá casos que el ayuno pueda conllevar una trascendencia disciplinaria, como podría ser el caso en el que se aplicaran especiales medidas de seguridad (por ejemplo, pilotos de líneas aéreas).

En cuanto a la ingesta de la comida o su manipulación, al hablar de las diferentes corrientes del judaísmo ya se ha explicado que no todas interpretan los preceptos dietéticos de igual modo, igual que no todas son igual de estrictas con el Sabbath. Así, hay comunidades que puede que no separen estrictamente las vajillas entre las destinadas a carne y las usadas para la leche, o sean laxos en el consumo de comida no *Kosher*. En cambio, otras son muy estrictas. El mismo fenómeno ocurre en el caso de los musulmanes, por citar los de ejemplos más claros y conocidos, pues la secularización y la adaptación de los preceptos a las nuevas realidades sociales provoca que una vez más las convicciones religiosas se conviertan en más flexibles y adaptables²¹⁵⁰.

De tal modo que, por ejemplo, en los comedores de empresa, igual que existen menús vegetarianos, para trabajadores celíacos u otros menús especiales, deberían tenerse en cuenta las necesidades religiosas de los trabajadores. Ahora bien, a menos que las convicciones religiosas de dichos trabajadores sean muy evidentes y por todos conocidas, sería necesario que los trabajadores procedieran a manifestar formalmente tal necesidad religiosa a la empresa. Aunque estén en su derecho a no hacerlo de acuerdo con el art. 16.2 CE, se trata de uno de los supuestos en que si no se manifiestan las creencias y qué suponen en relación a la comida, sobre el empresario no recaerá ninguna obligación de realizar acomodación alguna. Una vez manifestada la necesidad religiosa, deberá realizarse la oportuna ponderación de derechos y bienes, y, si procede, acomodar el servicio de comedor laboral a las necesidades religiosas concurrentes.

²¹⁴⁹ "Se establece por un período de diecinueve días anuales, durante el cual no se permite ingerir ningún alimento sólido ni líquido desde el alba hasta el anochecer. Están dispensados los enfermos, las mujeres embarazadas o lactantes, los menores de quince años y los mayores de etenta, los que están de viaje y aquellos que han de realizar trabajos físicos muy pesados". AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 227. SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones no católicas...*, op. cit., pp. 261-262. Recuérdese que los fieles de la fe Baha'í acatan siempre las normas jurídicas emanadas del Estado donde residan, las consideren justas o injustas, favorables o desfavorables, por lo que si se consideran que en un momento determinado dicha conducta colisiona con la normativa de prevención de riesgos laborales quizás se podría evitar todo riesgo.

²¹⁵⁰ En el caso del islam el siguiente ejemplo es muy claro: "Yo diría que estamos frente a la desconexión entre las señas de identidad culturales y religiosas. Tomemos como algo muy simple, el *halal*, es decir, lo que es lícito desde el punto de vista religioso en términos de alimentos, pero no solamente de alimentos. Al mismo tiempo que se observa una tendencia de vuelta al Islam entre los jóvenes, los llamados *born again*, se advierte que aquellos jóvenes que se lanzan al mundo de los negocios y deciden abrir un restaurante, no piensan en llamarlo «Al buen cuscús marroquí», o «La buena cocina otomana». Lo que harán será abrir un fast-food, un fast-food *halal*. Y aquí se puede ver claramente la desconexión entre las señas de identidad religiosas y culturales". ROY: *El Islam en Europa...*, op. cit., p. 20.

En relación con el judaísmo en el Pentateuco se contiene un buen número de prescripciones en relación a los alimentos y la pureza e impureza de los animales a la que los trabajadores judíos pueden estar ligados según su nivel de ortodoxia y modo de interpretación²¹⁵¹. Sin ánimo de exhaustividad se citan a continuación algunos preceptos.

Son interesantes las reglas contenidas en Génesis IX, 2-4: "*Que teman y tiemblen ante vosotros todos los animales de la tierra, todas las aves del cielo, y todo cuanto se mueve sobre la tierra: todos los peces del mar están sujetos a vuestro poder. Y todo lo que tiene movimiento y vida os servirá de alimento: todas estas cosas os las entrego, así como las legumbres y yerbas. Excepto que no habéis de comer la carne con sangre*".

En Levítico VII, 23-27: "*Dirás a los hijos de Israel: No comeréis grosura de oveja, ni de buey, ni de cabra. Ni tampoco la grasa de carne mortecina, o que ha sido presa de alguna bestia; bien que podéis guardarla para otros usos. Si alguno comiere de la grasa que deber ser quemada en ofrenda del Señor, será exterminado de su pueblo. Tampoco probareis la sangre de ningún animal, tanto de aves como de reses. Toda persona que comiere sangre, será exterminada de su pueblo*". Todo el amplio capítulo XI de Levítico se dedica a discernir los animales puros e impuros. En Levítico XVII, 10-16 se contienen nuevas reglas tanto para judíos como para extranjeros que habiten en su tierra sobre la prohibición de consumir sangre y alguna sobre cierta tipología de carne.

En Deuteronomio XII, 21-24 se contienen algunas reglas específicas: "*Si el lugar de tu Señor Dios escogiere para poner allí su nombre o Tabernáculo está muy distante, matarás reses de las vacadas y rebaños que tuvieres, como te lo he prevenido, y las comerás en tus pueblos a tu placer. Como comes el corzo y el ciervo, así podrás comer de ellas: el limpio y el no limpio igualmente puedes comerlas. Guárdate solamente de comer sangre: porque la sangre en los animales hace las veces de alma; y por eso no debes comer con la carne lo que es la vida o alma de ella. Sino que lo verterás como agua sobre la tierra*". En Deuteronomio XIV, 3-21 se contiene una larga serie de reglas con alusión a animales concretos.

Al respecto es interesante la STEDH de 27 de junio de 2010, caso Chaare Shalom Ve Tsedek contra Francia, pues al principio se describen detalladamente las prescripciones dietéticas del judaísmo. Al mismo tiempo, es un ejemplo práctico de cómo las diferentes comunidades judías pueden entender de forma distinta las prescripciones en la materia y respecto la comida *kosher*²¹⁵².

²¹⁵¹ "La presencia de la ley en la vida de Israel es garantía de la presencia de Dios: la ley liga a Dios con Israel y a Israel con Dios, y el judío hace a Dios presente en el mundo mediante el cumplimiento de los preceptos de la Torah". FERRARI: *El espíritu de los derechos...*, op. cit., pp. 112-113. Para el trabajador judío la ley y la religión pueden coincidir: "*While today many regard law and religion as separate spheres and sciences of life, Judaism has long regarded these phenomena as overlapping, if not virtually identical. Indeed, by the early Middle Ages, Jewish writers used the same Hebrew word dat to denote the concepts both of «law» and «religion»*". NOVAK: "Law and religion...", en AAVV: *Christianity and law...*, op. cit., p. 33. Especial importancia poseen las normas dietéticas: "*En todas sus acciones el judío descubre un acto de homenaje y obediencia al Creador. Así, el judío come según determinadas leyes dietéticas impuestas por su religión; posee múltiples fórmulas de bendición a Dios por cada uno de los bienes que recibe, y hasta para las desgracias e infortunios que le afligen. Los más insignificantes actos de su vida los aprovecha para glorificar a Dios y proclamar su Reina en el mundo*". SALADRIGAS RIERA: *Las confesiones no católicas...*, op. cit., p. 199.

²¹⁵² También se puede examinar AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., pp. 54-56.

En el caso del islam, la existencia de varias escuelas jurídicas también puede provocar que los preceptos religiosos se interpreten de forma diferente en un momento concreto por dichas escuelas, o en diferentes momentos históricos, extremo que ha afectado con frecuencia, por ejemplo, los intercambios económicos transculturales²¹⁵³.

En todo caso, desde el prisma islámico hay que tener en cuenta la Sura 2, 172, que contiene la regla general: "*¡Creyentes! Alimentaos de lo lícito y apetecible con que os hemos favorecido y mostraos agradecidos a Dios, si realmente sois sus (fieles) servidores*".

La Sura 2, 173 contiene ya reglas concretas: "*Él sólo os veda tomar lo mortecino, la sangre, la carne porcina y toda ofrenda idolátrica. Pero (y a pesar de esta prohibición) quien, sin intención de infringir ni abusar, se vea compelido a ello, no será recriminado. Dios es indulgente y misericordioso*".

La Sura 5, 3 completa las prescripciones en esta materia: "*Os ha sido proscrito (comer de) lo mortecino, la sangre de porcino o las oblaciones no ofrendadas a Dios. También os está vedada la carne del animal estrangulado, golpeado, despeñado, acorneado o devorado por una fiera (hasta la muerte), a menos que lo degolléis antes. Os ha sido prescrito también comer carne de lo ofrendado sobre los altares (de los dioses) o echar suertes por medio de los cálamos. (Una violación de cualquiera de las disposiciones anteriormente mencionadas) es considerado un acto de desacato. (...) No obstante, si alguien se ve forzado (a tomar algo de lo proscrito) a causa de una hambruna y sin ningún ánimo de transgredir (la Ley, sepa que) Dios es indulgente y misericordioso*"²¹⁵⁴.

Como ya se ha explicado, los adventistas sostienen que el precepto judío de guardar el Sabbat como un día sagrado no ha sido cancelado o revocado; por lo que son especialmente conocidos por guardar estrictamente el Sabbat como séptimo día de la semana. Asimismo, sus miembros profesan reglas dietéticas muy severas, deben evitar ingerir carne (propugnan un vegetarianismo "equilibrado"²¹⁵⁵, que puede ser eximido si es

²¹⁵³ "An Islamic legal regime forbade Muslim merchants conducting business in a Muslim country from dealing in pork and wine, goods whose consumption was strictly prohibited to Muslims. Islamic law barred the sale of these goods to fellow Muslims, of course, but also to non-Muslims subjects (dhimmis), though they had the legal right to consume wine or pork. This moral economic prohibition was designed to ensure that Muslims would neither profit personally from the consumption of forbidden things, nor encourage other to indulge in them. The vast majority of Muslims jurists held that this prohibition also applied to merchants conducting business in a non-Muslim country. Yet a disagreement arose within the Hanafi school of law over the relevance and applicability of this prohibition in states whose laws did not derive from the Shari'a. A series of Hanafi jurists argued that Muslims merchants in the House of War are entitled to trade in pork and wine, sell the carcasses of dead animals, and even engage in usury, following the law of the land". HALEVI: "Religion and cross-cultural...", en AAVV: *Religion and trade...*, op. cit., pp. 58-59.

²¹⁵⁴ Sobre los productos *halal* se puede examinar AAVV: *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2004, pp. 205-227. Al respecto es muy interesante la página web del Instituto Halal: www.institutohalal.com

²¹⁵⁵ "La Biblia no condena la práctica de comer animales limpios. Pero la alimentación original de Dios para el hombre no incluía alimentos cárneos, porque no era el plan divino que se quitara la vida a ningún animal, y porque un régimen vegetariano equilibrado es el mejor para nuestra salud, hecho en favor del cual la ciencia ofrece evidencias cada vez más abundantes. Los individuos que consumen productos animales que contienen bacterias o virus capaces de producir enfermedades, corren el riesgo de que su salud sufra daños bien definidos". AAVV: *Creencias de los Adventistas...*, op. cit., p. 329.

necesario)²¹⁵⁶, alcohol, café, té o fumar²¹⁵⁷. El tabaco es considerado una droga contraria a la prohibición de no matar contenido en el Sexto Mandamiento²¹⁵⁸. De hecho, W.K. Kellogg (1860-1951) fue uno de los adventistas más célebres por la creación de un imperio basado en la industria de los cereales²¹⁵⁹.

Restricciones parecidas existen en la fe Baha'í, que prohíbe principalmente alcohol y drogas²¹⁶⁰. Los sijs, por su parte, suelen ser vegetarianos y la mayoría de ellos tienden a un vegetarianismo estricto, aunque realmente no exista un precepto religioso claro en la materia²¹⁶¹. Lo que sí es del todo claro es que no pueden comer la carne obtenida de animales sacrificados, troceada y preparada al modo musulmán (*halal*) y tienen prohibido fumar. Asimismo, está prohibido relacionarse con sijs que fuman o beben alcohol²¹⁶². Esta última prescripción puede ser más problemática en el trabajo. Si un trabajador se niega a prestar servicios junto a otro trabajador porque bebe o fuma fuera de su jornada laboral no parece que pueda acomodarse la situación, pues para ello la empresa debería inmiscuirse de manera indebida en la vida privada del trabajador supuestamente bebedor y fumador, lo que vulneraría claramente su derecho fundamental a la intimidad (art. 18 CE). Así pues, o bien empresa y trabajador alcanzan algún tipo de acuerdo para

²¹⁵⁶ "El régimen que Dios ordenó en el jardín del Edén - el régimen vegetariano - es el ideal, pero hay ocasiones en las cuales no podemos alcanzar el ideal. En esas circunstancias, en una situación o región determinada, los que desean mantener su salud en el mejor estado posible, se alimentarán con el mejor alimento que puedan obtener". AAVV: *Creencias de los Adventistas...*, op. cit., p. 330. Se trata de una exención religiosa a una regla religiosa para facilitar el cumplimiento de los preceptos alimentarios.

²¹⁵⁷ Utilizan el concepto de "droga" en un sentido muy amplio: "Las drogas han saturado nuestra sociedad porque ofrecen estimulación y alivio momentáneo de la tensión y el dolor. El cristiano se halla rodeado de seductoras invitaciones a usar drogas. Hay muchas bebidas que contienen drogas: el café, el té y las bebidas a base de cola contienen cafeína, y los vinos con sabor de fruta contienen alcohol. Las investigaciones hechas al respecto han demostrado que las drogas más populares y de efecto más suave tienden a llevar progresivamente a las drogas más poderosas, que alteran de forma dramática las funciones mentales. El cristiano sabio se abstendrá de todo lo que es perjudicial, y usará con moderación únicamente lo que es bueno". AAVV: *Creencias de los Adventistas...*, op. cit., p. 326.

²¹⁵⁸ "En cualquier forma, el tabaco es un veneno lento que causa efectos nocivos sobre los poderes físicos, mentales y morales. Al comienzo, sus efectos casi no se notan. Excita y luego paraliza los nervios, lo cual debilita y confunde el cerebro. Quienes usan el tabaco están cometiendo un suicidio lento, lo cual es una transgresión del sexto mandamiento que dice: "No matarás". AAVV: *Creencias de los Adventistas...*, op. cit., p. 326. El legislador, sin saberlo, con la normativa que prohíbe fumar en los sitios cerrados, ha permitido que trabajadores con creencias religiosas contrarias al tabaco puedan prestar servicios sin colisiones con sus códigos de conducta en sectores donde antes era habitual trabajar en una atmósfera llena de humo: restaurantes, bares, cafeterías, discotecas, casinos, etc.

²¹⁵⁹ GAUSTAD y SCHMIDT: *The religious history of America...*, op. cit., p. 154.

²¹⁶⁰ "Si no es con fines médicos, alcohol, drogas, y en general cualquier sustancia que afecte a la mente están prohibidos (...). No existe ninguna otra prohibición en lo que se refiere a comidas y bebidas; tampoco está prohibido fumar, aunque está fuertemente desaconsejado". AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 227.

²¹⁶¹ "Prohibición de comer carne de cualquier tipo de animal; inicialmente la prohibición hacía referencia únicamente a la carne kuta, que es como llaman en el Panjab a la carne halal, es decir, de animales sacrificados según el rito musulmán; pero con el tiempo se extendió la convicción que debía practicarse un vegetarianismo estricto. En el libro sagrado de los sijs encontramos diversos fragmentos que parecen hacer recomendable esta práctica vegetariana, sin que se pueda afirmar que haya una instrucción clara y precisa sobre la cuestión". AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 329.

²¹⁶² PÁNIKER: *Los sikhs...*, op. cit., p. 109.

solucionar el problema (por ejemplo, la recolocación del trabajador que no quiere prestar servicios), o el trabajador deberá dimitir.

Las reglas de acomodación en la presente materia son las generales ya explicadas. Así, debe considerarse una conducta de mala fe la del trabajador que sabiendo que no puede entrar en contacto con productos derivados del cerdo, otorga su consentimiento a un contrato para trabajar de matarife en un matadero; o para prestar servicios de carnicero en una carnicería donde se venden todo tipo de productos. Ahora bien, el escenario es distinto si el trabajador presta servicios en un supermercado en la sección de frutería y la empresa pretende recolocarlo unilateralmente en la carnicería en contacto con productos cárnicos porcinos²¹⁶³. Asimismo, han de tenerse en cuenta con precaución los casos de cambio sobrevenido de convicciones y cuando el trabajador firma un contrato en el que no quedan muy claros o nada claros los aspectos relacionados con las funciones laborales que le están prohibidas desde un punto de vista religioso.

²¹⁶³ Curiosamente la repugnancia que muchas personas sienten por alimentos que les son prohibidos por razones religiosas fue ya tenida en cuenta por Stuart Mill por afectar de forma frontal la libertad individual: "*Consider the antipathies which men cherish on no better grounds than that persons whose religious opinions are different from theirs do not practice their religious observances, especially their religious abstinences. To cite a rather trivial example, nothing in the creed or practice of Christians does more to envenom the hatred of Mahomedans against them than the fact of their eating pork. There are few acts which Christians and Europeans regard with more unaffected disgust than Mussulmans regard this particular mode of satisfying hunger. It is, in the first place, an offence against their religion; but this circumstance by no means explains either the degree or the kind of their repugnance; for wine also is forbidden by their religion, and to partake of it is by all Mussulmans accounted wrong, but not disgusting. Their aversion to the flesh of the «unclean beast» is, on the contrary, of that peculiar character, resembling an instinctive antipathy, which the idea of uncleanness, when once it thoroughly sinks into the feelings, seems always to excite even in those whose personal habits are anything but scrupulously cleanly and of which the sentiment of religious impurity, so intense in the Hindoos, is a remarkable example. Suppose now that in a people, of whom the majority were Mussulmans, that majority should insist upon not permitting pork to be eaten within the limits of the country. This would be nothing new in Mahomedan countries. Would it be a legitimate exercise of the moral authority of public opinion? and if not, why not? The practice is really revolting to such a public. They also sincerely think that it is forbidden and abhorred by the Deity. Neither could the prohibition be censured as religious persecution. It might be religious in its origin, but it would not be persecution for religion, since nobody's religion makes it a duty to eat pork. The only tenable ground of condemnation would be that with personal tastes and self-regarding concerns of individuals the public has no business to interfere*". STUART MILL: "On liberty", en AAVV: *Utilitarianism...*, op. cit., pp. 155-156. De hecho, la repugnancia desde un punto de vista religioso hacia animales o productos alimentarios ha condicionado y limitado frecuentemente en la historia los intercambios económico transculturales: "*What commodities acts as boundary markers to divide symbolically one culture from another? There are, of course, no universal taboos. Each culture has its own standards for measuring repugnance and disgust, and these standards change over time. But certain categories of goods have appeared repeatedly in native reactions to foreign things. Nothing has elicited more criticism and revulsion than food and clothes - and they represent, more than local habits and ancestral traditions, the article most closely associated with the human body. Households spent a large portion of their income on these items. What people wore and what they ate signified powerfully socioeconomic status, as well as personal taste and cultural identity. If flaunting foreign garments might show contempt for local ways, ingesting foreign foods could reflect a manifest disregard of purity laws. As a result, those advocating restrictions on foreign trade in pre-modern times focused extensively on protecting local populations from exposure to «impure» foods and «dangerous» clothes. In at least one curious case, these separate concerns about food and clothes converged: when Muslims jurists discussed the problem of purchasing used garments from Christians, they specifically mentioned the risk of wearing to the mosque garments potentially contaminated with pork fat*". HALEVI: "Religion and cross-cultural...", en AAVV: *Religion and trade...*, op. cit., p. 54.

La proliferación de comercios en España que venden productos *kosher* y *halal* es un buen indicativo de las necesidades religiosas de un sector de la población en relación a los productos alimentarios. Otro buen termómetro puede ser la evolución y extensión del denominado empresariado étnico.

6. ESTÉTICA, INDUMENTARIA Y UTILIZACIÓN DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN EL PUESTO DE TRABAJO

6.1. La problemática que plantea el derecho a la libertad religiosa en relación a la estética, indumentaria y utilización de símbolos en el puesto de trabajo

La temática ahora tratada sin duda es de gran complejidad en todos los países donde se reconoce del derecho a la libertad religiosa. Es más, sin tener en cuenta el derecho a la libertad religiosa el aspecto exterior del trabajador ya es de por sí un ámbito de polémica habitual en España, porque enlaza con varios derechos fundamentales y, por lo tanto, la opinión pública y los medios de comunicación se van posicionando según las sentencias se van haciendo públicas. Si se añade en el conflicto jurídico el elemento religioso, la polémica está servida. DAVID HUME ya medió sobre esta tipología de polémicas en el S. XVIII: *“Así ocurre en todo el género humano: que unos se miran a los otros con extrañeza. Y no hay modo de meterle a la gente en la cabeza que el turbante de un africano no ni mejor ni peor moda que el bonete de un europeo”*²¹⁶⁴. También el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha dejado constancia de la importancia de la simbología en el mundo de las ideas, asimismo las religiosas. De este modo tal y como expresa en la sentencia dictada en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943): *“Symbolism is a primitive but effective way of communicating ideas. The use of an emblem or flag to symbolize some system, idea, institution, or personality is a shortcut from mind to mind. Causes and nations, political parties, lodges, and ecclesiastical groups seek to knit the loyalty of their followings to a flag or banner, a color or design. The State announces rank, function, and authority through crowns and maces, uniforms and black robes; the church speaks through the Cross, the Crucifix, the altar and shrine, and clerical raiment. Symbols of State often convey political ideas, just as religious symbols come to convey theological ones. Associated with many of these symbols are appropriate gestures of acceptance or respect: a salute, a bowed or bared head, a bended knee. A person gets from a symbol the meaning he puts into it, and what is one man's comfort and inspiration is another's jest and scorn”*.

Si en general en materia de indumentaria y aspecto exterior del trabajador España tiene bastante experiencia jurídica, la experiencia es ciertamente limitada cuando se introduce en el debate el elemento religioso. Sin duda, la profundización en el fenómeno imparable de la globalización, y el incremento de la inmigración²¹⁶⁵, provocará un aumento de

²¹⁶⁴ HUME: *Historia natural...*, *op. cit.*, p. 76.

²¹⁶⁵ El factor de la inmigración ha sido un factor determinante para la materialización de conflictos relacionados con simbología religiosa: *“Tales desencuentros han estado presididos por el deseo de los inmigrantes de ejercer, en las diversas facetas que componen el tejido social, su derecho a la libertad religiosa frente a las tradiciones mayoritarias del país de acogida, que se concreta, entre otras facultades en el empleo de signos distintivos con que manifestar su adscripción religiosa”*. CAÑAMARES ARRIBAS: *“Tratamiento de la simbología...”*, en AAVV: *La libertad religiosa y su*

conflictos jurídicos en esta materia²¹⁶⁶; aunque por el momento la jurisprudencia laboral española al respecto es escasa. La cuestión es si el ordenamiento laboral, básicamente la legislación y la doctrina jurisprudencial, está preparado para ir resolviendo las controversias jurídicas ponderando correctamente y en su justa medida los derechos y bienes en juego.

Ha de tenerse en cuenta que no existen casi normas que regulen de forma expresa esta materia, como mucho los convenios colectivos en materia de uniformidad; y menos aún que tengan en cuenta el factor religioso. En todo caso, ha de partirse de una premisa diferencial respecto la materia aquí tratada en comparación con el estudio de la estética e indumentaria de los trabajadores en otros supuestos. Y la premisa a partir de la cual se debe empezar cualquier análisis sobre la regulación en estos aspectos pasan por recordar que el derecho a la libertad religiosa permite al creyente, también al trabajador creyente, adecuar su conducta a sus convicciones religiosas. Así pues, el trabajador creyente en principio puede exteriorizar sus creencias también a través de la utilización de una indumentaria y estética acorde con ellas²¹⁶⁷. Y desde el punto de vista de la vertiente negativa del derecho hay que decir que, al revés, no se le pueden imponer en principio la utilización de prendas o una indumentaria que sea contraria a sus convicciones. Como siempre, hasta aquí no debería haber ningún problema jurídico; la problemática, no obstante, se centra en establecer los límites exactos en cada caso del ejercicio del derecho.

Si bien ha de partirse del derecho fundamental a la libertad religiosa en esta materia cuando el trabajador exterioriza sus convicciones a través de la estética o indumentaria²¹⁶⁸, u opone tal derecho cuando se le pretende imponer dicha indumentaria de forma contradictoria con sus convicciones; no es menos cierto que la postura del trabajador también viene aquí reforzada por el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), como ocurre en general con la dogmática referente a la indumentaria del trabajador. El derecho a la intimidad comprende la libertad de la persona para elegir los elementos integrantes

regulación legal..., op. cit. p. 522. En el mismo sentido: CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago: "Las manifestaciones externas de la religiosidad en el Ordenamiento jurídico español: el empleo de la simbología religiosa", en AAVV: *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2003, pp. 177-178.

²¹⁶⁶ En dicho sentido se expresa CAÑAMARES ARRIBAS: "Tratamiento de la simbología...", en AAVV: *La libertad religiosa...*, op. cit., p. 521.

²¹⁶⁷ La exteriorización de las convicciones puede ser llevada a cabo de forma diversa: "*La libre declaración de las propias creencias, como proyección externa del derecho de libertad religiosa, está haciendo referencia a cualquier manifestación exterior a través de la que cualquier individuo manifiesta su adscripción a un determinado credo, consecuencia directa de la fuerza expansiva que acompaña a la profesión de fe que, de ordinario, no se limita a quedar confinada en un ámbito meramente privado*". Y el autor añade: "*Abundando en esta doctrina bien se puede afirmar que la citada libertad de declaración de las propias creencias podrá ejercitarse a través tanto del lenguaje oral como el lenguaje universal de los signos, de modo que la utilización de prendas de tipo religioso puede entenderse garantizada en nuestro ordenamiento jurídico al amparo del derecho fundamental de libertad religiosa*". CAÑAMARES ARRIBAS: "Las manifestaciones externas...", en AAVV: *El ejercicio de la libertad...*, op. cit., pp. 180-181.

²¹⁶⁸ En cuanto a la relación entre derecho a la libertad religiosa y la libre declaración de las propias creencias como proyección externa del derecho se ha afirmado lo siguiente: "*La citada libertad de declaración de las propias creencias podrá ejercitarse a través tanto del lenguaje oral como del lenguaje universal de los signos, de modo que la utilización de prendas de tipo religioso puede entenderse garantizada en nuestro ordenamiento jurídico al amparo del derecho fundamental de libertad religiosa*". CAÑAMARES ARRIBAS: "Tratamiento de la simbología...", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación...*, op. cit., p. 524.

de su imagen externa, su corporeidad y sus posibles transformaciones y elementos añadidos²¹⁶⁹. Ambos derechos, libertad religiosa e intimidad, van además estrechamente ligados con la dignidad humana (art. 10.2 CE), como es pacífico en la doctrina²¹⁷⁰. Al respecto, el Estatuto de los Trabajadores se encuentra huérfano de toda regulación más allá del art. 4.2.e) ET que reconoce el derecho de los trabajadores "*al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad*".

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el art. 18 CE ha sido desarrollado mediante la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La citada ley prevé en su art. 1.3 que "*el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible*". El art. 2.1 es especialmente relevante, pues adapta la delimitación del derecho al ámbito donde se ejercite y a los usos sociales: "*La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia*".

Por lo tanto, en el caso de que no exista ninguna colisión con ningún otro derecho fundamental o bien constitucional protegido, el trabajador creyente podrá ejercer su derecho a la libertad religiosa en toda su extensión, reforzado por su derecho a la intimidad, y de este modo podrá utilizar los símbolos, la indumentaria o configurar su estética de acuerdo con los postulados de sus convicciones religiosas. Póngase por ejemplo que un mozo de almacén preste servicios toda la jornada en un almacén en el que no entra nunca en contacto con el público; si lleva colgado un pequeño crucifijo o una pequeña cruz de David y ello no colisiona con ninguna norma de prevención de riesgos laborales, no existe código de vestimenta en la empresa, etc., es posible que tal conducta no colisione con ningún derecho, y pueda ejercer así en su máxima extensión el derecho a la libertad religiosa en su vertiente externa y positiva. Tal podría ser el supuesto analizado en la STSJ de Madrid núm. 309/2002, de 7 mayo (AS 2002, 2042), en el que

²¹⁶⁹ Es decir, del art. 18.1 CE se infiere la "*libertad para complementar la conformación de la imagen externa mediante la utilización de unos determinados vestidos o elementos simbólicos acordes a las convicciones internas y la percepción de la propia identidad, como manifestación externas de unas y otra*". LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la libertad...*, op. cit., Vol. II, p. 47. En el mismo sentido: "*En línea de principio, no cabe dudar que un trabajador, como cualquier persona, está facultado para decidir sobre su indumentaria, incluyendo en este concepto no sólo la vestimenta, sino toda una panoplia de opciones estéticas que comprenden complementos o accesorios de muy diverso tipo (corte y color de pelo, tatuajes, piercings, maquillaje, etc.). La libertad estética no está reconocida bajo tal denominación, y en sí misma no puede calificarse como derecho fundamental, pero desde luego sí forma parte del contenido de algún derecho fundamental clásico*". RODRÍGUEZ CARDO: *Poder de dirección empresarial...*, op. cit., p. 55.

²¹⁷⁰ "*Además de la referencia expresa realizada por el art. 18 CE, el derecho del trabajador a diseñar su apariencia externa de acuerdo con sus preferencias, su comodidad, su capacidad económica, su moral e incluso sus creencias religiosas, halla amparo en diversos preceptos constitucionales. Una primera apreciación sobre este particular radica en que la libertad estética no está reconocida como tal en un sólo derecho fundamental, sino que forma parte del contenido de diversos derechos fundamentales clásicos comprensivos de las múltiples facetas en las que puede proyectarse. Tal es el caso del derecho a la dignidad y honor del trabajador (art. 10), a la libertad religiosa (art. 16 CE), a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) o a la igualdad y su correlativa interdicción de toda discriminación (art. 14 CE)*". VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia: "Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario: cuestiones relativas a la imagen del trabajador", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014, p. 4.

un teleoperador es despedido por vestir pantalones cortos, cuando ni en la empresa había normas especiales de uniformidad, ni el trabajador entraba nunca en contacto directo con clientes. Así pues, el despido es reputado improcedente: *"no estamos ante una desobediencia en el trabajo como las normas citadas señalan sino ante una orden ajena al mismo, sobre un extremo que ninguna norma interna consta que existiera al respecto, y que excede de las facultades de dirección de la empresa, pues al margen de una genérica corrección y limpieza que es siempre exigible como literalmente dice el juzgador, no cabe imponer o rechazar sin más una determinada indumentaria, máxime cuando en el desarrollo de su labor el actor no tenía contacto alguno con el público, y, por lo tanto, su modo de vestir no trasciende, ni puede ante terceros afectar a la imagen de la demandada; y si el mandato dado no se inserta en el núcleo de las facultades que la ley atribuye a la empresa huelga cualquier argumentación que pretenda justificar el despido acordado"*. La misma solución habría que dar en el caso de que dicho trabajador vistiera de acuerdo con sus convicciones religiosas, pues ni afectaría a la imagen de la empresa, ni sería visto por ningún cliente, ni existiría norma de uniformidad.

Durante las pausas o descansos parece claro que en general también prima la libertad de utilizar la indumentaria que se desee, pues en tal caso no se entra en contacto con clientes, pero ello sólo es una mera hipótesis, porque ello dependerá de las funciones que se desempeñen (por ejemplo, no es lo mismo la indumentaria de un director de recursos humanos de una entidad financiera que la indumentaria de un profesional del diseño); o que exista eventualmente un código de vestimenta. Como siempre habrá que estar al caso concreto.

A veces se ha afirmado, por ejemplo, que los requisitos de indumentaria son más livianos si no se entra en contacto con el público, o en aquellos momento no se está en contacto con el público. Si bien es cierto como regla general, no es menos cierto que, por ejemplo, un abogado que preste servicios en un bufete no podrá ir vestido con pantalones cortos o zapatillas deportivas aunque sólo entre contacto con sus compañeros, pues los usos y costumbres de la profesión o la actividad económica también son factores a tener en cuenta, y ha de tenerse en cuenta conceptos empresariales como el de "cliente interno". Así pues, es necesario estar atentos y advertir si las obligaciones de vestimenta derivadas de los usos y costumbres, normalmente positivados en los convenios colectivos del sector económico de que se trate por ser inveterados y tradicionales, entran en conflicto con el derecho a la libertad religiosa. Precisamente los trabajadores con convicciones minoritarias pueden ver violentadas dichas convicciones por unas costumbres que, sin servir a la protección clara de bienes jurídicos concretos que merezcan tal protección, simplemente sean el reflejo de opciones culturales de la confesión mayoritaria. Muchas veces, aunque no se pacte así en el contrato ni exista una normativa formal en materia de uniformidad, la mera perfección del contrato de trabajo limitará la libertad de vestir del trabajador por razón de los usos y costumbres de la actividad. Por ejemplo, en la STSJ de Madrid núm. 698/2007, de 5 noviembre (JUR 2008, 45788), un vendedor de coches de un concesionario se presente al puesto de trabajo en varias ocasiones de forma provocativa con un atuendo totalmente inadecuado que incluye una camiseta deportiva con dorsal. Al respecto el Tribunal recuerda lo siguiente: *"Es de conocimiento común que determinadas actividades laborales requieren una mínima corrección o pulcritud indumentaria conforme unas reglas de trato social comúnmente admitidas, que por ello se dan por supuestas sin necesidad de un acuerdo expreso. Siendo ello así, quien aceptó prestar tareas de aquella índole carece de*

justificación para eximirse de las obligaciones que al respecto y conforme a esos usos sociales requiera el desempeño de sus cometidos profesionales. En el supuesto examinado, la índole de las tareas profesionales encomendadas al demandante comportaba, mientras las desempeñaba, obvias limitaciones en su libertad de vestir a su antojo".

Ahora bien, esto es el punto de partida, porque probablemente existirán otros derechos y bienes con los que podrá colisionar a menudo tal derecho: tanto con el público, con un eventual código empresarial respecto la indumentaria y/o vestimenta, con la normativa de prevención de riesgos laborales, normas de salubridad, necesidad de uniformidad por las especialidades del sector (seguridad privada o médicos), etc²¹⁷¹. En todo caso, son también de aplicación aquí las reglas generales ya explicadas sobre acomodación, ponderación e imposición de límites. Reitérese una vez más que en el presente caso el trabajador no es guiado en su conducta por una mera moda, capricho o gusto pasajero, sino por sus profundas convicciones religiosas. Si dichas convicciones religiosas son sostenidas de forma sincera y ello afecta a la indumentaria y la estética habrá que ponderar los derechos y bienes en liza²¹⁷².

Por razones obvias aquí no se tratará ni de la constitución externa del trabajador, ni de sus rasgos físicos; sino de su indumentaria, la utilización de símbolos religiosos y en general su estética durante la prestación de servicios²¹⁷³. Obviamente, el hecho de alterar

²¹⁷¹ Las fuentes de eventuales limitaciones son variadas en esta materia: "*La restricción a la libertad del trabajador puede provenir, en primer término, de una norma, ya sea una disposición legal o reglamentaria del Estado, un convenio colectivo o un uso o costumbre. Así, las normas estatales sobre seguridad y salud en el trabajo obligan al trabajador a cumplir las medidas de prevención, por su propia seguridad y salud en el trabajo, y por la de aquellos a quienes pueda afectar su actividad, y le imponen el uso adecuado de los instrumentos de trabajo y de los equipos de protección que le facilita el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas. Las normas sobre seguridad privada exigen el uso de un uniforme a los vigilantes de seguridad. Asimismo, los convenios colectivos regulan también la apariencia externa y la indumentaria del trabajador, e imponen, por ejemplo, el uso de un uniforme para trabajar o un aspecto aseado en la prestación de servicios. Frente a las decisiones unilaterales del empresario, los instrumentos convencionales tienen la ventaja de permitir un control previo de la licitud de las eventuales restricciones*". GIL Y GIL: "Poder directivo y apariencia...", en AAVV: *El poder de dirección...*, op. cit., pp. 111-112.

²¹⁷² En dicho sentido, cuando el ejercicio del derecho a la utilización de signos externos de religiosidad entre en conflicto con otros derechos de relevancia constitucional, la solución de la controversia "*exige partir de una correcta delimitación de los derechos e intereses en juego, lo que supone, aplicado al campo de la simbología, tomar en consideración las concretas circunstancias del caso, para dilucidar si verdaderamente la utilización de tales elementos responde de una manera sincera la satisfacción de un mandato de contenido religioso*". CAÑAMARES ARRIBAS: "Tratamiento de la simbología...", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación...*, op. cit., p. 526.

²¹⁷³ "*La apariencia externa, en especial la ropa y el peinado constituye una parte importante de la identidad personal. No se refiere tan sólo a la fisonomía o a las características corporales, como el peso, la talla o el color de los ojos o de los cabellos, que escapan en gran medida al control de la persona. En un sentido más amplio, comprende también el modo de vestir, el maquillaje o el peinado, sobre los que cabe una decisión libre del individuo. Así pues, la noción de apariencia externa del trabajador remite tanto a la fisonomía y a la constitución física, como al aspecto exterior y a la indumentaria*". GIL Y GIL: "Poder directivo y apariencia...", en AAVV: *El poder de dirección...*, op. cit., p. 106. Aquí no se reitera lo ya dicho en otro lugar sobre si las convicciones religiosas son una opción o es un rasgo inherente a cada individuo concreto, simplemente se obvia todo aquello relacionado con los rasgos físicos del trabajador. A diferencia de la apariencia física "*la diferencia estética es más bien una opción personal, y como tal opción es factible que pueda colisionar con los intereses del empleador, de manera que pueda condicionar, en determinados supuestos y circunstancias, desde el acceso al trabajo, la ejecución y desarrollo de la prestación laboral, hasta la propia extinción contractual de la relación de trabajo*". SALAS PORRAS: "El poder de

dicha constitución física, como es el dejarse barba o perforarse la piel para colocarse un *piercing* sí que tiene relevancia para el objeto aquí tratado, ya sea por constituir fenómenos esenciales a estudiar cuando se examina la imagen del trabajador, ya sea porque dichas alteraciones pueden tener una íntima conexión con las convicciones religiosas. Tampoco se tratará aquí de la indumentaria o de la utilización de simbología religiosa por trabajadores que presten servicios en la Administración pública, cuestión que ya ha sido tratado en un apartado previo.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que la creación de la propia identidad a través de la indumentaria y la utilización de simbología²¹⁷⁴, en este caso relacionada con las convicciones religiosas, provoca que en este ámbito sea especialmente relevante la tutela antidiscriminatoria: antes de la relación laboral (momento de la contratación y actos previos, como la entrevista de trabajo), durante la ejecución del contrato y en el momento de la extinción contractual.

En el Reino Unido, sociedad mucho más heterogénea que la española, los Tribunales han conocido muchos casos en materia de uniformidad y trabajo por cuenta ajena. En una ocasión una mujer sij que aspiraba a un puesto de enfermera vio rechazada su petición de vestir *shalwar* (pantalones) con su uniforme, tal y como prescribe su credo religioso. No obstante, las autoridades sanitarias relajaron los requerimientos de uniformidad en relación a las minorías religiosas. En otro asunto una trabajadora musulmana vio reconocido judicialmente su derecho a vestir pantalones en lugar de una falda, tal y como prescribía la empresa que explotaba una tienda (*Malik v British Home Stores*, COIT 987/12). Asimismo, en la jurisprudencia inglesa puede encontrarse un buen número de casos en los que se decide si deben preponderar reglas higiénicas y de seguridad o el derecho de los trabajadores sij a llevar barba, en actividades tales como una fábrica de confección (*Singh v Rowntree Mackintosh LTD* 1979 IRLR 199), una panadería (*Kabal Singh v RHM Bakeries Southern Ltd* 1.8.78, EAT 818/77), una industria cárnica (*Gill v The Walls Meat Company Ltd* 9.6.77 COIT 11961/77/B) o de confección de helados (*Singh v Lyons Maid Ltd* 1975 IRLR 328). Asimismo, la seguridad debe preponderarse por encima del derecho a llevar turbante por parte de un trabajador sij, tal y como se tuvo ocasión de ver en un supuesto judicial en que el trabajador prestaba servicios realizando el mantenimiento de vagones de tren y debía utilizar necesariamente un casco de seguridad (*Singh v Lyons Maid Ltd* 1975 IRLR 328)²¹⁷⁵.

dirección del empresario...", *op. it.*, p. 7. En el mismo sentido: "*La apariencia estética es una opción personal, y como tal opción resulta comprensible que pueda colisionar con los intereses empresariales, de modo que pueda condicionar el acceso al trabajo, la propia ejecución de la prestación laboral, y, en último término, podría constituir justa causa de extinción si las pretensiones del empleador y del trabajador fueran inconciliables. En cambio, la apariencia física no presenta las características que definen a la apariencia estética, pues no es ni tan artificial ni elegida, sino que constituye un rasgo derivado de la herencia genética y, en su caso, del acontecer de la vida*". RODRÍGUEZ CARDO: *Poder de dirección empresarial...*, *op. cit.*, p. 83.

²¹⁷⁴ "*La apariencia física y el vestido son un componente de la identidad de la persona, y sirven para afirmar la personalidad y la pertenencia a un grupo; contribuyen al bienestar del trabajador y quizá a su eficacia en el trabajo. Como una manifestación de la autonomía, cada cual puede elegir la imagen que quiere dar de sí mismo. En una época de la exaltación de la fantasía y de culto a la imagen, donde se habla incluso de «body art», la apariencia física y el vestido pueden variar grandemente de unos individuos a otros*". GIL Y GIL: "Poder directivo y apariencia...", en AAVV: *El poder de dirección...*, *op. cit.*, pp. 108-109.

²¹⁷⁵ CUMPER: "Religious liberty...", en AAVV: *Religious human rights...*, *op. cit.*, pp. 227-229.

Un límite claro, ya analizado al tratar con carácter general la figura de la acomodación, es el configurado por las normas de prevención de riesgos laborales y las de higiene y salubridad. Si según la normativa de prevención el trabajador religioso debe afeitarse la barba religiosamente preceptiva para utilizar una mascarilla protectora para ambientes tóxicos, o es necesario removerse el turbante ritual para utilizar un casco en trabajos en altura, habrá que ver si es posible acomodar de algún modo las condiciones de trabajo. Quizás recolocando al trabajador si es posible o intentar encontrar un Equipo de Protección Individual (EPI) alternativo, es decir, que otorgue la misma o similar protección y al mismo tiempo permita cumplir con las obligaciones jurídicas. Si ello no es posible por razones tecnológicas (no existe EPI alternativo) o por concurrir un gravamen indebido o desproporcionado para la empresa, se tendrá que limitar y modular el derecho a la libertad religiosa, puesto que el derecho a la integridad física del trabajador, de sus compañeros y de terceros (más la finalidad de evitar desperfectos económicos en bienes y equipos) se deberá tener seriamente en cuenta en la ponderación de derechos que se lleve a cabo. Lo mismo ocurrirá por razones de higiene o salubridad (es habitual en el sector de la hostelería o en general cuando se manipulan alimentos), razones ellas dictadas por normativa administrativa de carácter imperativo que busca proteger bienes y derechos varios, como la salud pública²¹⁷⁶.

Muchos casos respecto a la temática tratada pueden encontrarse en las colecciones de jurisprudencia estadounidenses, especialmente en sentencias dictadas por Tribunales de los diversos Estados. Por ejemplo, se puede citar el caso *EEOC v. Sambo's of Georgia Inc.*, 530 F.Supp. 86 (ND Georgia 1981), conocido por una Corte Federal de Apelación. Un candidato sij solicita trabajo en una cadena de restaurantes. La empresa le advierte que por motivos de higiene hay que afeitarse la barba para acceder al empleo. El trabajador alega que sus convicciones religiosas se lo prohíben. Como el trabajador no se afeita la barba, su candidatura es desestimada. Para el Tribunal la conducta está justificada principalmente por razones de salubridad, pero también se alude a motivos de imagen de la empresa²¹⁷⁷.

En el caso *Bhatia v. Chevron USA Inc.*, 734 F.2d 1382 (9th Cir. 1984), también conocido por una Corte Federal de Apelación), un trabajador sij prestaba servicios para una empresa química. Se promulgó una nueva norma de seguridad que obligaba a utilizar una mascarilla hermética a todos los trabajadores expuestos a gases y sustancias tóxicas. Para que el Equipo de Protección Individual (EPI) fuera efectivo era necesario que todos los trabajadores tuvieran la cara perfectamente afeitada. Por razones religiosas el trabajador alegó que no podía afeitarse la barba. La empresa le ofreció otros puestos de trabajo alternativos en los que no era necesaria la utilización de mascarillas. La

²¹⁷⁶ En dicho sentido: "*El empresario, responsable de la salud y la seguridad en la empresa, tiene la obligación de poner en práctica las disposiciones de prevención, a las que no pueden sustraerse los trabajadores, si se hallan justificadas y resultan proporcionadas. La restricción a la libertad de vestirse se halla justificada, y es a priori proporcionada, si el uso se limita al período de trabajo, habida cuenta de que sirve para proteger el derecho a la vida y a la salud. Así, incurre en un incumplimiento el trabajador de la construcción que se niega a usar un casco o unas botas de seguridad en la obra. La restricción puede obedecer a la necesidad de proteger no sólo la seguridad o salud del trabajador, sino los derechos e intereses de los usuarios o clientes de la empresa, o de los demás compañeros de trabajo. Así, parece razonable que, en la sanidad o en el sector de la alimentación o la restauración, el trabajador haya de vestir ropas blancas o usar mascarillas o gorros*". GIL Y GIL: "Poder directivo y apariencia...", en AAVV: *El poder de dirección...*, op. cit., p. 116.

²¹⁷⁷ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 213-214.

empresa incluso se comprometió a que si se desarrollaba una nueva mascarilla que permitiera la utilización con barba, el trabajador sería repuesto a su puesto de trabajo. El Tribunal entendió que la empresa había hecho lo posible por acomodar al trabajador en el puesto de trabajo y que además era claro que el trabajador por motivos de seguridad no podía permanecer en dicho puesto de trabajo²¹⁷⁸.

En el contexto español se puede citar la STSJ de Madrid núm. 256/2001, de 18 abril (AS 2001, 2341). Desde su ingreso en la empresa el demandante, que presta servicio como cocinero, luce bigote, sin que la empresa haya hecho objeción alguna al respecto. En un momento concreto el trabajador, a la sazón representante de los trabajadores, se deja crecer una perilla, recortada y aseada, al igual que el bigote. La empresa le conmina de forma inmediata a rasurarse la barba por razones de higiene afirmando que *"aun cuando en su día se respetó el uso del bigote (dada su antigüedad en tal uso) no así con la barba o perilla que luce en la actualidad y que hasta hoy no había utilizado"*. Por tal razón el trabajador inició un procedimiento judicial de tutela de derechos fundamentales. En opinión del Tribunal la orden empresarial *"no encuentra apoyo en normativa legal o convencional que prohíba a los cocineros llevar bigote y perilla cuando tales adornos capilares, como recalca el Juez «a quo», están debidamente recortados y aseados. Si bien es cierto que el Real Decreto 202/2000, de 11 de febrero, establece que los manipuladores de alimentos deberán conocer y cumplir las instrucciones de trabajo establecidas por la empresa para garantizar la seguridad y salubridad de los alimentos, tales instrucciones han de ser razonables y encontrar amparo legal, convencional o consuetudinario, lo que no sucede en este caso, al constatar la sentencia combatida que el trabajador desarrolla su tarea con el debido aseo y cuidado"*. Por lo tanto, se ha de ser cuidadoso con las meras alegaciones mecánicas o acríicas de normas de higiene, que aunque sean ciertamente de aplicación, en muchas ocasiones no limitarán más de lo debido el derecho del trabajador a conformar su apariencia externa, sea por meros motivos personales (art. 18.1 CE), sea por convicciones religiosas (art. 16.1 CE).

Asimismo, es interesante la STSJ de Madrid núm. 493/2001, de 10 julio (AS 2001, 3724), ya que se analiza la negativa de un trabajador que entra en contacto con los alimentos a utilizar el gorro previsto por razones higiénicas. Ante las reiteradas negativas del trabajador, el Tribunal considera que el despido disciplinario ha de calificarse como procedente, pues la orden empresarial de utilizar preceptivamente el gorro protector ni era arbitraria, ni era caprichosa: *"no siendo arbitrario y caprichoso el que la empresa demandada obligara a todos los empleados relacionados con la cocina a que llevaran el gorro puesto cuando trabajaban en la misma, ya que conforme al artículo 4 del RD 2207/1995, se establece que las empresas del sector alimentario podrían utilizar voluntariamente Guías de prácticas correctas de higiene como un medio para garantizar que cumplen lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto citado, en relación con la higiene en la preparación, fabricación, transformación, envasado, almacenamiento, transporte, distribución, manipulación y venta o suministro de productos alimenticios"*.

En la STSJ de Galicia Sentencia de 26 enero 2007 (JUR 2007, 205724), por no utilizar el gorro y la mascarilla preceptivos en un laboratorio cárnico: *"El acceso y permanencia del recurrente en el laboratorio de carnicería sin los medios de seguridad establecidos a tal fin, encaja en la doctrina expuesta, toda vez que: A) El trabajador tenía pleno conocimiento de aquella exigencia normativa, protectora de la salud pública, cual revelan*

²¹⁷⁸ PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 215-216.

su categoría profesional -oficial 1ª carnicería- y las específicas funciones que ejecutaba -coordinador de tal departamento -. B) Con mayor relevancia, desoyó el requerimiento específico que, por aquella inobservancia, le dirigió de forma legítima, subjetiva y objetivamente, el jefe del sector. C) La entrada y, sobre todo, la estancia en la dependencia referida sin gorro y mascarilla es excepcional".

En la STEDH de 15 de enero de 2015, caso Eweida y otros contra Reino Unido, en la que se tratan varios casos acumulados, se ratifica que el uso de simbología o indumentaria religiosa puede ser limitada por razones de seguridad e higiene. A la Sra. Chaplin se le prohibió llevar colgada la cruz cristiana en su calidad de enfermera en una sala de geriatría por razones de seguridad, cuyo código en la materia era muy estricto. El Tribunal ratifica dicha decisión porque debe prevalecer la salud y la seguridad de los pacientes, además de tener en cuenta que la empleadora había ofrecido una acomodación alternativa: *"No parece haber ninguna duda de que el motivo de la restricción en la joyería, incluidos los símbolos religiosos era proteger la salud y la seguridad de los pacientes y enfermeras. La prueba ante el Tribunal Laboral fue que los jefes de la demandante consideraban que existía el riesgo de que un paciente perturbado pudiera coger y tirar de la cadena, lesionándose a sí mismo o a la demandante, o que la cruz podía moverse hacia delante entrando en contacto, por ejemplo, con una herida abierta. También se presentó como prueba el que también se solicitó a otra enfermera cristiana que se retirara la cruz y la cadena; se informó a dos enfermeras sijs que no podrían usar un brazalete o kirpan; y que estaban prohibidos los hijabs holgados. Se ofreció a la demandante la posibilidad de llevar la cruz en su uniforme a modo de broche, o escondido en una camiseta de cuello alto por debajo de su túnica, pero no consideró que fuera suficiente para cumplir con sus deberes religiosos"* (98).

A veces en el trabajo que se trate es preceptivo el uso de uniforme de trabajo no por una mera razón de imagen de la compañía para la que se presta servicios, sino por una necesidad intrínseca de la profesión o sector que viene respaldada por normas imperativas y frecuentemente por los convenios colectivos. Los supuestos son muy variados: médicos, enfermeras, técnicos de laboratorio, guardias de seguridad privados, agentes forestales, etc²¹⁷⁹. Los derechos y bienes que protegen son asimismo variados, por ejemplo, en el caso de un guardia de seguridad privado en el desarrollo de su actividad es muy relevante que pueda ser identificado rápidamente. Asimismo, los uniformes suelen ser muy funcionales y totalmente optimizados de acuerdo con el desarrollo habitual de la profesión que se trate.

Se pondrá como ejemplo un caso que no guarda relación exactamente con un trabajador ordinario por cuenta ajena, pero ilustra bien los argumentos precedentes. Se trata de una sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictada en el caso *Goldman v. Weinberger*, 475 US 503 (1986). En dicha sentencia se examina un supuesto de hecho

²¹⁷⁹ "Razones ajenas a la seguridad y salud laboral llevan a exigir la utilización de un uniforme a los empleados en contacto con el público o con los clientes. El uniforme sirve para dar a conocer la pertenencia a una determinada empresa, así como la función que se desempeña. La homogeneidad en la apariencia del trabajador asegura un nivel mínimo de pulcritud en la imagen corporativa, de seriedad y profesionalidad, o garantiza la neutralidad de la empresa. Los casos típicos son los de la hostelería (camareros, conserjes), transporte (azafatas, cobradores), grandes superficies (cajeros, vendedores) o seguridad privada (vigilantes). En principio, el trabajador está obligado a usar el uniforme". GIL Y GIL: "Poder directivo y apariencia...", en AAVV: *El poder de dirección...*, op. cit., p. 116.

en materia indumentaria militar en relación a las convicciones religiosas de un militar judío ortodoxo. Como se puede apreciar, en el ejército el uniforme *a priori* cumple muchas funciones: identificación como militar, el grado de dicho militar, si se trata del ejército de tierra, del aire o de la armada por ejemplo, el país a que pertenece, se trata de uniformes que se adaptan perfectamente al cometido (camuflaje, movilidad, múltiples bolsillos, etc.). Pues bien, el Tribunal se enfrenta a un caso en que el militar en cuestión es un judío ortodoxo que sirve como psicólogo en el ejército del aire: *"Petitioner Goldman is an Orthodox Jew and ordained rabbi. In 1973, he was accepted into the Armed Forces Health Professions Scholarship Program and placed on inactive reserve status in the Air Force while he studied clinical psychology at Loyola University of Chicago. During his three years in the scholarship program, he received a monthly stipend and an allowance for tuition, books, and fees. After completing his Ph.D. in psychology, petitioner entered active service in the United States Air Force as a commissioned officer, in accordance with a requirement that participants in the scholarship program serve one year of active duty for each year of subsidized education. Petitioner was stationed at March Air Force Base in Riverside, California, and served as a clinical psychologist at the mental health clinic on the base. Until 1981, petitioner was not prevented from wearing his yarmulke on the base. He avoided controversy by remaining close to his duty station in the health clinic and by wearing his service cap over the yarmulke when out of doors. But in April, 1981, after he testified as a defense witness at a court-martial wearing his yarmulke but not his service cap, opposing counsel lodged a complaint with Colonel Joseph Gregory, the Hospital Commander, arguing that petitioner's practice of wearing his yarmulke was a violation of Air Force Regulation (AFR) 35-10. This regulation states in pertinent part that "[h]eadgear will not be worn . . . [w]hile indoors except by armed security police in the performance of their duties".*

Es evidente que la objeción de conciencia o el derecho a la libertad religiosa en materia de indumentaria no se puede analizar del mismo modo en el contexto militar, o en el contexto administrativo, que en la vida civil (empresa privada), como tampoco es lo mismo la indumentaria de un médico que la del mozo de almacén, o el código de vestimenta con la finalidad de crear una imagen corporativa como la estrictamente necesaria en un oficio o profesión por razones funcionales o utilitarias: *"Our review of military regulations challenged on First Amendment grounds is far more deferential than constitutional review of similar laws or regulations designed for civilian society. The military need not encourage debate or tolerate protest to the extent that such tolerance is required of the civilian state by the First Amendment; to accomplish its mission, the military must foster instinctive obedience, unity, commitment, and esprit de corps. (...). The essence of military service «is the subordination of the desires and interests of the individual to the needs of the service»".* Los argumentos del Ejército, por ejemplo, enfatizaron el rol de los uniformes estandarizados para servir funciones nucleares de la vida militar, como es la jerarquía y la disciplina: *"The considered professional judgment of the Air Force is that the traditional outfitting of personnel in standardized uniforms encourages the subordination of personal preferences and identities in favor of the overall group mission. Uniforms encourage a sense of hierarchical unity by tending to eliminate outward individual distinctions except for those of rank. The Air Force considers them as vital during peacetime as during war, because its personnel must be ready to provide an effective defense on a moment's notice; the necessary habits of discipline and unity must be developed in advance of trouble".*

El Tribunal Supremo estadounidense, naturalmente, tiene en cuenta el especial y necesario rol de la uniformidad del ejército que provoca que la libertad religiosa del militar deba ser limitada inexorablemente: *"The desirability of dress regulations in the military is decided by the appropriate military officials, and they are under no constitutional mandate to abandon their considered professional judgment. Quite obviously, to the extent the regulations do not permit the wearing of religious apparel such as a yarmulke, a practice described by petitioner as silent devotion akin to prayer, military life may be more objectionable for petitioner and probably others. But the First Amendment does not require the military to accommodate such practices in the face of its view that they would detract from the uniformity sought by the dress regulations. The Air Force has drawn the line essentially between religious apparel that is visible and that which is not, and we hold that those portions of the regulations challenged here reasonably and evenhandedly regulate dress in the interest of the military's perceived need for uniformity. The First Amendment therefore does not prohibit them from being applied to petitioner, even though their effect is to restrict the wearing of the headgear required by his religious beliefs"*.

Pero en ningún momento se pueden olvidar las necesidades religiosas de los soldados, cuando muchos de ellos forman parte de confesiones minoritarias y, por lo tanto, se encuentran con unas normas y tradiciones ajenas a sus necesidades religiosas al haberse diseñado por las mayorías de acuerdo con las necesidades de dichas mayorías. Además, ha de estarse al caso concreto, no es lo mismo un militar que realiza tareas de psicólogo, que el que realiza otras funciones. Así, un voto particular muestra la sensibilidad tradicional del Tribunal en relación al respeto de las minorías: *"It is not the province of the federal courts to second-guess the professional judgments of the military services, but we are bound by the Constitution to assure ourselves that there exists a rational foundation for assertions of military necessity when they interfere with the free exercise of religion (...). Definitions of necessity are influenced by decisionmakers' experiences and values. As a consequence, in pluralistic societies such as ours, institutions dominated by a majority are inevitably, if inadvertently, insensitive to the needs and values of minorities when these needs and values differ from those of the majority. The military, with its strong ethic of conformity and unquestioning obedience, may be particularly impervious to minority needs and values. A critical function of the Religion Clauses of the First Amendment is to protect the rights of members of minority religions against quiet erosion by majoritarian social institutions that dismiss minority beliefs and practices as unimportant, because unfamiliar. It is the constitutional role of this Court to ensure that this purpose of the First Amendment be realized"*²¹⁸⁰.

Ya en España, por ejemplo la STSJ de Cataluña núm. 6979/1999 de 13 octubre (AS 1999, 3345) trata de forma muy sucinta, condicionada por el objeto de la *litis*, sobre la uniformidad de los guardias de seguridad del metro, concretamente sobre la necesidad de llevar gorra. No obstante, en el caso se aprecia, entre otros elementos, que el trabajador padecía una enfermedad en el cuero cabelludo de la cabeza que le legitimaba para dispensarlo de tal medida.

La jurisprudencia ha ido perfilando los criterios a utilizar, la limitación de los derechos fundamentales, la legitimidad de los códigos de vestimenta y prohibiciones, etc.; y en alguna ocasión se ha analizado el fenómeno religioso. En todo caso no se ha creado aún

²¹⁸⁰ Para un comentario de la sentencia *vid.* CASTRO JOVER: *La utilización de signos...*, *op. cit.*, pp. 152-161.

un *corpus* sistemático en la materia debido especialmente a su inherente casuismo. La temprana STS de 12 febrero 1986 (RJ 1986, 749) niega de forma, en contra de lo que aquí se defiende, que la configuración de la imagen corporal se deba incorporar a las facultades derivadas del art. 18.1 CE: "*Obvio es que el rostro de cualquier persona, se ofrezca íntegra o parcialmente rasurado, o no, es visible a todo el mundo; de suerte que el derecho a presentarlo con o sin adiciones capilares, en modo alguno puede entenderse que corresponda al ámbito de la intimidad personal ni familiar como no sea distorsionando conceptos trascendentales al referir la intimidad a la decisión, porque si ello fuera admitido, se minimizaría, degradándolo, el alcance adecuado que ha de darse a preceptos enunciativos de tan alta significación como los que en el motivo se invocan*". Contra la sentencia se interpuso recurso de amparo, que dio lugar a la STC 170/1987.

La STC 170/1987, de 30 de octubre (BOE 12 de noviembre de 1987 y corrección de errores 26 de diciembre) trata del supuesto de un barman que en un momento determinado, y tras años de prestar servicios, decidió dejarse la barba. La empresa se opuso a que el barman se dejara barba y ante la reiterada negativa del trabajador de afeitársela, lo sancionó por dos veces con suspensión de empleo y sueldo y, finalmente, fue despedido disciplinariamente. Según el Tribunal "*los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto*" (Fundamento Jurídico Cuarto). No obstante, y de forma muy discutible, para dicho Tribunal la cuestión planteada no tiene trascendencia constitucional, pues en el supuesto no concurre "*una difusión o captación ilícita de su propia imagen contraria al art. 18.1 CE, ni tampoco la decisión personal sobre su apariencia física lo que se discute en este proceso, sino si ésta decisión puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional*". Parece evidente que el supuesto de hecho sí que tenía una trascendencia constitucional, pues si bien es cierto que el supuesto no se trata expresamente del derecho a la propia imagen, ni ninguna relación guarda con una eventual captación y difusión de imágenes del trabajador, el trabajador optó por ajustar su estética, su *look*, de acuerdo con su libertad a configurarla, que encuentra su fundamento en el art. 18.1 CE²¹⁸¹. Así pues, el Tribunal hubiera tenido que ponderar los derechos en juego, la libertad del trabajador de configurar su imagen, y la necesidad empresarial de que un barman no lleve barba de acuerdo con la libertad de empresa. Como ya se ha visto la cuestión de la barba es especialmente relevante en materia de libertad religiosa,

²¹⁸¹ Una crítica certera a la sentencia es la siguiente: "*De manera sorprendente, el Alto Tribunal entiende que el asunto no tiene relevancia constitucional, pues los derechos fundamentales garantizados por el art. 18.1 CE no resultan afectados ni guardan relación con la cuestión planteada por el trabajador. Se desprende, por tanto, que en esta sentencia predomina la lógica contractual, en virtud de la cual el hecho de la suscripción por parte del trabajador de un contrato laboral justifica la restricción de sus derechos laborales, como consecuencia de la renuncia voluntaria a los mismos que es implícita a la celebración del contrato de trabajo. Pero esta postura excesivamente contractualizadora no se da en este caso como algo aislado, sino que responde a una visión mantenida por el Tribunal Constitucional, sobre todo en una primera fase de su jurisprudencia, como ocurrió manifiestamente en la STC 120/1983, de 15 de diciembre*". TORRENTS MARGALEF: "Las limitaciones del ejercicio...", *op. cit.*, p. 2.

pues muchos trabajadores deben llevarla de acuerdo con las normas de determinadas confesiones, señeramente en el sijismo, o en menor grado en el islam; pero al mismo tiempo puede entrar en conflicto con normas de prevención de riesgos laborales, de salubridad o con los códigos de imagen de las empresas.

En la STSJ de Madrid de 26 marzo 1992 (AS 1992, 1643) se analiza nuevamente la posibilidad de que un trabajador deje crecer la barba, perilla o bigote por parte de los trabajadores, sin mayor fundamento que su derecho a configurar su estética externa. En este caso se trata de un camarero en un hotel y existen normas empresariales sobre la estética externa de carácter prohibitivo: *"Ya antes del inicio de la relación laboral, en el Hotel Son Caliu se viene prohibiendo al personal de bar y comedor que presta sus servicios de cara al público el uso de barba o perilla por mucho que esté recortada, aunque sí se autoriza el bigote siempre que no alcance el labio inferior"*.

El trabajador fue precavido y antes de incurrir en una eventual desobediencia, al que la empresa ya había vetado el uso de la barba, solicitó mediante demanda el reconocimiento del *"derecho de llevar bigote y perilla en el ejercicio de sus funciones, en condiciones que no provocara escándalo ni mofa entre la clientela ni desmerecimiento de la elegancia que caracteriza al establecimiento"*. Aunque se desconocen los términos exactos de la reclamación, lo más correcto es que se hubiera fundamentado tal reclamación en el ejercicio del derecho a configurar la propia imagen de acuerdo con el derecho fundamental contenido en el art. 18.1 CE. En el caso de la barba por razones religiosas el trabajador si tuviera margen de maniobra debería actuar del mismo modo: informar a la empresa de su decisión de dejarse la barba de acuerdo con sus convicciones religiosas y a la vista de que existe una prohibición al respecto. Contra una eventual negativa empresarial, quedaría abierta la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional o a otros sistemas alternativos de resolución de conflictos.

A diferencia de la comentada STC 170/1987 el Tribunal Superior enfoca de forma adecuada la problemática: *"La decisión sobre si la estética corporal se favorece o no con el uso de la barba es parte integrante de la intimidad personal y del derecho a la propia imagen. Cuando trasciende del área personal al ámbito de las relaciones sociales en que la persona desarrolla su actividad profesional, hay que reconocer que aquel derecho puede tener límites que vienen impuestos por la necesaria adecuación que debe existir entre la función que realiza el titular y los presupuestos esenciales que le son exigibles en relación a las características de la actividad"*.

A continuación el Tribunal realiza la ponderación de derechos y bienes. Por un lado, sitúa correctamente el derecho del trabajador a llevar barba en el art. 18.1 CE (si fuera por razones religiosas habría que situarlo primariamente en el art. 16.1 CE, sin obviar dicho art. 18.1 CE). Si no colisionara con ningún derecho o bien, sin duda el trabajador podría llevar la barba. Ahora bien, el derecho a la libre empresa (que no es citado expresamente en la sentencia) incluye la facultad empresarial de ajustar el comportamiento de los trabajadores a los usos y costumbres inherentes y necesarios para el correcto desempeño de la actividad económica en el sector que se trate. En el presente supuesto no parece ni mucho menos que las prohibiciones empresariales en materia de estética externa sean caprichosas o gratuitas, sino que se ajustan perfectamente a los usos y costumbres del sector de la hostelería. Así, tal y como correctamente argumenta el Tribunal los usos y costumbres en el sector de la hostelería son aptos para erigirse como un límite al ejercicio del derecho a configurar la propia imagen: *"Esos límites pueden venir*

establecidos en los usos sociales, como en este caso ocurre en el área de la hostelería, en donde se viene imponiendo que los empleados tengan afeitado el rostro y a lo sumo se permite un bigote liviano. Esta exigencia no puede ser gratuita, ni caprichosa e inmotivada, sino que debe tener un fundamento, que indudablemente está relacionado con el aseo personal, la higiene necesaria en establecimientos de hostelería y con una presencia personal que sea acorde con el centro y los concurrentes".

Para el Tribunal no existe ningún motivo de peso para impedir que el trabajador pueda llevar una barba aseada en su trabajo. Con mayor motivo pues debería poder llevar una barba, ya no simplemente para configurar libremente su imagen, sino para satisfacer sus obligaciones religiosas si fuera el caso.

La relevante STC 99/1994, 11 de abril (BOE 17 de mayo de 1994), ya ha sido objeto de análisis en otro apartado, por lo que no se reiterará su tratamiento²¹⁸².

En la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1450/1996, de 29 mayo (AS 1996, 1615), se analiza el supuesto de un auxiliar de caja en un supermercado que firmó un contrato de trabajo en el que consta unan cláusula en materia de apariencia externa e indumentaria: *"El trabajador se compromete a no utilizar pantalón vaquero, ni zapatillas deportivas, asimismo se obligará a observar un riguroso aseo personal (ropa de trabajo limpia, bien peinado, manos y uñas limpias ...) como requiere el desarrollo de una actividad dedicada a la manipulación de alimentos frescos"*. El trabajador, que anteriormente había prestado servicios en otras secciones, fue despedido por llevar barba y tras ser sancionada en varias ocasiones por ello. Según los hechos probados el trabajador *"lleva una pequeña perilla nada poblada, que ha mantenido muy corta y perfectamente cuidada, habiendo asistido a su puesto de trabajo observando siempre un correcto aseo personal y sin que haya habido queja alguna sobre él"*. Al mismo tiempo queda acreditado que *"otros empleados también en contacto directo con el público llevan bigote y perilla de largo superior a la del actor"*. Para el Tribunal no queda acreditado que las *"advertencias y órdenes correlativas fueran fundadas y legítimas, de manera que generasen la obligación de comportamiento por el actor, quien no incurrió en la imputada desobediencia, ni asimismo en la pretendida vulneración por éste de conducta de obligada observancia en virtud de uso o costumbre"*. Así, en estos casos ha de tenerse en cuenta la doctrina de los propios actos, aunque no se cite expresamente por el Tribunal, si el trabajador que pretende dejarse barba por razones religiosas ha de ser coherente con dicha postura, también lo ha de ser la empresa. Si dicha empresa fija un código de vestimenta, pero nadie lo cumple de forma estricta, sin que la empresa se oponga a ello en un largo lapso de tiempo, no se podrá invocar dicho interés empresarial de forma arbitraria o cuando convenga, por mucho que pudiera estar fundamentado en los usos y costumbres del sector; cuando además existe una expresa tolerancia. Es más, incluso podría concurrir discriminación por intentar hacer valer frente a un trabajador con convicciones religiosas lo que no se hace cumplir a otros trabajadores. La STSJ de Madrid núm. 471/1998 de 21 abril (AS 1998, 5186) analiza nuevamente el código de vestimenta de una empresa en el contexto de un conflicto colectivo.

La STSJ de Madrid de 27 octubre 1997 (AS 1997, 3751) ya ha sido analizada anteriormente. Como se recordará, se trata el supuesto de una trabajadora musulmana

²¹⁸² Al respecto, pueden consultarse los artículos ya citados al comentar la sentencia y también CORDERO SAAVEDRA, Luciano: "Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2000, núm. 101, pp. 249-267.

que una vez iniciada la relación laboral y sin haber exteriorizado nunca sus convicciones pretendía varias acomodaciones de diversa índole, una de ellas que se le permitiera utilizar un uniforme que no vulnerara sus creencias religiosas que impedían el uso de falda corta.

En la STS de 27 diciembre 1999 (RJ 1999, 10091) se analiza la legalidad de una convocatoria de IBERIA de ámbito estatal para cubrir necesidades temporales de plazas de auxiliares de vuelo (tripulantes de cabina de pasajeros). Los requisitos exigidos para participar, y posteriormente acceder a dichos puestos de trabajo, según la citada convocatoria, eran, entre otros: 1) Tener una edad entre 18 y 25 años. 2) Tener una estatura comprendida entre 1,64 y 1,82 centímetros para las mujeres y entre 1,74 y 1,90 centímetros para los hombres. 3) En caso de necesitar lentes correctoras de visión (no más de dos dioptrías), utilizar microlentillas. 4) Adecuada imagen. Respecto al último requisito que interesa aquí, el Tribunal no observa discriminación alguna: *"no hay factores relevantes que hagan discriminatoria la exigencia, pues se trata de una empresa privada de servicios que opera en régimen de libre competencia, en el sector de líneas aéreas, en el que precisamente los tripulantes de cabina o auxiliares de vuelo, son quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la compañía, que, naturalmente, debe ser buena para poder mantenerse en esa actividad en condiciones razonables de igualdad con otras empresas dedicadas a la misma actividad. La justificación objetiva y razonable de la exigencia, priva a ésta del carácter discriminatorio que postula el recurrente, lo que conduce, teniendo en cuenta las anteriores argumentaciones y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, a la desestimación del recurso por no apreciarse en la Sentencia recurrida ninguna de las vulneraciones denunciadas en el recurso"* (Fundamento de Derecho Segundo *in fine*). Sería interesante saber qué hubiera dictaminado el Tribunal respecto a una candidata, por ejemplo, que llevara el pañuelo islámico; es decir, si tal manifestación de la religiosidad individual hubiera sido considerada acorde al requisito de la "imagen adecuada".

La STS de 23 enero 2001 (RJ 2001, 2063) analiza un conflicto colectivo que tuvo por objeto un controversia jurídica relacionada con el *"Manual de Uniformidad del Personal de Atención al Cliente de AVE"* en el que, entre otras prendas se exige al personal masculino el uso de Pantalón y Calcetines y al personal femenino el de Falda Larga, de cms cm por encima de la rótula y medias. Es interesante la doctrina del Alto Tribunal respecto a los códigos de uniformidad, sus fuentes y límites: *"Debe significarse, finalmente, que las condiciones contractuales, que derivan de la actividad desempeñada en la empresa pueden implicar la adopción de condiciones de diverso tipo, entre las que puede figurar la uniformidad en la vestimenta prevista en el desarrollo de la actividad, y que la determinación de esta uniformidad en principio –en defecto de pacto colectivo o individual de los interesados– es competencia del empleador, salvo, naturalmente, que la decisión patronal atente a la dignidad y honor del trabajador, prevista en los artículos 4, 18 y 20 del ET, o a cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la constitución"* (Fundamento Jurídico Tercero). Así, pues es lícito establecer la uniformidad en la empresas, si las circunstancias lo requieren, pero habrá que ponderar tal derecho con el derecho a la libertad religiosa si el código afecta a tal derecho, teniendo en cuenta al mismo tiempo la dignidad y la intimidad de los trabajadores.

Es del todo plausible y razonable que se establezca la uniformidad en el servicio del AVE y tal uniformidad no es atentatoria contra ningún derecho fundamental: *"A partir de estas*

premisas no parece que las reglas adoptadas por RENFE respecto a la uniformidad referida a las trabajadoras del Tren de Alta Velocidad (AVE) sean atentatorias a los derechos fundamentales o dignidad del trabajador, siendo de resaltar que medidas singulares sobre el traje a utilizar en el desarrollo del trabajo se suelen adoptar con respecto al personal de ciertos sectores laborales, como hostelería, compañías de líneas aéreas, compañías de publicidad, etc. La cuestión suscitada, asumida en una relación laboral voluntaria y libremente concertada, pudiera encontrar otra vía de solución en el campo negocial, en cuya esfera se podría llegar a establecer un Reglamento de Uniformidad". Del mismo modo, tal uniformidad puede provenir del empresario en el ejercicio de su facultad de dirección y organización del trabajo, o puede ser fruto del pacto, como puede ser deseable en muchos casos. En un caso y otro se deberán tener en cuenta los derechos fundamentales, sin arrinconar el interés legítimo empresarial.

El Tribunal rechaza en el caso concreto que exista discriminación alguna por razón de género por ser sexista el uniforme: *"Se desprende de los autos que el uso de la repetida vestimenta obedece no a un problema sexista o de aprovechamiento singular del sexo en beneficio de la empresa y detrimento de la mujer, sino a consideraciones organizativas empresariales, ajenas a aquellos motivos, adoptados también, como ocurre en otros sectores laborales, con la finalidad de dar a la clientela una buena imagen de la empresa, a través de una adecuada uniformidad en el vestir. Prueba de ello, como se alega por la entidad Renfe, es que «en otros múltiples servicios de Renfe en los que no se busca tan señaladamente una marca de alta calidad, no existe ningún tipo de obstáculos para la utilización de falda o pantalón, como prenda de uniformidad por el personal femenino». (Así, ocurre, respecto al personal femenino de circulación, a las que se señala la falda-pantalón, como prenda de uniformidad; asignación que, sin duda, guarda relación con la primacía de la seguridad sobre la imagen de la empresa)" (Fundamento de Derecho Cuarto).*

Por lo tanto, a la hora de establecer la uniformidad la empresa debe tener un interés empresarial legítimo en ello, como puede ser mantener una imagen de calidad (por ejemplo, uniformidad más distinguida en el servicio de AVE frente al personal de circulación) en un sector o actividad donde es lógico que se establezca tal uniformidad: hostelería, compañías aéreas, etc.; actividades en las que suele existir un contacto directo del trabajador con los clientes. En el otro lado de la balanza habrá que colocarse los derechos fundamentales del trabajador. Pero ha de resaltarse que hay derechos que podrán colocarse en un lado de la balanza o el otro dependiendo del supuesto. Por ejemplo, el derecho a la seguridad (integridad física ex art. 15 CE) podrá decantarse por una uniformidad que acentúe la protección individual o colectiva (por ejemplo uniforme con materiales reflectantes para evitar riesgo de atropello o colisión)²¹⁸³; o en contra de una uniformidad que por la razón que sea (por ejemplo uniforme poco cómodo que pueda provocar traspiés) acreciente el riesgo de accidentes.

En la STSJ de Madrid núm. 578/2001 de 18 julio (AS 2001, 3874) se afirma una obviedad, cual es que el uniforme que ha de utilizar el trabajador es el indicado por la empresa con las características que asimismo indica la empresa. En el caso de autos se un copiloto de una compañía aérea había pasado a la plantilla de otra compañía al haber

²¹⁸³ Un supuesto de despido por la negativa a utilizar el preceptivo chaleco reflectante en la pista de un aeropuerto pueden encontrarse en STSJ de Islas Baleares núm. 630/2003 de 7 octubre (JUR 2004, 167830).

sido absorbida la empleadora por dicha compañía. No obstante, el copiloto entendía que podía utilizar el inuforme con las características de su primera empleadora, conducta rechazada frontalmente por el Tribunal: *"la pretensión del recurrente de usar el uniforme de AVIACO prestando servicios en IBERIA, carece de fundamento, pues no constituye un derecho del trabajador ni puede dejarse a su libre albedrío el utilizar el uniforme que le apetezca, pues es un derecho y una exigencia de la empresa lucir el uniforme diseñado por ella. Y no se contraviene precepto alguno, pues el Acuerdo de fusión establece que las partes se regirán por el VI Convenio Colectivo, salvo en las regulaciones concretas que se establece, sin que ninguna de ellas se refiera a vestuario"* (Fundamento de Derecho Segundo).

También en la STSJ de Andalucía (Granada) núm. 3333/2001, de 13 noviembre (JUR 2002, 53716), se analiza qué uniforme deben llevar los trabajadores. En una empresa pública de fabricación de armamento y fabricación de explosivos muchos trabajadores llevan en su puesto de trabajo una camiseta reivindicativa de determinado sindicato y no la ropa entregada por la empresa en cumplimiento del convenio. En opinión del Tribunal, a través de una argumentación muy sucinta, debe prevalecer el poder de dirección de la empresa sin que se haya vulnerado derecho fundamental alguno.

En la STSJ de las Islas Canarias núm. 1095/2001, de 20 diciembre (JUR 2002, 159624), se discute nuevamente las normas de uniformidad de una empresa, esta vez de *handling* aeroportuario, respecto al personal femenino: *"la chaqueta debe estar completamente abrochada o perfectamente doblada sobre el brazo, pudiéndose en temporada de verano autorizar por el supervisor que se facture sin chaqueta siempre que todos los facturantes vayan iguales, y únicamente debe prescindirse de ella dentro del mostrador Igualmente se señala respecto al maquillaje que el del rostro debe ser discreto, en tonos naturales, el de los ojos es obligatorio en colores que armonicen con el uniforme y el maquillaje de labios es obligatorio llevarlo siempre pintados, con coles brillo o acordes con el uniforme, señalándose igualmente que los peinados permitidos, son pelo corto sin rapados en nuca o patillas, media melena cuya longitud no exceda del cuello, moño no demasiado alto, cola cuya longitud no exceda de los hombros, el flequillo no deberá sobrepasar la altura de las cejas, no permitiéndose peinados ultramodernos"*. Para el Tribunal no hay vulneración alguna de derechos fundamentales: *"la obligación de uniformidad es razonable en una empresa pública, respondiendo a consideraciones organizativas empresariales adoptadas con la finalidad de dar a la clientela una buena imagen de la empresa"*. El Tribunal no desarrolla demasiado su argumentación, pero ello viene dado parece ser por las escuetas argumentaciones contenidas en el recurso de suplicación. Dicha sentencia puede confrontarse con la STSJ de Madrid núm. 260/2015 de 17 marzo (JUR 2015, 153776), comentada al tratar de la prestación de servicios en la Administración pública, o con la más reciente del mismo órgano jurisdiccional STSJ de Madrid núm. 426/2015 de 3 junio (AS 2015, 1178), que ratifica la nulidad de un despido de una ayudante de dependienta que vio extinguido su contrato de trabajo, entre otros extremos por no acudir al trabajo maquillada y negarse a maquillar pese a las instrucciones en tal sentido de la empresa. Al respecto, todos los trabajadores recibían en el momento de la contratación un documento denominado "Normativa imagen personal". En opinión del Tribunal la actuación de la empresa constituye una vulneración del art. 18.1 CE ya que *"suponía una seria intromisión, totalmente injustificada, en su libertad para mostrar su imagen física personal. Debiendo subrayarse que, amén de que no se ha acreditado en modo alguno que la actora acudiese al trabajo de forma inadecuada (ni en*

cuanto a su ropa, ni en cuanto a su apariencia física, ni en cuanto a su aseo personal), nos encontramos con que, según indica asimismo la propia resolución, no se trata aquí de que se la exigiera una uniformidad o una apariencia adecuada conforme a los usos sociales (evitando, vgr., ropas, accesorios o maquillajes impropios), sino que, al exigírsele que fuera maquillada, se estaba incidiendo en un aspecto relacionado claramente con la imagen más básica de la persona, no habiéndose aportado una acreditación sólida de esos otros supuestos motivos de insatisfacción que hubieran podido llevar al despido de la demandante".

En la STSJ de Galicia de 27 junio 2002 (AS 2002, 3521) se considera constitucional una orden empresarial en el siguiente sentido, que es lo único que impugnaban los trabajadores: *"Es obligatorio para todo el personal fichar uniformado a la entrada y a la salida del turno de trabajo"*. En el supuesto de hecho habían varias normas que establecían la uniformidad: *"el art. 42 del III Convenio Colectivo para el personal laboral de la Xunta de Galicia dispone el uso obligatorio a todo el personal a su servicio de la ropa de trabajo y el calzado profesional homologado. La OM de 4-6-1992 regula la exigencia de uniforme en los centros socio-sanitarios y a la resolución de la DG de Relaciones Laborales de la Xunta de 15-3-2000 regula la uniformidad en los Centros de la Xunta de Galicia"*. Así pues, dada la limitación de la orden y asimismo la limitación de la impugnación a dicha orden, el Tribunal afirma que es plenamente ajustada a Derecho.

La STSJ de Islas Baleares núm. 457/2002, de 9 septiembre (AS 2003, 2), es muy relevante en la presente materia, pues no sólo relaciona la uniformidad y elemento religioso, sino por el modo en que se resuelve la controversia, ya que acerca al Tribunal al estilo de otros países con una diversidad religiosa en un estadio maduro. En dicha sentencia se analiza el supuesto de un conductor de autobús que conduce con gorra. Si bien es cierto que existe una norma convencional de uniformidad, nada se dice de la gorra. El Tribunal afirma que al no constar la gorra en el uniforme dicha prenda no está autorizada, pero la lectura que se puede hacer es precisamente la contraria: la gorra no está prohibida. De hecho, muchos códigos de uniformidad expresan de forma clara lo que está prohibido exactamente, porque si del redactado no se sobreentiende su prohibición debería entenderse permitido de acuerdo con la libertad de configurar la apariencia externa de cada uno, según se desprende del art. 18.1 CE. En principio lo que no está prohibido debería estar permitido, por el carácter expansivo de las libertades fundamentales individuales; a menos que exista un argumento de peso en contra, que no consta.

En todo caso, la argumentación de la sentencia no se centra en dicho detalle. El Tribunal centra correctamente la controversia jurídica y los derechos en conflicto, que han de ser ponderados: *"El empeño del aquí actor en llevar gorra mientras conduce el autobús no obedece a un mero capricho o al seguimiento de modas. Aunque la sentencia no lo consigne, de manera sorprendente, entre los que declara probados, es hecho clave alegado en la demanda y corroborado de pleno en juicio que aquél es miembro de la Comunidad Israelita de Mallorca y practicante de la religión judía desde hace unos 23 años, así como que esta creencia considera necesario tener siempre cubierta la cabeza en señal de respeto a la divinidad (...). Usar gorra, así pues, constituye para el demandante un acto prescrito por su religión, de manera que el conflicto se plantea entre el derecho de la empresa a dirigir la actividad laboral (art. 20.1 del ET) y el derecho fundamental a la libertad religiosa de uno de sus empleados (art. 16.1 CE)"*.

El Tribunal valora el hecho de que el trabajador hubiera prestado servicios con la gorra desde hacía tiempo y nunca hubiera habido queja alguna por la empresa o los usuarios del transporte; por lo que la empresa toleraba la utilización de una prenda no prevista en el código de uniformidad²¹⁸⁴. Además, como ya se ha defendido en un apartado anterior al tratar del trabajo en la Administración pública, el Tribunal considera que las empresas públicas debieran dar ejemplo: *"En el caso de autos, no consta –y la demandada ni tan sólo lo alega–, que la conducta del actor haya causado algún tipo de daño o menoscabo a la imagen de la empresa, incidente o trastorno cualquiera durante la ejecución del servicio o, más en general, ninguna clase de perjuicio. Y así debe de ser, ya que está probado que la empresa vino consintiendo durante años que el actor se cubriera con gorra, sin que haya explicado, ni siquiera mínimamente, a qué responde su reciente y brusco cambio de actitud y su actual intolerancia. Luego, si ni la actividad laboral ni los intereses empresariales sufren en absoluto, no se ve razón atendible que justifique en derecho una decisión de la empresa, rayana, pues, en el autoritarismo, que hiere, sin provecho para sí, los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados; máxime cuando la demandada es una empresa municipal y por tanto perteneciente al sector público, y puede que, por ello, más comprometida que las de puro carácter privado con el cumplimiento efectivo de los valores constitucionales"*. Se trata pues de una sentencia de razonamiento sencillo, pero ejemplar en cuanto a la línea que deberían seguir los Tribunales a la hora de enjuiciar este tipo de controversias²¹⁸⁵.

En materia de de códigos de uniformidad e indumentaria y uso de simbología religiosa es muy relevante la STEDH de 15 de enero de 2015, caso Eweida y otros contra Reino Unido, en la que se tratan varios casos acumulados. La señora Eweida es una cristiana copta que trabajaba como tripulante de cabina en una compañía aérea. Aunque el código de uniformidad de la compañía lo prohibía, simplemente por imagen, optó por llevar una cadena con una cruz cristiana colgada del cuello. Por tal razón fue enviada a casa sin salario hasta que cumpliera con la normativa. Como consecuencia del debate público y la fuerte presión social la compañía permitió al cabo de un tiempo llevar la cruz cristiana y la cruz de David, y la trabajadora se pudo reincorporar al trabajo. Entonces solicitó que se le abonaran los daños y perjuicios causados. El Tribunal le da la razón al ponderar las legítimas convicciones religiosas y la falta o poca afectación del hecho de llevar una cruz discreta mientras se presta servicios en el puesto de trabajo de la demandante. Además, la compañía admitía otras exteriorizaciones de la religión de los trabajadores: *"Por un lado, estaba el deseo de la señora Eweida de manifestar sus creencias religiosas. Como se ha señalado anteriormente, este es un derecho fundamental: porque una sociedad democrática sana debe tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad; pero también debido al valor que tiene para un individuo que ha hecho de la religión un principio fundamental de su vida, el poder comunicar esa creencia a otros. En el otro lado estaba el deseo de la empresa de proyectar una cierta imagen corporativa. El Tribunal considera*

²¹⁸⁴ Otro ejemplo de tolerancia ante la falta de uniformidad puede observarse en la STSJ de Cataluña núm. 4/2003, de 7 enero (JUR 2003, 54242).

²¹⁸⁵ En un sentido parecido: CASTRO JOVER, María Adoración: "La función de la laicidad en una sociedad plural", en AAVV: *Derechos humanos, minorías culturales y religiosas en Colombia y en España*. 1ª edición. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2008, pp. 146-147. Un comentario de la sentencia puede examinarse en ROSSEL GRANADOS, Jaime: "Improcedencia de sanción laboral por uso de vestimenta religiosa: Comentario a la STSJ de Baleares, de 9 septiembre 2002". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2003, núm. 1, pp. 2809-2812.

que, aunque este objetivo era sin duda alguna legítimo, los tribunales nacionales le concedieron demasiado peso. La cruz de la señora Eweida era discreta y no se deterioraba su aspecto profesional. No había pruebas de que el uso de otras prendas de vestir religiosas, previamente autorizadas, como turbantes y hijabs, por parte de otros empleados, tuviera consecuencias negativas en la imagen o marca de British Airways. Además, el hecho de que la compañía fuera capaz de modificar el código de uniforme para permitir la utilización visible de joyería simbólica religiosa demuestra que la prohibición anterior no era de importancia crucial" (94).

En España aún es un fenómeno que no se refleja en la jurisprudencia, pero aunque normalmente el mayor riesgo para el derecho a la libertad religiosa procede de la empresa; lo cierto es que ha de tenerse muy en cuenta que la limitación de tal derecho materializado a través de la indumentaria o la utilización de simbología religiosa, mediante la oportuna operación de ponderación, será del todo necesaria cuando dicho ejercicio vulnere, por ejemplo, el derecho a la intimidad del resto de trabajadores, o sus convicciones religiosas, o cuando simplemente su ejercicio ponga en riesgo la libertad de empresa. En relación a ello, en la jurisprudencia estadounidense puede citarse el caso Christine L. Wilson contra U.S. West Communications, United States Court of Appeals, Eighth Circuit (1995). Dicha sentencia analiza el caso de una trabajadora que llevaba siempre un pin con una foto de un feto y un mensaje antiabortista (en alguna ocasión también había vestido una camiseta con parecido contenido). La empresa le instó a quitárselo, ella se negó y fue despedida²¹⁸⁶. La empresa ordenó a la trabajadora quitarse el pin después de haber ofrecido alternativas de acomodación y asimismo después de comprobar que 1) varios trabajadores se sentían molestos por el pin²¹⁸⁷, e incluso habían amenazado con abandonar la empresa; 2) la empresa constató que por razón de las discusiones sobre este tema (incluidas reuniones de empleados) se estaba perdiendo mucho tiempo y había disminuido de forma ostensible la productividad. De hecho, la trabajadora se reunió con sus supervisores (también católicos antiabortistas) hasta cinco veces para intentar solucionar la controversia.

La empresa había realizado un esfuerzo de acomodación ofreciendo a la trabajadora tres alternativas: 1) llevar el pin sólo cuando estuviera en su cubículo, y dejarlo allí cuando se moviera por la empresa; 2) llevar el pin siempre puesto pero cubrirlo en el centro de trabajo; 3) llevar siempre el pin visible con los mismos mensajes pero sin la foto. Ella se negó porque consideraba que cualquiera de las alternativas ofrecidas suponían romper su promesa con Dios. Es interesante destacar que la trabajadora alegó que no se le podía imputar nada cuando la empresa no tenía ningún código sobre la vestimenta. El

²¹⁸⁶ El supuesto de hecho concreto era el siguiente: "In late July 1990, Wilson, a Roman Catholic, made a religious vow that she would wear an anti-abortion button «until there was an end to abortion or until [she] could no longer fight the fight». The button was two inches in diameter and showed a color photograph of an eighteen to twenty-week old fetus. The button also contained the phrases «Stop Abortion» and «They're Forgetting Someone» Wilson chose this particular button because she wanted to be an instrument of God like the Virgin Mary. She believed that the Virgin Mary would have chosen this particular button. She wore the button at all times, unless she was sleeping or bathing. She believed that if she took off the button she would compromise her vow and lose her soul".

²¹⁸⁷ "Wilson's co-workers testified that they found the button offensive and disturbing for «very personal reasons» such as infertility problems, miscarriage, and death of a premature infant, unrelated to any stance on abortion or religion".

Tribunal enfocó la controversia como un caso de discriminación²¹⁸⁸. De las tres acomodaciones ofrecidas el Tribunal de instancia encontró ajustada a Derecho sólo la relativa a llevar siempre el pin, pero cubierto, ya que permitía eliminar la controversia con el resto de trabajadores y con la empresa, y al mismo tiempo permitía a la trabajadora cumplir su promesa religiosa. La sentencia de apelación confirma dicho pronunciamiento, no sin olvidar que esta tipología de controversias con alto contenido emocional no son fáciles de resolver: "*We recognize that this case typifies workplace conflicts which result when employees hold strong views about emotionally charged issues. We reiterate that Title VII does not require an employer to allow an employee to impose his religious views on others. The employer is only required to reasonably accommodate an employee's religious views*"²¹⁸⁹.

Se trata de un buen ejemplo en el que sin necesidad de que existan normas específicas sobre cómo se debe vestir la plantilla en un ámbito laboral concreto, en este caso el sector de oficinas y despachos, es evidente que la indumentaria o adornos que se elijan han de ser respetuosos con los derechos de los demás trabajadores y con el derecho de libertad de empresa, que incluye la facultad de mantener la convivencia en el centro de trabajo y evitar que unos trabajadores vulneren los derechos de otros. En una empresa de tendencia religiosa o incluso en un negocio del denominado empresariado étnico el derecho a vestir según las convicciones religiosas acorde a la naturaleza de ambos tipos de empresa sería probablemente muy amplio.

En el caso de los testigos de Jehová hay un rechazo claro de las imágenes, por lo que en tal sentido es difícil que un trabajador de dicha creencia sea causa de una controversia jurídica relacionada con imágenes religiosas. Por ejemplo, su rechazo a las imágenes ha sido reflejado en las sentencias de los Estados Unidos por negarse a saludar la bandera por parte de los alumnos de esta confesión en las escuelas. Una sentencia conocida es la dictada en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943), que refleja el citado rechazo: "*The Witnesses are an unincorporated body teaching that the obligation imposed by law of God is superior to that of laws enacted by temporal government. Their religious beliefs include a literal version of Exodus, Chapter 20, verses 4 and 5, which says: «Thou shalt not make unto thee any graven image, or any likeness of anything that is in heaven above, or that is in the earth beneath, or that is in the water under the earth; thou shalt not bow down thyself to them nor serve them. They consider that the flag is an "image" within this command. For this reason, they refuse to salute it». Children of this faith have been expelled from school and are threatened with exclusion for no other cause. Officials threaten to send them to reformatories maintained for criminally inclined juveniles. Parents of such children have been prosecuted, and are threatened with prosecutions for causing delinquency*".

Los códigos de vestimenta han existido de un modo u otro desde siempre. Si antes de la Modernidad la vestimenta establecía de una forma rígida el rango (ahora también pero no por norma prescriptiva, sino por poder adquisitivo)²¹⁹⁰, en unas relaciones laborales

²¹⁸⁸ "An employee establishes a prima facie case of religious discrimination by showing that: (1) the employee has a bona fide religious belief that conflicts with an employment requirement; (2) the employee informed the employer of this belief; (3) the employee was disciplined for failing to comply with the conflicting employment requirement".

²¹⁸⁹ Dicha sentencia es comentada en GREGORY: *Encountering religion...*, op. cit., pp. 74-76.

²¹⁹⁰ "In feudal Europe, for example, clothing was not a commodity (as it is today) but a badge of rank. Rank dominated dress. The meaning of clothing was shaped in the image of the feudal order.

democráticas dicho código si se establece ha de equilibrar los legítimos intereses empresariales, con el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores. A menudo ocurre que tales códigos reflejan el pensar de las mayorías, y pasa por alto las necesidades de las minorías²¹⁹¹. Y si no existe tal código de indumentaria, ya sea en el contrato, ya sea en el convenio colectivo, ya sea en la ley, o ya sea en los usos y costumbres; habrá que estar a las reglas habituales de ponderación de bienes, sin poder acudir a unas normas creadas expresamente para el caso concreto. Si antiguamente existía una inflexible coherencia entre vestimenta y rango, actualmente debe existir sobre todo una coherencia entre los derechos de los unos respecto a los derechos de los otros, y en todo caso respecto a los propios actos (coherencia interna). En el caso del trabajador unas convicciones sinceras serán coherentes con sus manifestaciones externas. Y en el caso del trabajador, como se ha visto, la jurisprudencia otorga mucho valor a la tolerancia empresarial: lo que es correcto hoy, no puede ser de forma inmotivada incorrecto mañana.

Al mismo tiempo, si el trabajador tiene derecho a formarse una imagen exterior, una identidad acorde con sus convicciones; la jurisprudencia también está avanzando cada vez más en el sentido de reconocer el derecho de la empresa a crearse un prestigio y mantenerlo, a configurar una imagen empresarial acorde con la cultura corporativa. De ahí la relevancia de las normas sobre indumentaria²¹⁹².

6.2. Sijismo y apariencia externa en el trabajo

El sijismo si bien no plantea ninguna problemática en otros aspectos de la relación laboral, sí que posee unos elementos intrínsecos que pueden requerir eventualmente un acomodación de las condiciones de trabajo a sus condicionamientos exteriores por razones religiosas. Aunque la mayoría de los trabajadores sij son punyabíes o de origen punyabí, cualquiera puede convertirse al sijismo, que es una confesión universalista: no

*Dressing in finery to which one wasn't entitled was a kind of lie; it made a false statement about who one was. When a king or a prime minister dressed as a commoner in order to learn something about the opinions of his subjects, this was a kind of politic deceit. On the other hand, the difficulties of enforcing the clothing code (the sumptuary laws) suggests that there was all along an alternative sense of what clothing meant. At some point, at least, one can begin to recognize the boundaries of a distinct sphere within which people dress in accordance with what they can afford or what they are willing to spend or how they want to look. The sumptuary laws may still be enforced, but now one can make - and ordinary men and women do, in fact, make - egalitarian arguments against them". WALZER: *Spheres of justice...*, op. cit., p. 26-27.*

²¹⁹¹ "The debate on religious dress usually focuses on those religious adherents who want to wear something different than the normal dress code - whether that code is a matter of formal policy or informal cultural norms. What those policies or norms include - or how they are shaped by wider social and cultural contexts - is seldom noted". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 68.

²¹⁹² "Hoy en día es ya indiscutible la importancia de la imagen como instrumento empresarial de primer orden con el que cuentan las organizaciones productivas para tratar de alcanzar muchos de sus principales objetivos. Por ello, las actividades desarrolladas en el sector terciario - comercio, publicidad, moda, hostelería, compañías aéreas... - exigen que se regule con toda serie de detalles que el trabajador deba ofrecer una imagen cuidada, moderna, responsable y actual que permita facilitar una adecuada y eficiente actuación en este cada vez más competitivo mercado global". DE VICENTE PACHÉS, Fernando: "El derecho a la libre apariencia física-estética en las relaciones de trabajo: una aproximación desde una perspectiva de sexo-género", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014, p. 4.

hace distinciones de género, nacionalidad, casta o religión, por lo que cualquier persona puede formar parte de la fraternidad denominada Khalsa²¹⁹³.

No todos los sijs se dejan el cabello y la barba sin cortar, ni todos llevan turbante. Desde un punto de vista religioso, sólo los miembros pertenecientes a la *Khalsa* están obligados a conservar dichas características distintivas. Los bautizados en dicha fraternidad se les conoce como *amritdhari-sikhs* o, lo que es lo mismo, se trata de sijs que han recibido el bautismo del *amrit*, que es lo que es conocida por dicha confesión como néctar de la inmortalidad. Dichos sijs prototípicos realmente constituyen una minoría en la comunidad, pero los ideales de la fraternidad se han extendido tanto que un gran número de sijs, sin ser miembros de ella, siguen sus recomendaciones, especialmente la prohibición de no cortarse ni el pelo, ni la barba (*kés*). A esos sijs, que constituyen la mayoría de la comunidad, se les llama *kesdhari-sikhs*, es decir, sijs que mantienen el cabello sin cortar. Una minoría de sijs ni son miembros de la Khalsa, ni siguen la mayoría de sus preceptos, por lo que son denominados *sahajdhari-sikhs*, los sijs que optan por la espontaneidad; o, despectivamente, los sijs que optan por la facilidad. Hasta principios del siglo XIX la mayoría de sijs pertenecían a este último grupo. Hoy en día son una minoría²¹⁹⁴.

Los miembros de la fraternidad denominada Khalsa y los sijs que, aunque no son miembros sí siguen sus preceptos, se guían por un código de conducta (*rahit*), que fue estandarizado durante el siglo XIX. En las décadas de 1930-1940 un grupo de expertos redactó un "Código de disciplina sij" (*Sikh Rahit Maryada*), que fue publicado en 1950, donde se recoge aspectos de doctrina, culto y costumbre. Dicho código es respetado y seguido por la mayoría de sijs que se encuentran en la diáspora, razón por la cual en 1971 se publicó su versión en inglés. Uno de sus preceptos es seguir las cinco Ks (*panj-kakke* en punyabi), que muchos trabajadores sij en España cumplen de forma estricta:

1) El cabello sin cortar (*kes*): de hecho, tal norma se aplica a todo el cuerpo. El varón sij nunca se afeita la barba y lleva siempre el cabello recogido con una especie de moño, que es cubierto por el turbante. Es obligación del sij mantener siempre el cabello bien limpio, está prohibido teñírselo, que no puede cortarse de por vida. Es el tabú o *kurahit* más importante²¹⁹⁵. Para la ortodoxia el creyente que se corta el cabello es calificado de apóstata y debe ser apartado de la comunidad. Está prohibido relacionarse con sijs que se hayan cortado el cabello. Como se ha podido comprobar, no son pocos los supuestos de hecho recogidos por la jurisprudencia en que la barba colisiona con el código de imagen que hace valer la empresa. Si la barba es problemática por razones de higiene, por ejemplo en trabajos en que se manipulan alimentos, el trabajador sij podrá utilizar las mascarillas al uso en ese ámbito.

2) Un peine que sujeta el cabello (*kangha*): lo mantiene sujeto y bien ordenado. Muchos sijs lo consideran un símbolo de la autodisciplina. Aunque no forma parte de las cinco Ks

²¹⁹³ PÁNIKER: *Los sikhs...*, op. cit., p. 102.

²¹⁹⁴ PÁNIKER: *Los sikhs...*, op. cit., pp. 7-8.

²¹⁹⁵ Según otra fuente respecto a la prohibición de cortar cualquier pelo del cuerpo, como símbolo de respeto a la voluntad de Dios: "los sijs consideran que el pelo es una parte más de nuestro cuerpo, y que si Dios nos creo así, nosotros no tenemos ninguna potestad para eliminarlo". Asimismo, los sijs "contraen el compromiso de no cortarse el cabello ni afeitar ningún pelo de ninguna parte del cuerpo como símbolo de respeto a la voluntad divina. En relación con este compromiso, los hombres visten un turbante para mantener los cabellos limpios y cuidados; las mujeres pueden llevar un turbante pero no tienen la obligación de hacerlo". AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 329.

es muy característico el turbante (*dastar*) que utilizan los sijs, obligatorio para los hombres, optativo para las mujeres. Las mujeres normalmente optan por utilizar un pañuelo con el que envuelven la cabeza, el denominado *dupatta*, lo que provoca que las mujeres sij no se distingan por su indumentaria de otras mujeres del norte de la India. En los últimos tiempos, es habitual entre los niños y los deportistas sij utilizar un pequeño pañuelo denominado *patka*. Aunque ningún precepto hace referencia al color de los turbantes, en la práctica sus colores distingue en ocasiones las creencias políticas de los sijs o su origen, por citar dos ejemplos. En Inglaterra los sijs han sido eximidos de usar casco y quitarse el turbante para conducir una motocicleta. El uso de turbante es para el sij el máximo exponente de su identidad, el emblema que le otorga dignidad. Por tal razón, en general puede ser motivo de acomodación de las condiciones de trabajo. El problema puede surgir especialmente cuando el uso del turbante no permita utilizar correctamente algún Equipo de Protección Individual que sea de preceptivo uso por razón de los riesgos laborales existente en un puesto de trabajo. Por ejemplo, el trabajador sij no puede cubrir su turbante con un sombrero ni con un casco²¹⁹⁶.

3) Un calzón corto (*kachh*): sirve para recordar al creyente el control sexual, así representa la prohibición de relaciones extraconyugales y es un símbolo de la pureza moral.

4) Una pulsera de acero (*kara*): suele llevarse en la muñeca derecha y debería ser de acero. Simboliza la unidad de Dios, y el peligro que supone llevar el *kirpan* sin la correspondiente rectitud moral y profundidad espiritual²¹⁹⁷.

5) Una espada (*kirpan*): suele ser un puñal o una pequeña daga. Su uso está ritualmente restringido, ya que el *kirpan* representa la defensa de la justicia, por lo que está prohibida su utilización ofensiva. El hecho de llevar dicha daga ha conllevado problemas legales a los sijs, por ejemplo en escuelas o aeropuertos; razón por la cual a veces se han introducido exenciones. Por ejemplo, en la Constitución india se considera que llevar el *kirpan* es una manifestación de la libertad religiosa; e *Indian Airlines* permite a los sijs llevar los *kirpans* en los vuelos interiores si respetan ciertas medidas. De momento no consta en la jurisprudencia española ningún conflicto laboral motivado por el *kirpan*. En la actualidad muchos sijs llevan una mera navaja simbólica de pequeñas dimensiones, cuya

²¹⁹⁶ "La imposición del turbante: al final de la infancia, normalmente entre los once y los dieciséis años, los chicos son conducidos al templo, donde después de la recitación de fragmentos del libro sagrado y del canto de unos himnos, el granti, o una persona de edad avanzada, les impone el turbante. Para los sijs el turbante es básicamente un signo de obediencia religiosa y un símbolo de respetabilidad. Pero en muchas ocasiones sirve también para identificar a la persona que lo lleva, ya que algunos colores, formas y estilos de turbante están relacionados con determinados grupos de edad, lugares de origen y comunidades religiosas. Cabe añadir que los sijs que llevan turbante tienen prohibido ponerse ningún tipo de sombrero o casco, lo que puede comportar en algunas ocasiones problemas en nuestras sociedades, por el simple hecho de conducir una motocicleta, por ejemplo, o en el caso relativamente célebre de algunos policías municipales sijs en Inglaterra". AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 323.

²¹⁹⁷ "The symbols Guru Gobind Singh is said to have brought to his followers in 1699, and which are still observed by the faithful, include such emblems of militancy as a sword and a bracelet-like shield worn on the wrist". JUERGENSMEYER: *Terror in the mind...*, op. cit., p. 96. Según otra fuente sobre el brazalete de acero (*kara*) se pone en la muñeca derecha, para recordar la fe en Dios cada vez que la persona tenga la tentación de cometer una fechoría. Es también un símbolo de fraternidad de los miembros de la comunidad. AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 330.

afectación jurídico-laboral es mínima²¹⁹⁸. Es de gran interés la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* (2006) en la que se analiza la naturaleza del *kirpan* y se permite a un niño sij ortodoxo poderla llevar en la escuela (el Tribunal realiza una acomodación razonable entre la obligación religiosa de llevar siempre el *kirpan* y la seguridad pública).

El seguimiento de las citadas costumbres diferencia a los sijs de otras personas originarias de la India, y son muy relevantes en cuanto a la formación de su identidad, ya que les distingue externamente. Aunque el seguimiento de las cinco Ks sólo afecta en principio a los miembros de la Khalsa (menos de una quinta parte de todos los sijs han sido iniciados en ella), lo cierto es que buena parte de los sijs han interiorizado dichas normas²¹⁹⁹, por lo que a efectos jurídicos habrá que examinar si las convicciones religiosas sostenidas individualmente son sinceras, no si cumplen con una ortodoxia que tampoco existe exactamente en el sijismo. Además, como suele ocurrir con los trabajadores migrantes, los sijs en la diáspora quizás opten por reafirmar su identidad mediante el seguimiento estricto de las anteriores prescripciones religiosas, especialmente si no acaban de encontrar su lugar en la sociedad de acogida, de ahí la relevancia de una óptima acomodación e inclusión en los centros de trabajo²²⁰⁰.

Por otro lado, algunos aspectos de sus obligaciones religiosas facilitan precisamente el normal desarrollo de la relación laboral en el caso de que exista código empresarial que establezca una concreta indumentaria o incluya prohibiciones. Tanto las mujeres como los hombres sij tienen prohibida la utilización de pendientes o *piercings* en cualquier parte del cuerpo, aunque sólo en el caso de las mujeres a veces se hacen excepciones. Las mujeres no pueden vestir ningún tipo de velo que les cubra el rostro²²⁰¹.

6.3. Las trabajadoras musulmanas y su indumentaria en el puesto de trabajo

En otras partes de esta investigación ya se ha hecho referencia a la utilización del pañuelo islámico y el velo como instrumentos de autoafirmación cultural, identitaria, más

²¹⁹⁸ El *kirpan* "es el símbolo que muestra la voluntad de los sijs de defender a los débiles y los oprimidos contra toda injusticia, al mismo tiempo que manifiestan, según sus explicaciones, la intención del creyente de discriminar entre lo que es falso y lo que es verdadero. Actualmente los sijs insisten mucho en el carácter puramente simbólico de esta daga, y muchos de ellos llevan de hecho una navaja diminuta, que no puede ser considerada como arma. A pesar de todo, en muchos países occidentales la exhibición del *kirpan* puede resultar problemática, por ejemplo para embarcar en un avión". AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 330.

²¹⁹⁹ PÁNIKER: *Los sikhs...*, op. cit., p. 10, pp. 104-109, y pp. 267-268.

²²⁰⁰ En relación al gran número de sijs en la diáspora: "Una vez la comunidad que migró se siente de forma permanente en el país de acogida (cuando la posibilidad de regreso ya no es viable o, simplemente, es descartada), se convierte - en el modelo multicultural anglosajón - en una «minoría». Y ésta se percibe a sí misma diferente y, normalmente, superior - a los «paisanos» de sus pueblos natales. Es entonces cuando, en caso de sentirse discriminada, los problemas con la sociedad de acogida pueden ser más serios. Porque han dejado de ser «huéspedes» y si - por motivos de raza, religión o cultura - son discriminados, pueden desarrollar una actitud mucho más militante y autoafirmadora". PÁNIKER: *Los sikhs...*, op. cit., p. 323.

²²⁰¹ AAVV: *Las otras religiones...*, op. cit., p. 328. En el mismo sentido, los adventistas rehúyen en general los ornamentos: "nuestras recreaciones y entretenimientos estarán en armonía con las más elevadas normas de gusto y belleza cristianas. Si bien reconocemos diferencias culturales, nuestra vestimenta debería ser sencilla, modesta y pulcra como corresponde a aquellos cuya verdadera belleza no consiste en el adorno exterior, sino en el inmarcesible ornamento de un espíritu apacible y tranquilo". AAVV: *Creencias de los Adventistas...*, op. cit., p. 322.

allá simplemente de su gran relevancia religiosa, que también la posee²²⁰². Asimismo, al hablar de la prestación de servicios en el seno de la Administración pública se ha tratado el tema siempre controvertido del uso del pañuelo islámico por parte de las profesoras en centros educativos públicos. El Corán dedica algunos preceptos a la vestimenta de la musulmana, pero la indumentaria está muy influida por la tradición y cultura, por lo que en la práctica la musulmana vestirá asimismo según las costumbres de la zona de donde sea oriunda.

La Sura 24, 31 contiene preceptos en materia de moralidad que incluye reglas generales sobre el modo preceptivo de vestir: *"Haz saber también a las creyentes que se las requiere a bajar la mirada con recato (fuera del ámbito conyugal), a conservar el pudor, a no dejar ver sus encantos naturales más allá de lo imprescindible, a cubrir el escote con chales, a no enseñar sus adornos sino al marido, a los hijos propios y a los hijastros y sus respectivos descendientes, a los hermanos, hermanastros y hermanos de leche y sus respectivos descendientes, a los sobrinos y sus descendientes, a las mujeres que gocen de su confianza, a los esclavos y deficientes conocidos por su inapetencia sexual, a los niños en los que aún no se ha despertado el sentimiento sexual, (y a los tíos). Se las requiere también a no (coquetear con los hombres) llamando su atención con las ajorcas de los pies hacia los encantos que ocultan"*.

Al mismo tiempo, de forma genérica la Sura 33, 59 indica lo siguiente: *"¡Profeta! Di a tus esposas, a tus hijas y a todas las mujeres creyentes que se cubran con su indumentaria para que se las distinga mejor y no sean, por ende, molestadas"*.

Por desgracia, el enfoque de la problemática anudada a la indumentaria de las musulmanas no siempre ha ido priorizada por un análisis riguroso de los derechos, libertades y bienes en juego, sino por discursos politizados dirigidos a otros fines extrajurídicos, en los que no ayuda tampoco los debates caldeados seguidos de cerca por la opinión pública y los medios de comunicación por medio de simples titulares.

Muy polémica y mediática fue, por ejemplo, la modificación de la ordenanza municipal aprobada por el Ayuntamiento de Lleida en el año 2010. Concretamente afectaba tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia, añadiéndoles nuevos apartados y la modificación de los Reglamentos que regulan el Archivo municipal, el servicio de transporte urbano de pasajeros y el de funcionamiento de los centros cívicos y

²²⁰² El uso del pañuelo por las musulmanas no sólo responde a una actitud religiosa, sino identitaria y asentada frecuentemente en la costumbre: *"En Europa, la versión del velo que predomina, la utilización del hiyab, se ha convertido en un elemento habitual entre las mujeres musulmanas de nuestras ciudades. Desde luego existe un componente tradicional en el uso del hiyab; una parte importante de la inmigración en España y otros países europeos proviene del norte de África, de zonas rurales poco desarrolladas donde la costumbre inveterada del hijab sigue siendo la norma. Pero paralelamente a este hecho, especialmente en Estados europeos que cuentan con segundas y terceras generaciones de inmigrantes – Gran Bretaña, Francia, Alemania, Bélgica, Holanda... -, a partir de los años 80 se ha vivido entre los hijos de los inmigrantes un resurgir del uso del velo como modo de manifestar su pertenencia cultural"*. MOTILLA DE LA CALLE: "La libertad de vestimenta...", en AAVV: *Los musulmanes en España...*, op. cit., p. 108. Sobre el significado cultural y religioso del velo integral islámico (burka y niqab) vid. ARECES PIÑOL, María Teresa: *La prohibición del burka en Europa y en España*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2014, pp. 67-79. Asimismo, sobre el significado del velo y del pañuelo en el mundo islámico vid. PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador: "Retos de la gestión de la diversidad cultural en el ámbito educativo francés. El caso del velo y del pañuelo islámicos", en AAVV: *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 449-478, especialmente pp. 455-463.

locales sociales municipales. Era deseo del Ayuntamiento establecer prohibiciones y limitaciones en diversos ámbitos respecto las personas que portaran velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificultasen la identificación y la comunicación visual de las personas. La STSJ de Cataluña, Sala contencioso-administrativa, núm. 489/2011 de 7 junio (JUR 2011, 291592) otorgó la razón al Ayuntamiento. El Tribunal diferencia entre el velo integral y el que cubre parcialmente, y reconoce que vestir dicha tipología de prendas va ligado al derecho a la libertad religiosa, aunque obviamente no todas las creyentes las utilicen. Asimismo el órgano jurisdiccional reconoce la polémica social que recae sobre la materia tratada: "*La cuestión que desde la óptica de los derechos fundamentales se nos plantea es si dicha prohibición vulnera el derecho fundamental consagrado en el art. 16 de la CE , a la libertad ideológica, religiosa y de culto, en la medida en que la prohibición incluye una vestimenta, el velo integral (con denominaciones como burka completo, chador, niqab u otras) (...). Este Tribunal, atendida la polémica social existente al respecto, únicamente puede afirmar que se trata de una prenda que visten algunas mujeres -no todas- de religión islámica. Utilizando palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo para el velo no integral, se puede considerar que su porte es un acto motivado o inspirado por una religión o una convicción. Sin pronunciarnos sobre si este acto constituye en todos los casos un cumplimiento de un deber religioso, sí que es o puede ser manifestación de una creencia o convicción ideológica o religiosa, y por tanto, un signo de tal carácter*" (Fundamento de Derecho Segundo).

Al mismo tiempo el Tribunal argumenta que el ocultamiento del rostro puede "perturbar la tranquilidad" en los usos sociales mayoritarios del país: "*En nuestra cultura -occidental- el ocultamiento del rostro en la realización de actividades cotidianas produce perturbación en la tranquilidad, por la falta de visión para el resto de personas de un elemento esencialmente identificativo cual es la cara de la persona que lo oculta. Ello sin perjuicio de que, por diversas razones, no se produzca tal efecto perturbador en otras situaciones, como el ejercicio de determinadas profesiones, seguridad e higiene en el trabajo, festividades o climatología; situaciones que la Ordenanza ahora impugnada ya contempla como posibles excepciones a la prohibición (art. 26.2 párrafo segundo de la Modificación)*" (Fundamento de Derecho Segundo).

Por el contrario, la STS, Sala Contencioso-administrativa, de 14 febrero 2013 (RJ 2013, 2613) otorga la razón a la asociación cultural que impugnó el acto administrativo del ayuntamiento. El Alto Tribunal dicta su sentencia siendo consciente de su relevancia: "*Habida cuenta de la transcendencia actual de la cuestión que se somete a nuestro enjuiciamiento y del hecho de que es la primera vez que la misma llega hasta este Tribunal, y en su manifestación más extrema del velo integral, siendo, como lo es, tal cuestión de intenso debate, tanto en España, como antes en muchos otros países*". No es objeto de la presente investigación el análisis de la indumentaria religiosa desde un punto de vista administrativista (por ejemplo, la posibilidad de limitar derechos fundamentales a través de reglamentos municipales), pero sí que interesa destacar que la sentencia realiza un recorrido por las distintas sentencias y decisiones de órganos e instituciones internacionales con la finalidad de encontrar parámetros para decidir el supuesto

planteado. En todo caso se trata de una sentencia dogmáticamente poco ambiciosa, quizás por la limitación del supuesto enjuiciado²²⁰³.

Posteriormente la STEDH de 1 de julio de 2014, caso S.A.S. contra Francia ha avalado la prohibición francesa de cubrirse el rostro en espacios públicos. El Tribunal en su razonamiento reconoce la configuración de la apariencia exterior de las personas pertenecen a su ámbito de intimidad: "*El Tribunal considera que 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*" (107). Después de revisar las decisiones en materia de peinado o la elección de la ropa el Tribunal admite que "*una medida de una autoridad pública que limita una elección de este tipo es por lo tanto en principio constitutiva de una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de privado de vida, en el sentido del artículo 8 del Convenio*" (107). Aunque se trata de un uso extraño para la mayoría cultural y religiosa de un país la utilización de la prenda es expresión de una identidad propia que en principio ha de ser respetada en conexión con la dignidad humana: "*El respeto a la dignidad de las personas no puede motivar legítimamente la prohibición general del uso del velo integral en los espacios públicos. El Tribunal es consciente de lo extraño que resulta la prenda en cuestión por muchos de los que la observan. Sin embargo señala que, por otra parte, es la expresión de una identidad cultural que contribuye al pluralismo del que se nutre la democracia. Observa en este sentido, la variabilidad de las nociones de la virtud y la decencia aplicadas al desvelamiento de los cuerpos. Por otro lado, no dispone de ningún elemento que podría llevar a considerar que las mujeres que usan el velo integral pretenden expresar una forma de desprecio hacia aquellos con los que se cruzan o vulnerar de alguna forma la dignidad de los demás*" (120).

Ahora bien, en el presente caso ha de tenerse en cuenta parámetros como son la convivencia, que constituye un concepto flexible: "*El Tribunal tiene en cuenta el hecho de que el Estado demandado considera que el rostro juega un papel importante en la interacción social. Puede entender el punto de vista según el cual, quienes se encuentren en espacios abiertos a todos deseen que no se desarrollen prácticas o actitudes que fundamentalmente cuestionen la posibilidad de relaciones interpersonales abiertas que, en virtud de un consenso establecido, es un elemento indispensable para la vida en comunidad en el seno de la sociedad en cuestión. El Tribunal por tanto, puede admitir, por tanto, que la postura que opone a los otros el velo ocultando el rostro sea percibido por el Estado demandado como vulnerando el derecho de los demás a evolucionar dentro de un espacio de sociabilidad facilitando convivencia. Sin embargo, la flexibilidad del concepto de «convivencia» y el consiguiente riesgo de exceso de control que entraña, obligan al Tribunal a realizar un examen riguroso de la necesidad de la restricción impugnada*" (122).

Para el Tribunal lo relevante es que el Estado debe garantizar la convivencia de las personas en diversidad, y para garantizar dicha convivencia resulta razonable que se prohíba ocultar el rostro en ciertos supuestos: "*Ciertamente entra dentro de las funciones del Estado el garantizar las condiciones que permitan a las personas convivir en su*

²²⁰³ Se puede examinar una crítica de ambas sentencias en GARCÍA RUIZ, Yolanda: "Pluralidad religiosa, diversidad cultural y derechos de la mujer: novedades jurisprudenciales en España", en AAVV: *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 325-348; ARECES PIÑOL: *La prohibición del burka...*, op. cit., pp. 159-195.

diversidad. Además, el Tribunal puede aceptar que un Estado considere indispensable dar una particular importancia dentro de este marco a la interacción entre individuos y considere que se encuentra alterado por el hecho de que algunos escondan sus rostros en los espacios públicos" (141).

Tal jurisprudencia es relevante en el ámbito laboral porque pone de manifiesto que aunque se debe garantizar la pluralidad cultural y religiosa, también ha de garantizarse la convivencia. En la plaza pública es el Estado el sujeto legitimado y obligado a ello. En el centro de trabajo la empresa ha de respetar la pluralidad, pero ha de garantizar la convivencia, y al mismo tiempo ha de adecuar las circunstancias para que al actividad económica se desarrolle de forma óptima (libertad de empresa ex art. 38 CE).

Como ámbito de necesaria convivencia y sociabilidad se hace difícil que se pueda acomodar en el ámbito laboral piezas de ropa que oculten parcialmente o totalmente el rostro de forma continuada. Es cierto que en el ámbito laboral se utilizan habitualmente prendas que ocultan el rostro: cascos, protecciones contra las inclemencias climatológicas, las mascarillas de los médicos y enfermeras cuando operan un paciente, etc. Pero se trata de piezas de ropa o indumentaria que no son utilizados de forma continuada. En el ámbito laboral las trabajadoras y los trabajadores han de interactuar constantemente de forma visual con otras personas: superiores, compañeros de trabajo, clientes, trabajadores de otras empresas, proveedores, pacientes; en persona o a través de videoconferencias; en los pasillos o en reuniones formales, etc. En dichas circunstancias no es acomodado en la mayoría de casos la utilización inflexible, reiterada y rígida, durante toda la jornada laboral, de piezas de ropa que cubran total o parcialmente el rostro.

Se podría argumentar que una operadora de telemárketing podría prestar servicios con el rostro totalmente oculto, pues interactúa a través de la línea telefónica con los clientes. Si bien es cierto que los clientes no entran en contacto visual con la trabajadora, no es menos cierto que una teleoperadora no sólo trata con clientes, ya que el centro de trabajo es un lugar eminentemente social, por lo que entrará necesariamente en contacto con trabajadores de la misma empresa o no, sus superiores, quizás con proveedores, etc. Como siempre la acomodación tiene límites, y en este caso la libertad religiosa se vería fuertemente limitada por la libertad de empresa, ya que en dichas condiciones es imposible que la relación de trabajo se desarrolle de forma óptima y que la convivencia quede garantizada²²⁰⁴.

²²⁰⁴ La noción de garantía de la convivencia que se desprende del poder de dirección empresarial puede ser explicado del siguiente modo: "*La ordenación directiva patronal puede intervenir sobre la conducta del asalariado en su lugar de trabajo. Conviene recordar que la empresa constituye una institución de carácter dinámico en cuyo marco se adoptarán las decisiones técnicas relativas a la utilización de los factores de producción y, conjuntamente, aquéllas referidas a la organización y convivencia de la colectividad de personas a fin de asegurar la buena marcha de la misma. Dicha facultad se manifiesta a través de la prescripción de reglas relativas al empleo de los medios productivos y a la conducta de la fuerza de trabajo. Sin ánimo de exhaustivo, hay que precisar que las directrices empresariales de este tipo pueden abarcar, por ejemplo, el deber de abstenerse de usar palabras malsonantes u obscenas en el trabajo; de no desatender el aseo y la limpieza personal; de mantener una determinada apariencia externa; de cuidar los uniformes y los equipos; la prohibición de iniciar riñas o discusiones con los compañeros de trabajo; de evitar los retrasos o faltas de puntualidad, etc. Se trata, en resumen, de evitar aquellos comportamientos que puedan provocar una molestia inaceptable o entorpecer la normal convivencia en la empresa". MORATO GARCÍA: *Derecho de resistencia y ejercicio...*, op. cit., p. 45.*

De forma teórica, el ocultamiento continuo del rostro mediante indumentaria de origen religioso sí podría ser aceptable en empresas de tendencia de religiosa o bien en determinados negocios de empresariado étnico, en que la competencia en materia religiosa es necesaria para desarrollar la prestación de servicios. Cuestión bien distinta es que dichas empresas exigieran como requisito laboral el ocultamiento del rostro, conducta empresarial que fácilmente vulneraría los derechos fundamentales de las candidatas, especialmente se vulneraría el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y la prohibición de discriminación (en este supuesto la musulmana no elegiría libremente cubrirse el rostro, sino que vendría obligada por un requisito empresarial).

De dicho razonamiento se desprende una idea de no menor importancia, cual es que la utilización del pañuelo musulmán u otra indumentaria similar para cubrirse el cabello y que no oculte el rostro como regla general ha de ser aceptada como manifestación del derecho a la libertad religiosa, tal y como ya se ha dejado dicho al tratar de las docentes musulmanas en instituciones educativas públicas. Como el uso de dicha prenda encuentra su razón de ser en el derecho fundamental a la libertad religiosa, y en una medida similar en el derecho a la intimidad y a la propia imagen, las condiciones de trabajo deberán en principio acomodarse a dicha necesidad religiosa²²⁰⁵. Al mismo tiempo la instauración de un código de vestimenta deberá tener en cuenta dichas necesidades, y su restricción deberá ser especialmente motivada²²⁰⁶.

²²⁰⁵ “En el Derecho español, las escasas decisiones jurisprudenciales en materia de velo islámico en las relaciones laborales siguen, en sus líneas generales, el criterio de acomodo a la libertad religiosa del trabajador en tanto no perjudique a la empresa”. MOTILLA DE LA CALLE: “La libertad de vestimenta...”, en AAVV: *Los musulmanes en España...*, op. cit., pp. 103-131. Un ejemplo de opinión doctrinal estadounidense a favor de la acomodación: “Given that the workplace is a public or quasi-public institution, the company’s decision to exclude women in hijab would not only send a message of exclusion to Muslim women, but it would reinforce the idea that Muslim’s religious obligations place them outside of US public life. Muslim women who appear on hijab must be treated with the same respect accorded other employees; dress codes should be accommodated unless compelling dangers are demonstrated. As a practical matter, examples of suitable compromises abound in which religious persons were able to uphold their commitments while still meeting safety requirements. In rare cases when genuine safety concerns prohibit a person in loose-fitting clothing to hold a position, corporations have a moral obligation beyond de minimis costs to find a suitable alternative position for the employee”. HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 176.

²²⁰⁶ Se ha afirmado que “en el caso del velo, si existiera uniforme en que no se prevea su utilización, llevarlo modifica el compromiso del trabajador a ajustarse a él y, por tanto, debe anunciarse la voluntad de portarlo antes de la firma del contrato. Pero en los casos en que no exista contractualmente obligación de un uniforme, entiendo que la libertad del trabajador le da derecho a llevar pañuelo islámico, ya que ni afecta a la moral, a la higiene, o a obligaciones particulares de la praxis empresarial; en ese supuesto, esa misma libertad hace no necesaria la comunicación al empleador previa la firma del contrato de trabajo”. MOTILLA DE LA CALLE, Agustín: “La libertad de vestimenta...”, en AAVV: *Los musulmanes en España...*, op. cit., p. 132. Al respecto hay que decir que si un código de vestimenta prohíbe expresamente cubrirse el cabello, ello no significa que bajo ninguna circunstancia el trabajador no pueda cubrirselo, pues no sólo pueden concurrir necesidades religiosas, sino que también pueden concurrir necesidades médicas. La trabajadora que se cubre la cabeza con un pañuelo musulmán no lo hace por capricho, sino por obligación religiosa. En este caso se deberían ponderar los derechos en juego, y sólo se debería restringir el derecho fundamental en el caso de que existan razones de peso para ello. Debería analizarse cómo y en qué medida se expresa el consentimiento al contrato de trabajo para examinar si concurriría mala fe o no y abuso de derecho según las reglas ya explicadas. Y en ningún caso tiene obligación de manifestar que llevará un pañuelo musulmán durante la relación laboral, sino que las conductas de las partes han de ser coherentes y guiadas por la buena fe: “El art. 16.2 CE legitima al trabajador, en el momento del acceso al empleo, para no declarar sobre su ideología, religión o creencias. Una trabajadora musulmana no tiene por qué indicar su intención

Además, en estos supuestos cualquier orden o medida empresarial tomada en el contexto del poder de dirección deberán superar los oportunos filtros de la tutela antidiscriminatoria, pues la utilización de dicha prenda va ligada al hecho de ser mujer²²⁰⁷, y frecuentemente va unida a ciertos orígenes, lengua, etnia o cultura²²⁰⁸. En esta materia no puede perderse de vista que el uso del pañuelo islámico va ligado asimismo, de forma difícil de escindir, a la cultura y las tradiciones de la trabajadora con la formación de su identidad²²⁰⁹.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha puesto de manifiesto como una código de vestimenta que se considere "neutral" desde un punto de vista religioso puede ser en la

de usar el velo en la prestación de servicios". GIL Y GIL: "Poder directivo y apariencia...", en AAVV: *El poder de dirección...*, op. cit., p. 122.

²²⁰⁷ Una de las controversias habituales tratadas por los Tribunales españoles e internacionales es si las prendas utilizadas por las mujeres musulmanas son impuestas o son producto del ejercicio de su libertad de elección. En la STSJ de Castilla y León (Burgos), Sala Contencioso-Administrativa, núm. 277/2014 de 28 noviembre (JUR 2015, 32685) se trata puntualmente de dicho aspecto al analizar si procede la sanción de una alumna no universitaria por llevar un velo integral en la escuela: "*Partiendo de que la medida en cuestión (en cuanto sin duda tiene como referente subjetivo a mujeres adultas) se establece en un ámbito de libertad, como es el propio de nuestra sociedad en el marco de nuestra Constitución, y de que la mujer en él tiene a su disposición medidas adecuadas por optar en los términos que quiera por la vestimenta que considere adecuada a su propia cultura, religión y visión de la vida, y para reaccionar contra imposiciones de las que, en su caso, pretenda hacerse víctima, obteniendo la protección del poder público, no consideramos adecuado que, para justificar la prohibición que nos ocupa, pueda partirse del presupuesto, explícito o implícito, de que la mujer, al vestir en nuestros espacios públicos el velo integral, lo hace, no libremente, sino como consecuencia de una coacción externa contraria a la igualdad de la mujer, que es la base subyacente de la argumentación de la sentencia recurrida, que no podemos compartir*". En todo caso es sabido que el uso del pañuelo islámico por parte de las trabajadoras musulmanas provoca que sean discriminadas por partida triple: por ser mujeres, por ser extranjeras y por ser musulmanas (multidiscriminación). Precisamente esta última característica es realizada por el uso de dicha indumentaria. *In extenso* sobre la relación entre género e Islam en el ámbito laboral *vid.* RIVAS VALLEJO, Pilar: "Trabajo, islam y género", XVIII Jornades Catalanes de Dret Social, Barcelona, 1 y 2 de marzo de 2007. Una versión ampliada es la siguiente: RIVAS VALLEJO, Pilar: "Mujer trabajadora e Islam: binomio para la discriminación", ponencia a las jornadas "L'exercici del dret de llibertat religiosa en el marc laboral", Girona, 23 de octubre de 2015. Inédita.

²²⁰⁸ "Sea o no el velo un imperativo religioso, o su utilización pertenezca más a las costumbres étnicas, la obligatoriedad moral de su uso para el creyente es la misma. En realidad no es fácil separar los elementos religiosos y étnicos en el islam. Esta religión, como es bien sabido, cubre una vasta área social y política; cultura, religión, moral... son, para el creyente musulmán, la misma cosa. Y el velo representa para la mujer musulmana la seña de su identidad, la expresión visual de la sociedad a la que pertenece". MOTILLA DE LA CALLE: "La libertad de vestimenta...", en AAVV: *Los musulmanes en España...*, op. cit., p. 108. Sobre la superposición de elementos identitarios: "No puede olvidarse que en muchas ocasiones los conflictos relativos a la libertad religiosa se combinan con la nacionalidad, e incluso con la pertenencia a otra etnia o raza, con la prudencia que ello exige en el ejercicio del poder de dirección y en el análisis de las conductas". RODRÍGUEZ CARDÓ: *Poder de dirección empresarial...*, op. cit., p. 28.

²²⁰⁹ Desde el prisma sociológico se ha enfatizado dicha noción: "*En todo el conflicto en Francia sobre el pañuelo y el velo islámicos sobrevolaba la gran diferencia de claves de interpretación en la comunidad republicana y en la comunidad islámica: en la primera el velo es un símbolo religioso mientras que en la segunda la significación no es posible que sea netamente religiosa puesto que la religión no es una cosa separada de, entre otras cosas, la cultura. El uso indiscriminado de la categoría religión en realidades sociales en donde la realidad simbólica e incluso institucional religiosa no está netamente diferenciada supone, aparte del peligro de incurrir en una percepción etnocéntrica, la incapacidad de comprender las consecuencias de esta diferenciación cuando se produce*". PÉREZ-AGOTE POVEDA: "Los límites de la secularización...", en AAVV: *Sagrado/Profano...*, op. cit., p. 318.

práctica un código discriminatorio. Así, en un voto particular contenido en la sentencia dictada en el caso *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 US ___ (2015) se manifiesta en dicho sentido: "*I would hold that Abercrombie's conduct did not constitute «intentional discrimination». Abercrombie refused to create an exception to its neutral Look Policy for Samantha Elauf 's religious practice of wearing a headscarf. Ante, at 2. In doing so, it did not treat religious practices less favorably than similar secular practices, but instead remained neutral with regard to religious practices. To be sure, the effects of Abercrombie's neutral Look Policy, absent an accommodation, fall more harshly on those who wear headscarves as an aspect of their faith. But that is a classic case of an alleged disparate impact. It is not what we have previously understood to be a case of disparate treatment because Elauf received the same treatment from Abercrombie as any other applicant who appeared unable to comply with the company's Look Policy*". Es decir, una política de empresa que prohíbe llevar prendas de ropa en la cabeza puede ser discriminatoria en el momento que no se tienen en cuenta las convicciones religiosas.

En un caso parecido se tuvo que pronunciar el Tribunal Supremo laboral alemán en su sentencia de 10 de octubre de 2002 en relación al despido de una vendedora de grandes almacenes que llevaba el pañuelo musulmán mientras prestaba sus servicios. El Tribunal declaró el despido contrario a Derecho y la polémica fue tal que según el presidente de dicho Tribunal nunca antes se habían recibido tantas cartas, muchas de ellas de carácter ofensivo. La trabajadora prestaba servicios como vendedora en una pequeña ciudad del Estado de Hesse. El centro de trabajo tenía una plantilla de unas cien personas y comercializaba productos de moda, juguetes, dulces, etc. Después de volver de su permiso de maternidad la trabajadora informó a la empresa que mientras su fe religiosa había cambiado y que de acuerdo con ella debía cubrirse el cabello en cumplimiento de las obligaciones religiosas musulmanas. La empresa denegó dicha petición y le otorgó a la trabajadora unos días de reflexión. La trabajadora reiteró su postura y fue despedida sin que nunca llegara a prestar servicios con el cabello cubierto. Es interesante destacar que el Tribunal afirma que es indiferente si el islam obliga o no de forma estricta a cubrirse el cabello, pues lo relevante son las convicciones personales de la trabajadora y que su conducta vaya ligada a dichas convicciones. Para el Tribunal ha de partirse del derecho fundamental a la libertad religiosa, y la empresa ha de probar qué desventajas le podría ocasionar el hecho de que la trabajadora prestara servicios con el pañuelo musulmán, ya fuera respecto a los compañeros de trabajo, ya fuera respecto a los clientes²²¹⁰. Y si tales desventajas tuvieran cierta entidad, antes de proceder al despido de la trabajadora la empresa hubiera tenido que intentar resolver la problemática de forma menos radical que procediendo a la extinción del contrato. Como se puede advertir, el Tribunal Supremo alemán ha optado por defender la posibilidad de un uso social normalizado, también en el trabajo, de una prenda de ropa tan relevante para las convicciones de un gran número de mujeres en Alemania, cual es el pañuelo musulmán.

²²¹⁰ Un comentario sobre la sentencia puede examinarse en SEIFERT, Achim: "Federal Labor Court strengthens religious freedom at the workplace". *German Law Journal*, 2003, vol. 4, núm. 6.

7. PROSELITISMO EN EL CENTRO DE TRABAJO

La actividad proselitista es otra manifestación legítima derivada del derecho a la libertad religiosa. El creyente tiene la facultad de poder tratar, charlar, informar y convencer sobre aspectos doctrinales o de otra índole en relación a su creencia, ya sea en relación con otros adeptos, ya sea respecto personas ajenas a la creencia; con lo que se entra de lleno en la actividad proselitista. En general, cuando una persona cree firmemente en lo que considera que es verdadero y correcto es razonable que intente convencer a otras personas respecto sus puntos de vista. Tal fenómeno ocurre en el mundo de las ideas, en la ideología, y, naturalmente, ocurre también en el caso de la religión, especialmente cuando tales ideas tienen una traslación en la *praxis* por parte de los sujetos que las sustentan y dejan de limitarse al campo teórico²²¹¹. Habrá trabajadores que guardarán sus convicciones religiosas para sí, otros tendrán tendencia a tratarlas con otros compañeros, y aun otros necesitarán o entenderán que es su obligación intentar informar de su mensaje a los demás y, sí es el caso, convencerlos.²²¹²

La religión puede ser vivida de forma individual o de forma colectiva, pero en todo caso necesita de puntos de referencia sociales, es a partir de la sociedad de donde se alimenta en gran parte²²¹³; y en la mayoría de los casos existe una comunidad de creyentes. A todo ello cabe añadir que una religión que no se expande, como cualquier sistema de ideas, tiende a la desaparición; así el *homo religiosus* tenderá a hacer partícipes a otras personas de sus creencias²²¹⁴.

²²¹¹ "Creencia e increencia comparten de hecho una pretensión de explicación global de la realidad. Esto les lleva a desbordar la condición de meros planteamientos teóricos para convertirse en programas prácticos. Ni una ni otra pueden renunciar a proyectarse sobre el contorno social". OLLERO TASSARA: *Un Estado laico...*, op. cit., p. 124. En el mismo sentido: "Beliefs are not enough. They have to be manifested. Mere freedom to hold them is barely freedom at all. At the very least, they have to be manifested in order to be recommended to others. Having a conscience is not enough. One has to be able to act on it". TRIGG: *Equality, freedom...*, op. cit., p. 103.

²²¹² GREGORY: *Encountering religion...*, op. cit., p. 70.

²²¹³ Es una idea que se toma de Durkheim, quien era consciente que por mucho que se defendiera un individualismo radical la religión estaba anclada en la vida social: "*Fins i tot quan la religió sembla que se sostingui íntegrament en el fur intern de l'individu, encara és en la societat on es troba la font viva en què s'alimenta. Ara podem apreciar què val aquest individualisme radical que voldria fer de la religió una cosa purament individual: no coneix les condicions fonamentals de la vida religiosa. Si fins ara s'ha mantingut en estat d'aspiracions teòriques que no s'han realitzat mai, això vol dir que és irrealitzable. Una filosofia pot elaborar-se molt bé en el silenci de la meditació interior, però no una fe. Perquè una fe és, abans de res, calor, vida, entusiasme, exaltació de tota activitat mental, transport de l'individu al damunt d'ell mateix. ¿I com podria, sense sortir de sí, augmentar les energies que poseeix? ¿Com podria ultrapassar-se només amb les seves forces? L'únic fogar en què ens podem reescalfar moralment és el que forma la societat dels nostres semblants; les úniques forces morals amb que podem sostenir i incrementar les nostres són les que ens presta algú altre*". DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., p. 429. La fe va más allá de uno mismo. Muchas confesiones incluso van más allá de su propia colectividad y sienten la necesidad de expandir sus doctrinas. "*L'home que té una veritable fe experimenta invenciblement la necessitat d'escampar-la; per això surt del seu aïllament, s'acosta als altres, mira de convèncer-los i l'ardor de les conviccions que suscita és el que ve a reconfortar la seva. Aquesta s'apagaria aviat si continués sola*" (p. 429).

²²¹⁴ "La vitalidad de la opción religiosa, como la de cualquier otra actividad humana, bien puede medirse por su capacidad de expansión, entre otros criterios. Pero en cualquier caso, el anuncio religioso depende fundamentalmente de la vivencia comunitaria: el *homo religiosus* solitario no es expansivo, no tiene capacidad de llevar a cabo una universalización de su creencia religiosa. Esta es una de las diferencias de la fe religiosa frente a la ideología filosófica: aquélla necesita ser vivida en comunidad, a ésta le basta la reflexión individual. El anuncio religioso, aunque sea bajo

Si el derecho a la libertad religiosa opera también en la relación laboral habrá que examinarse cómo se puede conjugar la actividad proselitista con los límites inherentes al ámbito laboral. *A priori* parece claro que la actividad proselitista no podrá actuar con la misma amplitud en el centro de trabajo que en un templo o en la vía pública.

Al respecto el art. 2.1.a) LOLR reconoce el derecho de los creyentes a profesar las creencias religiosas que libremente se elijan y a manifestar libremente dichas creencias religiosas. El apartado c) es aun más explícito y reconoce el derecho a difundir información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento. El art. 2.2 LOLR reconoce el mismo derecho en su vertiente comunitaria: el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a divulgar y propagar su propio credo. Tal divulgación se realizará, lógicamente, por sus ministros de culto, pero nada obsta a que sean los fieles y adheridos los que lleven a cabo dicha tarea divulgativa y proselitista.

En el caso de Portugal la Lei n.º 16/2001 de 22 de Junho da Liberdade Religiosa es más explícita que su homóloga española. Así, el art. 8.d) y e) establecen el derecho a "*professar a própria crença religiosa, procurar para ela novos crentes, exprimir e divulgar livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento em matéria religiosa*" y el derecho a "*informar e se informar sobre religião, aprender e ensinar religião*".

Existen muchas posibles definiciones del término "proselitismo", alguna de ellas con connotaciones negativas, pues la actividad proselitista no ha sido siempre bien vista en todos los contextos políticos y religiosos. No obstante, una buena definición del término es la siguiente: "*Por proselitismo debería entenderse el derecho de manifestar la propia fe, anunciarla a los demás, e intentar convencerles: en definitiva, sinónimo de anuncio religioso*"²²¹⁵.

Por lo tanto, se puede apreciar que la actividad proselitista va también muy ligada al derecho fundamental de expresión (art. 20 CE), y a veces será difícil distinguir qué comentarios o manifestaciones hacen referencia a aspectos puramente religiosos y cuáles no²²¹⁶.

En el ámbito laboral, como en los otros ámbitos sociales, deberá distinguirse entre proselitismo lícito y proselitismo ilícito y abusivo. De momento, sin necesidad de ulteriores

la forma más pacífica de diálogo, ha de marcar la línea entre la desaparición de una fe y su renovación". BUENO SALINAS y GUTIÉRREZ DEL MORAL: *Proselitismo religioso...*, op. cit., p. 13.

²²¹⁵ BUENO SALINAS y GUTIÉRREZ DEL MORAL: *Proselitismo religioso...*, op. cit., p. 10. El origen etimológico y conceptual del término "proselitismo" y su evolución histórica desde el judaísmo hasta el catolicismo puede consultarse en la misma obra (pp. 16 y siguientes).

²²¹⁶ "*El derecho a la propagación religiosa es una de las consecuencias del derecho a la libertad religiosa, del cual forma parte inseparable. No hay libertad religiosa y de creencias sin libertad de expresión, y la religión se anuncia sobre todo por medio de la comunicación de ideas*". BUENO SALINAS y GUTIÉRREZ DEL MORAL: *Proselitismo religioso...*, op. cit., pp. 9-10. La relación entre libertad religiosa y derecho a la libertad de expresión puede examinarse en el voto disidente contenido en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el Caso *School District v. Gobitis*, 310 US 586 (1940): "*The guaranties of civil liberty are but guaranties of freedom of the human mind and spirit and of reasonable freedom and opportunity to express them. They presuppose the right of the individual to hold such opinions as he will and to give them reasonably free expression, and his freedom, and that of the state as well, to teach and persuade others by the communication of ideas. The very essence of the liberty which they guaranty is the freedom of the individual from compulsion as to what he shall think and what he shall say, at least where the compulsion is to bear false witness to his religion*".

distinciones habrá que partir de una regla general, que es el respeto de la libertad religiosa de las otras personas con las que entre en contacto el trabajador proselitista; ya sean otros compañeros de trabajo, el empresario, clientes u otros trabajadores de otras empresas. Tal respeto se erige como límite fundamental: si una persona se opone de forma clara y patente a la actividad proselitista de la que es objeto, dicha actividad ha de detenerse de forma inmediata. En caso contrario, la actividad proselitista se convierte en ilícita y ha de ser vedada. Es más, si se reúnen otros requisitos, en los casos más graves, incluso se podría calificar la actividad proselitista como de acoso²²¹⁷, e incluso su autor podría incurrir en responsabilidad penal. Cualquier actividad proselitista no consentida atenta contra la libertad religiosa de otra persona.

Desde dicho prisma, el art. 522, 2º CP prevé el delito de "proselitismo ilícito". Tal precepto establece que incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo "*fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen*".

En Estados Unidos, por ejemplo, se ha creado un documento denominado "*Best Practices for Eradicating Religious Discrimination in the Workplace*" por la *U.S. Equal Employment Opportunity Commission*, que tiene en cuenta la eventualidad de las actividades proselitistas in consentidas²²¹⁸:

1) "*Employees who are the recipients of unwelcome religious conduct should inform the individual engaging in the conduct that they wish it to stop. If the conduct does not stop, employees should report it to their supervisor or other appropriate company official in accordance with the procedures established in the company's anti-harassment policy*".

2) "*Employees who do not wish to personally confront an individual who is directing unwelcome religious or anti-religious conduct towards them should report the conduct to their supervisor or other appropriate company official in accordance with the company's anti-harassment policy*".

Por otro lado, ya en el marco europeo, la STEDH de 25 de mayo de 1993, caso Kokkinakis contra Grecia reconoce el derecho a realizar actividades proselitistas de forma individual: "*En términos del artículo 9, la libertad de manifestar su religión no se ejerce únicamente de manera colectiva, «en público» y en el círculo de los que comparten la fe, puede también ejercerse «individualmente» y «en privado»; además comporta el derecho de intentar convencer a su prójimo, por ejemplo, mediante la «enseñanza», puesto que «la libertad de cambiar de religión o de convicción», consagrada por el artículo 9, correría*

²²¹⁷ En la presente investigación se hace referencia al acoso cuando se trata de la discriminación. Ahora bien, es relevante destacar las diferencias entre acoso sexual y acoso religioso en el trabajo que realiza la doctrina estadounidense en el contexto proselitista: "*Religious harassment is an important concern related to workplace spirituality and religion in the workplace. Just as the courts have found that sexual harassment is a form of discrimination prohibited by the Civil Rights Act, religious harassment is also prohibited. But religious harassment is not exactly the same as sexual harassment since it usually involves religious speech, which is also legally protected. The problem arises when the freedom to proselytize for one's religious faith comes into conflict with the legal prohibition against religious harassment*". LAMBERT III: *Spirituality...*, op. cit., p. 149.

²²¹⁸ Según una encuesta realizada en el año 2001 en los Estados Unidos por la *Society for Human Resources Management* el 20% de los trabajadores habrían sido objeto de conductas proselitistas de algún tipo por parte de sus compañeros de trabajo en los últimos cinco años. HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 77.

el riesgo de convertirse en letra muerta". Pero la misma sentencia distingue entre proselitismo lícito y abusivo: "Interesa en principio distinguir el testimonio del proselitismo abusivo: el primero corresponde a la verdadera evangelización que en un informe elaborado en 1956, en el marco del Consejo ecuménico de las Iglesias, califica de «misión esencial» y de «responsabilidad de cada cristiano y de cada Iglesia». El segundo representa la corrupción y la deformación. Puede revestir la forma de actividades [que ofrecen] ventajas materiales o sociales con el objetivo de obtener incorporaciones a [una] Iglesia o [ejerciendo] una presión abusiva sobre las personas en situación de angustia o de necesidad, según el mismo informe, utilizando el recurso a la violencia o el «lavado de cerebro»; generalmente, no concuerda con el respeto debido a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de otro".

También diferencia entre proselitismo lícito, que ha de garantizarse de acuerdo con la libertad religiosa, y el ilícito, coercitivo las "Guidelines for review of legislation pertaining to religion or belief", aprobado por la OCDE en junio de 2004: "*Proselytism and missionary work is a sensitive issue in many countries. It is first important to remember that, at its core, the right to express one's convictions, beliefs, and faith can be a vital dimension of the human experience, and the right to do so is encompassed within the right to freedom of religion or belief, as well as by the right to freedom of expression. At some point, however, the right to engage in religious persuasion crosses a line and becomes coercive. It is important in assessing that line to give expansive protection to the expressive and religious rights involved. Thus, it is now well-settled that traditional door-to-door proselytizing is protected (though the right of individuals to refuse to be proselytized also is protected).*¹³ *On the other hand, exploiting a position of authority over someone in the military or in an employment setting has been found to be inappropriate.*¹⁴ *If legislation operates to constrain missionary work, the limitation can only be justified if it involves coercion or conduct or the functional equivalent thereof in the form of fraud that would be recognized as such regardless of the religious beliefs involved*".

El apartado segundo del canon 748 del Código de Derecho Canónico de 1983 también diferencia entre proselitismo lícito e ilícito: "A nadie le es lícito jamás coaccionar a los hombres a abrazar la fe católica contra su propia conciencia". Sin embargo, se ha criticado por la doctrina que a día de hoy no se ha establecido en el Código ninguna consecuencia jurídica para el supuesto que un creyente realice actos de proselitismo ilícitos²²¹⁹.

En principio también resulta antijurídica la actividad proselitista del trabajador que se realiza durante el devenir de la jornada de trabajo, pues si el trabajador está dedicando el tiempo de trabajo a actividades ajenas al trabajo incurre en un incumplimiento contractual. Ahora bien, tal regla se ve matizada por los usos y costumbres y por la tolerancia empresarial. No es lo mismo realizar un comentario en materia religiosa, como se podría hacer sobre política o sobre la liga de fútbol, que organizar una sesión informativa sobre ciertas creencias religiosas durante la jornada laboral. Habrá que estar en cada caso a la entidad de la actividad proselitista en relación a los usos y costumbres del centro de trabajo. Por ejemplo, en el sector administrativo no es inusual tomar un café durante la jornada laboral, y aunque se trata de tiempo efectivo de trabajo ello no impide que los trabajadores interactúen y conversen sobre temáticas personales ajenas al trabajo. Igual que tomarse un café durante una hora y media puede constituir con un

²²¹⁹ BUENO SALINAS y GUTIÉRREZ DEL MORAL: *Proselitismo religioso...*, op. cit., pp. 69-70.

grado alto de probabilidad un incumplimiento contractual, lo mismo ocurriría con la actividad proselitista durante el tiempo de trabajo: su licitud no dependerá de su objeto sino del modo de llevarse a cabo. En todo caso, no ha de confundirse el hablar sobre religión, que el llevar a cabo una actividad proselitista. Y si tal distinción no es fácil, a veces también será difícil discernir entre proselitismo lícito e ilícito; y entre proselitismo ilícito y acoso²²²⁰.

Por una razón similar no parece legítima la actividad proselitista llevada a cabo por un trabajador respecto a los clientes de la empresa. El trabajador en la ejecución del contrato de trabajo entra en contacto con clientes con unos fines determinados: los que establezca el empresario al dirigir y ordenar dicha prestación de servicios. Tales contactos tendrán por objeto asesorar al cliente, intentar venderles algún producto o solucionar sus quejas, por citar algunos ejemplos. Pues bien, no resulta lícito que en tiempo de trabajo se contacte con clientes, utilizando unos datos a los que se ha tenido acceso para fines exclusivamente comerciales, para realizar actividades proselitistas. Más obvia será dicha antijuridicidad en la eventualidad que la empresa sufra algún perjuicio por dicha actividad ajena a la prestación de servicios.

Un caso en materia de proselitismo de unos trabajadores respecto los clientes de la empresa se ha estudiado en la jurisprudencia estadounidense en la sentencia dictada en el caso *Banks v. Service America Corporation*, United States District Court, D. Kansas (1996). El supuesto de hecho es gráfico. Los trabajadores prestaban servicios en una empresa de suministro de alimentos que fue contratada para llevar a cabo dicho servicio mediante la explotación de una cafetería en una fábrica de la empresa General Motors en Kansas City. Los trabajadores, fervorosos cristianos, saludaban a los trabajadores de la empresa cliente en el momento de prestarles el servicio con frases como la de "God bless you" o "Praise the Lord", y frases similares. A pesar de recibir órdenes empresariales en contra de tales saludos, ellos continuaron con la misma conducta, por lo que fueron despedidos. Obviamente, antes de la contratación los trabajadores nunca avisaron a su empresa que iban a saludar a los trabajadores de su cliente de tal manera. Las normas de la empresa eran que los trabajadores habían de dirigirse a los clientes de forma amistosa y apropiada expresando frases como "Hello. What can I get for you today?". Algunos trabajadores de General Motors se habían quejado de las expresiones de los demandantes, incluido el trabajador que realizaba tareas de coordinación entre la empresa empleadora y General Motors.

El Tribunal falló a favor de los demandantes, ya que no quedó probado ningún perjuicio para la empresa, y menos aun que se trata de una actividad proselitista: "*This record does not necessarily compel a finding, however, that plaintiffs were attempting to proselytize GM employees or impose their religious views on others. The fast food service encounter, as defendant has described it, is a fleeting and spontaneous one. Plaintiffs did*

²²²⁰ Asimismo, hay que diferenciar entre las iniciativas de los propios trabajadores y toleradas por la empresa, de las previstas y facilitadas por la misma empresa, a veces en el contexto de un programa de responsabilidad social empresarial: "*It is because of the potential for religious coercion that careful distinctions need to be made between spiritual practices and resources provided and encourage by the businesses themselves, and spiritual practices initiated by workers and allowed by employers. Unfortunately, much of the literature and journalistic analysis of workplace and spirituality fails to consider this difference. Many companies provide space for lunch-hour Bible studies, allow online prayer groups, and/or accommodate the religious or spiritual practices of employees (including holidays and dress)*". LAMBERT III: *Spirituality...*, op. cit., p. 49.

*not extend religious greetings to each customer each day. The record reveals no evidence of polarization between Christian customers and other customers, any legitimate fear that plaintiffs might favor those with similar religious beliefs in performing their jobs, or evidence that plaintiffs' religious practices adversely affected their job performances. An employer does not sustain its burden of proof merely by showing that accommodation would be bothersome or disruptive of operating routine"*²²²¹.

Sí que sería plenamente lícita la actividad proselitista realizada por el trabajador respecto otros trabajadores en el centro de trabajo durante los tiempos de descanso. Precisamente ha de reputarse asimismo lícita la actividad proselitista anteriormente comentada respecto a los descansos informales que se realicen durante la jornada. En unos y otros los trabajadores son libres para invertir el tiempo disponible en lo que les plazca, con el límite siempre presente del consentimiento a la actividad proselitista, ya sea expreso, o tácito por tolerancia. Así, la propagación de ideas (religiosas u otras) requiere como mínimo que quien las recepciona quiera voluntariamente escucharlas, sin que se le violente o se le obligue a hacer algo que no desea. Si se consiente en escucharlas, la actividad proselitista en la empresa sólo deberá ser limitada cuando concurren razones de peso para ello, pues la discusión y propagación de las ideas, políticas, religiosas, filosóficas, etc. son actividades básicas en una democracia, el debate y la discusión es *conditio sine qua non* para que pueda hablarse de democracia, y son actividades en las que se ven implicadas varias libertades de primera generación (libertad religiosa, libertad ideológica, libertad de expresión...)²²²². Así, lo entiende, por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la sentencia dictada en el caso *Jones v. Opelika*, 316 US 584 (1942): "*To proscribe the dissemination of doctrines or arguments which do not transgress military or moral limits is to destroy the principal bases of democracy - knowledge and discussion. One man, with views contrary to the rest of his compatriots, is entitled to the privilege of expressing his ideas by speech of broadside to anyone willing to listen or to read. Too many settled beliefs have in time been rejected to justify this generation in refusing a hearing to its own dissentients. But that hearing may be limited by action of the proper legislative body to times, places, and methods for the enlightenment of the community which, in view of existing social and economic conditions, are not at odds with the preservation of peace and good order*".

Ahora bien, resultan legítimas las limitaciones a las actividades proselitistas, pues no hay libertad total para llevarlas a cabo en el lugar y tiempo que se desee. Por ejemplo, en el caso del proselitismo en el lugar de trabajo las actividades encaminadas a ello no pueden llevarse a cabo durante la jornada laboral en perjuicio de la producción y las obligaciones pactadas en el contrato de trabajo. En el sentido de que no todo queda al albur del proselitista o de quien pretenda difundir sus ideas religiosas se pronuncia también la sentencia del caso *Jones v. Opelika*, 316 US 584 (1942): "*This means that the proponents of ideas cannot determine entirely for themselves the time and place and manner for the diffusion of knowledge or for their evangelism, any more than the civil authorities may*

²²²¹ Un comentario de la sentencia se puede encontrar en GREGORY: *Encountering religion...*, op. cit., pp. 78-80.

²²²² Y asimismo lo entendió Feuerbach: "*El hombre no tiene solamente un instinto que le impulsa necesariamente a pensar, a sentir, a imaginar; tiene también el instinto que le impulsa a hablar, a manifestar sus pensamientos, a compartirlos (...). La palabra hace al hombre libre. Quien no puede exteriorizarse es un esclavo (...). Hablar es un acto de libertad; la palabra misma es libertad*". FEUERBACH: *La esencia...*, op. cit., pp. 128-129.

hamper or suppress the public dissemination of facts and principles by the people. The ordinary requirements of civilized life compel this adjustment of interests. The task of reconciliation is made harder by the tendency to accept as dominant any contention supported by a claim of interference with the practice of religion or the spread of ideas. Believing, as this nation has from the first, that the freedoms of worship and expression are closely akin to the illimitable privileges of thought itself, any legislation affecting those freedoms is scrutinized to see that the interferences allowed are only those appropriate to the maintenance of a civilized society. The determination of what limitations may be permitted under such an abstract test rests with the legislative bodies, the courts, the executive, and the people themselves, guided by the experience of the past, the needs of revenue for law enforcement, the requirements and capacities of police protection, the dangers of disorder, and other pertinent factors".

Asimismo, en la sentencia dictada en el Caso *Cantwell v. Connecticut*, 310 US 296 (1940) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos enfatiza la necesidad de garantizar las prácticas proselitistas, pero no a cualquier precio, cuando tales prácticas implican coerción. En la resolución se analiza el supuesto en que unos Testigos de Jehová hacen proselitismo puerta por puerta en un barrio mayoritariamente católico y usan para ellos unos materiales en varios formatos, algunos de los cuales son ofensivos con el catolicismo: *"In the realm of religious faith, and in that of political belief, sharp differences arise. In both fields the tenets of one man may seem the rankest error to his neighbor. To persuade others to his own point of view, the pleader, as we know, at times resorts to exaggeration, to vilification of men who have been, or are, prominent in church or state, and even to false statement. But the people of this nation have ordained, in the light of history, that, in spite of the probability of excesses and abuses, these liberties are, in the long view, essential to enlightened opinion and right conduct on the part of the citizens of a democracy. The essential characteristic of these liberties is that, under their shield, many types of life, character, opinion and belief can develop unmolested and unobstructed. Nowhere is this shield more necessary than in our own country, for a people composed of many races and of many creeds. There are limits to the exercise of these liberties. The danger in these times from the coercive activities of those who in the delusion of racial or religious conceit would incite violence and breaches of the peace in order to deprive others of their equal right to the exercise of their liberties, is emphasized by events familiar to all".*

Del mismo modo, serán lícitas las actividades proselitistas llevadas a cabo en aquellos momentos autorizados expresamente por la empresa en los que se desarrollen sesiones sobre diversidad o talleres sobre la libertad religiosa o similares. Cada vez más, especialmente en los Estados Unidos, dentro del ámbito de la responsabilidad social empresarial, muchas compañías incentivan la creación de espacios (*workshops*) en los que los trabajadores se forman en materia de diversidad y puedan tratar libremente estos temas con sus compañeros, normalmente guiados por expertos en la materia. Asimismo, tampoco es infrecuente que las empresas destinen espacios al descanso de los trabajadores, y se habiliten expresamente para orar o meditar si así lo desean. En tales contextos, la libertad proselitista será mayor, siempre y cuando sea consentida. Naturalmente, la libertad de realizar actividades proselitistas en dichos espacios dependerá de cada contexto. Si se trata de un taller en el que se forma a los trabajadores en materia de derechos fundamentales, no resultará adecuada ninguna actividad proselitista. En cambio, si se habilita por parte de la empresa un espacio donde los

trabajadores musulmanes puedan realizar algunas de sus cinco oraciones diarias preceptivas o leer el Corán, si acuden trabajadores no musulmanes habrá más flexibilidad para las actitudes proselitistas²²²³. Este supuesto es una excepción clara a la fuerte limitación del proselitismo durante la jornada laboral.

El caso evidentemente más complejo es la posibilidad de llevar a cabo actividades proselitistas por parte del empresario. Al fin y al cabo, la empresa como organización está diseñada económica y jurídicamente para llevar a cabo una actividad y obtener lucro; no para llevar a cabo la difusión de un credo concreto, cual sería el caso de las empresas ideológicas o de tendencia. Aunque el proselitismo es una facultad directamente amparada por el derecho a la libertad religiosa ha de entenderse que el empresario debe evitar toda actividad de dicha naturaleza respecto sus subordinados. Aunque como persona física es titular de tal derecho no puede dejarse al margen que al mismo tiempo es el titular del poder de dirección y organización empresarial, por lo tanto cuando entabla una relación *vis a vis* con un trabajador la lleva a cabo desde una posición netamente de superioridad. Y no sólo existe superioridad, sino que se mezcla al mismo tiempo la postura del ciudadano-empresario con la de la parte con más poder en todos los aspectos del contrato de trabajo (de negociación, socioeconómico, del cual dependen los ascensos y los aumentos de sueldo, etc). Así pues, ha de descartarse que el empresario realice labores de proselitismo en tiempo de trabajo en el centro de trabajo, ya que en tal caso la empresa no ideológica se convertiría en ideológica, perdería su neutralidad y se erigiría como un evidente foco potencial de conculcación de los derechos fundamentales de los trabajadores.

La actividad proselitista lícita no puede entablarse por un sujeto en situación de superioridad, desde un punto de vista formal o informal, respecto de otro; porque en tal caso la voluntad y el consentimiento del segundo puede quedar fácilmente neutralizada. Así, ha de permitirse el proselitismo entre iguales, y ha de descartarse la misma actividad entre desiguales para garantizar un proselitismo realmente libre. Por tal razón también es muy delicado el proselitismo con clientes y proveedores de la empresa, ya que las relaciones se basan muchas veces en relaciones de confianza, en relaciones de poder y siempre son relaciones condicionadas y mediatizadas por la actividad económica (de uno y del otro). En cambio, el proselitismo lícito es el proselitismo entre iguales, libremente consentido y aceptado.

Por la misma razón ha de rechazarse el proselitismo entre superiores jerárquicos e inferiores, o sobre los cuales existe una relación de poder. Es lo que la doctrina

²²²³ Tal ambiente más afín al proselitismo y al intercambio de ideas religiosas es advertido por la doctrina estadounidense: "*Muslim employees at Boeing have studied the Koran; Microsoft employees have learned about the Torah; and the former Bell Atlantic (now Verizon) had a Christian Bible study. Just because sacred texts are studied in the workplace does not mean, however, that these groups address workplace issues, but certainly the opportunity is readily available. The very environment can create a flavor and orientation that would not be present if the same group met at a mosque, synagogue, or church, and workplace groups create networks of professionals on site among whom faith is not a taboo but a welcome subject of conversation*". LAMBERT III: *Spirituality...*, op. cit., pp. 77-78. En dichos grupos, de existir en España, sería legítimo el proselitismo, pues 1) no habría incumplimiento contractual por tratarse de lapsos temporales autorizados por la empresa, tanto si se considera tiempo de trabajo, como con más razón si no es tiempo de trabajo efectivo; 2) quien asiste a dichos grupos precisamente está interesado en discutir sobre la religión de que se trate. Obviamente habrá límites, como siempre, aunque más flexibles que en otro contexto. El principal de ellos: el consentimiento de los sujetos implicados.

estadounidense denomina "*captive audience*"²²²⁴. En una sociedad mercantil de mayores dimensiones estarán claras las posiciones jerárquicas, pero no lo estarán tanto en el caso de una empresa más pequeña. Además, aquí se ha hablado de una posición de poder formal o informal. Por ejemplo, el hermano del propietario de la empresa quizás formalmente es un administrativo más, pero no es inhabitual que desde un punto de vista informal un familiar directo del propietario pueda ostentar mayores cuotas de poder (informal) a las inherentes a su puesto de trabajo.

Un supuesto de actividad religiosa constitutiva de un ilícito jurídico, aunque probablemente en puridad no pueda ser tachada de proselitismo, pero que constituye un buen ejemplo de relaciones entre trabajadores (uno de ellos supervisor) lo constituye la sentencia dictada por un tribunal estadounidense en el caso *Charita D. Chalmers v. Tulon Company of Richmond*, United States Court of Appeals, Fourth Circuit (1996). Se trata de un supuesto en que una trabajadora, con cargo de supervisora, remite cartas de contenido religioso a otros trabajadores en sus domicilios particulares y tratando a veces cuestiones personales de dichos trabajadores (por ejemplo, adulterio). La trabajadora es despedida y demanda por discriminación contra la empresa. El Tribunal de apelación considera que la empresa (Tulon) ha hecho lo correcto, ya que en caso contrario se estarían vulnerando los derechos de los otros trabajadores: "*In a case like the one at hand, however, where an employee contends that she has a religious need to impose personally and directly on fellow employees, invading their privacy and criticizing their personal lives, the employer is placed between a rock and a hard place. If Tulon had the power to authorize Chalmers to write such letters, and if Tulon had granted Chalmers' request to write the letters, the company would subject itself to possible suits from Combs and LaMantia claiming that Chalmers' conduct violated their religious freedoms or constituted religious harassment. Chalmers' supervisory position at the Richmond office heightens the possibility that Tulon (through Chalmers) would appear to be imposing religious beliefs on employees*". Es decir, es plenamente legítima la limitación de la libertad religiosa de un trabajador por parte de la empresa para proteger la libertad religiosa (y en este caso otras libertades) de otros trabajadores.

En relación al proselitismo entre desiguales se ha pronunciado la STEDH de 24 de febrero de 1998, caso Larissis contra Grecia (TEDH 1998, 8). En dicha sentencia se analiza el supuesto de unos oficiales griegos de una iglesia pentecostal que llevaron a cabo actividades proselitistas respecto varios militares en su base, entre ellos varios subordinados. En lo que aquí interesa ha de tenerse en cuenta la situación de superioridad y jerarquía: "*El Tribunal señala a este respecto que la estructura jerárquica, que constituye una característica de la condición militar, puede imprimir un cierto color a cualquier aspecto de las relaciones entre los miembros de las fuerzas armadas, de modo que para un subordinado es difícil rechazar a un superior que le aborda o sustraerse de una conversación emprendida por éste. Lo que, en medios civiles podría pasar por un intercambio inofensivo de ideas que el destinatario es libre de aceptar o de rechazar, puede, en el marco de la vida militar, ser percibido como una forma de acoso o como el ejercicio de presiones por un abuso de poder. Hay que precisar que las discusiones entre*

²²²⁴ GREGORY: *Encountering religion...*, *op. cit.*, pp. 76-78. La doctrina estadounidense entiende que la relación de poder puede ser formal o de hecho. Por ejemplo, un médico sobre su paciente; pero también un dentista sobre su paciente; un profesor respecto a sus alumnos; un trabajador social sobre las personas que acuden al servicio público, etc. Sobre la problemática del proselitismo por parte de la empresa *vid.* pp. 81-90.

individuos de grados desiguales sobre religión u otras cuestiones delicadas no caerán todas en esta categoría. Si las circunstancias lo exigen, los Estados están autorizados para tomar medidas particulares para proteger los derechos y las libertades de los subordinados en las fuerzas armadas" (51). Aunque en una empresa privada no concurren las mismas condiciones de subordinación que en el ejército, no por ello tal subordinación ha de ser menospreciada a los efectos de calificar el proselitismo entre jefe y trabajadores subordinados como ilícito. Un trabajador difícilmente podrá reflexionar y decidir en libertad en materia religiosa cuando de ello puede depender su salario o promoción profesional, por citar sólo dos ejemplos de condicionantes.

No todas las confesiones religiosas son igual de proselitistas. Unas de hecho son contrarias al proselitismo, como es el caso del judaísmo; otras aceptan y regulan dicha actividad, pero no sienten la necesidad de ser activas en dicho ámbito, cual es el caso de los protestantes liberales²²²⁵; y aun otras son muy activas (en diversos grados) en el campo del proselitismo, en el cual puede insertarse en ocasiones la actividad misionera. De hecho, en un grado u otro, todas las religiones monoteístas son proclives al proselitismo (excepto el judaísmo) debido a sus pretensiones universalistas²²²⁶. Así pues, no habrá conflicto jurídico alguno en materia de proselitismo con los trabajadores judíos, no así entre los cristianos, a menos que el trabajador judío en cuestión sea objeto de la actividad proselitista de un trabajador de otra confesión. Tampoco los Amish, los hindúes²²²⁷, ni los sijis son proselitistas. Aunque cualquier puede convertirse al sijismo si cumple con sus preceptos, desconocen el proselitismo²²²⁸.

²²²⁵ "Liberal Protestants are tolerant to the point of being almost universalist. The enthusiasm for embracing diversity means that the fragmentation that comes with individualism is not a problem. Unlike the conservative Protestant tradition, liberal Protestantism is not racked by schism. But it crucially lacks any motive to proselytize and recruit. There is no pressing need to persuade others, even one's own children, to follow in the faith, because the liberal Protestant does not believe that there are no dire consequences that follow from getting it wrong. There is no hell. But even if they could agree that it was important to promote their faith, on what cardinal points of doctrine could they agree?". BRUCE: *Religion in the modern...*, op. cit., p. 89.

²²²⁶ "Cuanto más universalista es una religión mayor es su propensión a la expansión lo cual produce consecuencias, y los monoteísmos del libro suelen ser radicalmente universalistas, con una excepción: el judaísmo, cuyo grado de proselitismo es nulo". VERSTRYNGE, Jorge: "Islam y guerra. Cuestiones previas", en AAVV: *Europa, Siglo XXI: secularización y Estados laicos*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006, p. 149. Una radiografía de la sociedad estadounidense en cuanto al proselitismo, igualmente válida para el caso español, sería la siguiente: "Adherents to a religion may believe that the standards for their behavior should or should not also govern how outsiders act. Within Judaism many guides to behavior are meant only for Jews, and Jews do not proselytize outsiders to become Jewish. Christianity is universalist in aspiration; traditionally Christians have believed that the truth they accept should also be accepted by others. In this sense, they rarely assume that standards of behavior are ultimately only for those who happen to be Christian. But many groups of Christians, especially those who embrace a perfectionist understanding of the Gospel, have conceived of themselves as a small distinct remnant in a broader society, most of whose members will never accept Christianity in its pure form. Members of these groups may follow strict standards of behavior, neither expecting those in the mainstream culture to do likewise, not making efforts to persuade them to do so. In modern American society, one can compare the Amish with the Jehovah's Witnesses in this respect. The Amish do not reach out to persuade outsiders to accept Amish beliefs and practices; the Jehovah's Witnesses devote substantial efforts to convert others to their perspective". GREENWALT: "Conscientious objection...", en AAVV: *Christianity and law...*, op. cit., p. 112.

²²²⁷ "Hindus also tend to be uninterested in converting people to their religion. This has to do with the very notion of Hinduism as a tradition. Hinduism itself is an amalgam of various practices and beliefs, almost all of which are inclusive and flexible. Pluralism is built into the very philosophical-theological conceptions of Hinduism. It is generally not hard for Hindus to accept Jesus, for

En el caso de los católicos han de estar al Canon 759 del Código de Derecho Canónico: *"En virtud del bautismo y de la confirmación, los fieles laicos son testigos del anuncio evangélico con su palabra y el ejemplo de su vida cristiana; también pueden ser llamados a cooperar con el Obispo y con los presbíteros en el ejercicio del ministerio de la palabra"*. Asimismo en la Encíclica "Centesimus annus" de Juan Pablo II (1991) puede leerse lo siguiente: *"En un mundo sin verdad la libertad pierde su consistencia y el hombre queda expuesto a la violencia de las pasiones y a condicionamientos patentes o encubiertos. El cristiano vive la libertad y la sirve (...) proponiendo continuamente, en conformidad con la naturaleza misionera de su vocación, la verdad que ha conocido. En el diálogo con los demás hombres y estando atento a la parte de verdad que encuentra en la experiencia de vida y en la cultura de las personas y de las naciones, el cristiano no renuncia a afirmar todo lo que le han dado a conocer su fe y el correcto ejercicio de su razón"*. Asimismo, la declaración *Dignitatis Humanae* (Concilio Vaticano II) es partidaria de un proselitismo lícito, respetuoso con las conciencias y las normas de cada contexto²²²⁹.

En general todos los cristianos, pueden encontrar varios ejemplos de preceptos que autorizan el proselitismo en el Nuevo Testamento. Es un buen ejemplo la Epístola de San Pablo II Timoteo 4, 2: *"Predica la palabra de Dios con toda fuerza y valentía, insiste con ocasión, y sin ella: reprende, ruega, exhorta con toda paciencia, y doctrina"*.

Asimismo, Mateo XXVIII, 18-20: *"Entonces Jesús acercándose les habló en estos términos: A mí se me ha dado toda potestad en el cielo, y en la tierra. Id pues, e instruid a toda las naciones en el camino de la salud, bautizándolas en el nombre del Padre, y del Hijo, y del Espíritu Santo. Enseñándolas a observar todas las cosas que yo os he mandado. Y estad ciertos que yo mismo estaré continuamente con vosotros hasta la consumación de los siglos"*. En un sentido parecido Marcos XVI, 15-16: *"Por último les dijo: Id por todo el mundo: predicad el Evangelio a todas las criaturas. El que creyere, y se bautizare, se salvará: pero el que no creyere, será condenado"*.

Por otro lado, se puede afirmar que el islam al tratarse de una religión monoteísta y universalista en materia de proselitismo no se diferencia en gran medida de las corrientes mayoritarias del cristianismo²²³⁰.

example, as a manifestation of the Divine, because the Divine for Hindus is present in many forms, in many people, and indeed, in many gods. Neither the concept of monotheism nor that of polytheism fully describes Hinduism; the Divine may be present in many forms and manifestations". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 103.

²²²⁸ PÁNIKER: *Los sikhs...*, op. cit., p. 10.

²²²⁹ *"The transparent purpose of the Declaration is to describe and promote a measured equilibrium in human society; in particular, a prudent balance between the roles of the secular and the sacred authorities. Both are entitled to proportionate freedom of action; each has a duty to abstain from intruding into the other's field of operation. For the whole world, the Fathers profess their faith not only in the one Creator but also in Jesus Christ as the universal savior. They state in a matter-of-fact way that Christ entrusted his church, their church, with the task of spreading the Good News of salvation far and wide and offering the means of justification to all who are willing to receive it"*. ORSY S.J.: *"The divine dignity..."*, op. cit., p. 14.

²²³⁰ *"Islam may be most akin to Christianity in terms of the emphasis on inviting non-adherents to join a community and tradition in order to worship their God (in Arabic, Allah) in an exclusive way. Muslims mark their conversion by «making shahadah», that is, by professing that «there is no God but one and Mohammed is the prophet of God"*. HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 105. Dicha idea es completada a continuación, pues ha de situarse la teoría en su contexto concreto: *"While there is a theological imperative toward conversion in Islam as well as in Christianity, the different social and numerical realities of the two religious communities keep Muslims' proselytizing from being a significant component of the religion-and-the-workplace*

Algunas de las confesiones religiosas más activas desde un punto de vista proselitista son los miembros de los Testigos de Jehová, los mormones o algunas corrientes evangélicas²²³¹. Los Testigos de Jehová, que utilizan frecuentemente para dichas actividades publicaciones y folletos, basan sus actividades en busca de prosélitos fundamentalmente en Hechos 5, 42: "Y no cesaban todos los días, en el templo, y por las casas, de anunciar y predicar a Jesucristo"²²³². El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha tenido ocasión de examinar frecuentemente las actividades proselitistas de los Testigos Jehová, por lo que sus sentencias son interesantes fuentes de datos sobre sus quehaceres en la materia. Por ejemplo, en la sentencia dictada en el caso *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943) quedan reflejados los fundamentos de su actividad según la misma confesión: "*Petitioners spread their interpretations of the Bible and their religious beliefs largely through the hand distribution of literature by full- or part-time workers. They claim to follow the example of Paul, teaching «publicly, and from house to house.» Acts 20:20. They take literally the mandate of the Scriptures, «Go ye into all the world, and preach the gospel to every creature.» Mark 16:15. In doing so, they believe that they are obeying a commandment of God*"²²³³.

En el ATC núm. 625/1987, de 20 mayo, se inadmite un recurso de amparo de un trabajador testigo de Jehová que fue despedido por realizar labores de proselitismo durante una situación de incapacidad temporal. En lo que aquí interesa el Tribunal rechaza los alegatos del trabajador en los siguientes términos (nótese la terminología usada para referirse al proselitismo): "Se dice en la demanda de amparo, también, que

discussion. Indeed, for most Muslims, the question of their basic acceptance in the workplace is a more pressing one than the question of converting Christians or other co-workers to Islam". HICKS: Religion and the workplace..., op. cit., p. 105.

²²³¹ "*Within the Christian tradition, many individuals (and the religious institutions to which they belong) understand their call to Christian discipleship to involve evangelizing (literally, sharing the good news) by inviting non-Christians to become Christians. This effort is variously termed «witnessing», «testifying to Christ», «bringing people to Christ», and «sharing Christ». For many people who undertake or desire to undertake workplace evangelism, such actions are not merely about doing what their religions requires. Evangelizing in the workplace and elsewhere, in some Christians' view, is about offering people the way to eternal salvation". HICKS: Religion and the workplace..., op. cit., p. 102.*

²²³² "*The section closes with an assurance that the apostles' parrhēsia is undaunted (...): the gospel message is assiduously proclaimed not only in the temple but «from house to house»". ALEXANDER: "Acts", en AAVV: The Oxford Bible..., op. cit., p. 1036. Respecto a la actividad proselitista de los Testigos de Jehová: "Though they maintain modest kingdom halls, Jehovah's Witnesses rely for membership primarily on direct evangelism which takes them to the street corners and from door to door where they distribute tracts, books, and their regular publications, Awake! and Watchtower. «Contributions» for the printed materials are accepted, but they are given free if a contribution is offered". MILLER y FLOWERS: Toward benevolent neutrality..., op. cit., p. 56.*

²²³³ En la misma sentencia dictada en el caso *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943) se ilustra cómo es el proselitismo en la Contemporaneidad: "*The hand distribution of religious tracts is an age-old form of missionary evangelism - as old as the history of printing presses. It has been a potent force in various religious movements down through the years. This form of evangelism is utilized today on a large scale by various religious sects whose colporteurs carry the Gospel to thousands upon thousands of homes and seek through personal visitations to win adherents to their faith. It is more than preaching; it is more than distribution of religious literature. It is a combination of both. Its purpose is as evangelical as the revival meeting. This form of religious activity occupies the same high estate under the First Amendment as do worship in the churches and preaching from the pulpits. It has the same claim to protection as the more orthodox and conventional exercises of religion. It also has the same claim as the others to the guarantees of freedom of speech and freedom of the press". De este modo, si bien las confesiones religiosas mantienen sus modos más tradicionales de conseguir fieles, como es la prédica, actualmente el proselitismo puede ser puerta a puerta o en los mismos centros de trabajo.*

las resoluciones judiciales impugnadas lesionaron los derechos a la libertad religiosa y a la libre expresión de pensamientos e ideas (arts. 16.1 y 20.1 de la Constitución), ya que el «apostolado» o las «misiones de propaganda y captación de voluntades» no pueden equipararse, en ningún caso, a la transgresión de la buena fe contractual, tal y como habrían hecho –a juicio del demandante– el empresario y los Tribunales laborales que posteriormente entendieron el asunto. Pero, como se ha visto, las Sentencias impugnadas no basan su fallo en esa hipotética equiparación, sino en el hecho de que el trabajador no se ocupara debidamente de su recuperación, máxime cuando ello venía ocurriendo «durante una prolongada –más de nueve meses– situación de baja por enfermedad» (Fundamento Jurídico Cuarto).

Por último, el mormonismo se caracteriza por la relevancia del proselitismo con la finalidad de conseguir conversiones, dentro y fuera de los Estados Unidos, donde son conocidos sus esfuerzos misioneros²²³⁴.

8. EL DERECHO DEL TRABAJADOR A NO MANIFESTAR SUS CREENCIAS RELIGIOSAS

Recuérdese que el art. 16.2 CE se expresa en los siguientes términos: "*Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*". Se puede encontrar un fundamento directo de tal derecho en el extenso art. 27 de la Constitución republicana de 1931 que, entre otros extremos, expresa que "*nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas*". Asimismo, el punto 3º del Decreto del gobierno provisional de la República de 15 de abril de 1931 establece que "*el Gobierno provisional hace pública su decisión de respetar de manera plena la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos, sin que el Estado en momento alguno pueda pedir al ciudadano revelación de sus convicciones religiosas*".

Al mismo tiempo, en desarrollo del art. 16.2 CE, el art. 2.1.a) LOLR establece que la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a "*manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas*".

El derecho a no manifestar la creencias cuya titularidad ostentan todos los ciudadanos, y también los trabajadores, consiste en un instrumento jurídico al servicio de la protección de su intimidad y evitar en lo posible no ser discriminado, de allá la relación con el art. 18 CE; pero también con el 14 CE y, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, los arts. 4.2.c) y e) y 17 ET²²³⁵. Se trata de una garantía frente al Estado, pero también en las relaciones entre sujetos privados²²³⁶, donde se sitúa la relación laboral. Como es sabido,

²²³⁴ BLOOM: *La religión...*, op. cit., pp. 94-95.

²²³⁵ "Que sea el propio sujeto quien voluntariamente, sin presión y, por tanto, con inmunidad de coacción de los poderes públicos o de otros grupos sociales, decide si desea o no expresar cuáles son sus ideas. En este caso, lo que se está prohibiendo [son] las presiones externas que puedan compeler a una declaración de las creencias no querida. Por otro lado, este apartado del artículo 16 garantiza que no se produzca una de las consecuencias menos deseadas de la exteriorización de las creencias: la discriminación por razón de la religión o de opinión". MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *Constitución y libertad religiosa...*, op. cit., pp. 347-348.

²²³⁶ "Un Estado cuyas directivas radicales (en forma de principios o bien en forma de derechos fundamentales) recojan la libertad de creencias, encuentra vedado el camino hacia una indagación

desgraciadamente el legislador no ha desarrollado el derecho a la intimidad del trabajador más allá del mencionado art. 4.2.e) ET y algún precepto más diseminado por el texto estatutario, como es señeramente el art. 18 ET que precisamente es titulado "Inviolabilidad de la persona del trabajador: *"Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible"*²²³⁷.

El art. 7.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal reitera que *"de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias"*. Su segundo párrafo establece una garantía especial, cual es que cuando en relación con dichos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere la ley se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo. Y es que el art. 7.2 establece que *"sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias"*. No obstante, hay que tener en cuenta que la ley, a renglón seguido, exceptúa a las denominadas empresas ideológicas o de tendencia: *"Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado"*. En todo caso, según el art. 7.4, *"quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual"*.

En este apartado sólo se tratará del derecho a la no manifestación de las creencias en el contexto de empresas no ideológicas ni de tendencia, ya que en esa tipología de empresas el derecho ha de ser matizado, como ya se ha podido comprobar parcialmente y se acabará de examinar en el apartado correspondiente.

en la noción de religión. Es, sencillamente, incompetente. Si se declara competente, entonces estaríamos ante una forma de neo-jurisdiccionalismo, en el que el Estado, en lugar de legislar sobre la religión, legisla lo que es religión". PALOMINO LOZANO: *Religión y derecho...*, op. cit., p. 132.

²²³⁷ Extremo que ha sido criticado por la doctrina en un trabajo ya clásico en la materia: *"El alcance protector del ET se devalúa, pierde virtualidad, cuando se advierte el escaso número de situaciones objetivas de interés a la intimidad del trabajador que han sido contempladas en el mismo. Desde esta constatación, la idea de privacy acogida por el legislador del ET más parece responder al sentido de propuesta programática en el seno de las relaciones laborales que al verdadero propósito de hacer efectivo el derecho y de «recuperar espacios de libertad privada para el trabajador».* Porque, en efecto, son realmente insignificantes (...) los esfuerzos realizados para racionalizar el ejercicio de los poderes de control y vigilancia empresariales y delimitar la intensidad del compromiso de los valores personales de libertad privada del trabajador asumido por contrato de trabajo". GOÑI SEIN: *El respeto a la esfera privada...*, op. cit., pp. 27-28. Y más adelante añade el autor: *"Partiendo del carácter de formulación abstracta del derecho a la intimidad en la relación de trabajo, en cuanto que el ET no ha sabido (o querido) configurar una esfera privada de autodeterminación de la persona del trabajador en el lugar de trabajo, todo lo más que se encuentran son manifestaciones aisladas de tutela potencial o residual"* (p. 29).

Aunque es un derecho que rige antes, durante y después de extinguida la relación laboral, al tratarse de un derecho instrumental del más amplio derecho a la libertad religiosa (por lo tanto hay que recordar que se trata de un derecho fundamental inespecífico), es de especial utilidad en la relación de trabajo en la fase precontractual o cuando se lleva a cabo la selección de personal. En todo caso, las convicciones religiosas del trabajador no pueden ser investigadas de forma ilegítima e incontestada por el empresario en cualquiera de las fases citadas, ya que supondría la vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

En su momento ya se han explicado las consecuencias jurídicas que puede conllevar otorgar el consentimiento a un contrato que se sabe de antemano que no se podrá cumplir por razones religiosas. Así, según las circunstancias, después podrá ser apreciada la mala fe del trabajador o el abuso de derecho si se pretende incumplir unas obligaciones que a ciencia cierta se sabían que serían imposibles de llevar a cabo. Ahora bien, si durante el período de selección del trabajador es relevante que el empresario ofrezca todos los datos posibles sobre las concretas funciones que se van a desempeñar para que el trabajador pueda conocer si la ejecución del contrato le supondrá algún problema de conciencia y así prestar su consentimiento; asimismo es deseable que si el trabajador aprecia que no podrá realizar el trabajo que se le propone por razones religiosas y todo y así le interesa dicho puesto, puede optar entonces por manifestar el desajuste entre condiciones de trabajo y convicciones religiosas. Quizás es posible pactar en la fase precontractual el contenido del contrato de tal manera que su contenido y, por lo tanto, su posterior ejecución, satisfaga a ambas partes.

Lo que resulta evidente es que el hecho de no manifestar en la fase contractual las convicciones religiosas no resulta un problema para que posteriormente se ejerza el derecho a la libertad religiosa y, en su caso, el de objeción de conciencia; el principio de buena fe no impide *a priori* tal ejercicio²²³⁸. Como ya se ha explicado habrá supuestos en que el ejercicio de tales derechos estará más que justificado: especificación sobrevenida de condiciones de trabajo desconocidas en sus justos términos en el momento de la firma del contrato (*ius variandi*), cambio sobrevenido de convicciones religiosas, modificación sustancial de las condiciones de trabajo que regían hasta entonces, etc²²³⁹.

²²³⁸ "Nadie puede ser obligado a declarar y las creencias del trabajador no pueden ser tenidas en cuenta en el momento de la contratación, ni por ende, justificarse en ellas el rechazo del trabajador; de forma que constituida la relación laboral no podrá impugnarse el contrato de trabajo por comportamiento contrario a la buena fe del candidato que no ha manifestado su religión". GOÑI SEIN: *El respeto a la esfera privada...*, op. cit., p. 55.

²²³⁹ Por tales razones no se puede estar de acuerdo aquí, con las matizaciones ya sostenidas especialmente al tratar sobre el derecho a la acomodación o ajuste razonable y sus diferentes supuesto, con la siguiente afirmación: "Si el trabajador ocultara esa imposibilidad de desarrollar determinados extremos de la relación laboral, pocas dudas pueden haber acerca de que luego no podría exigir del empresario su razonable adecuación. Ítem más, no resulta descabellado pensar en un error sobre las cualidades de la persona que, como vicio del consentimiento (art. 1269 CC), al manifestarse luego en el desempeño de la relación laboral, legitimaría para anular el contrato de trabajo bajo tales circunstancias suscrita". AAVV: *Inmigración, religión y trabajo...*, op. cit., p. 31. Y aunque existiera mala fe por parte del trabajador, en las circunstancias ya expresadas especialmente al tratar los varios escenarios en que se puede encontrar la figura de la acomodación, no se puede hablar aquí de vicio del consentimiento. El trabajador tiene derecho a no manifestar sus convicciones religiosas, y el empresario debe asumir el riesgo empresarial de contratar a alguien inadecuado. Para solventar dicha eventualidad se han instituido figuras como el período de prueba. Si el empresario realmente no tiene la obligación de acomodar las condiciones de trabajo a las convicciones religiosas del trabajador, y dicho trabajador no cumple sus

Asimismo, como ya se ha ido desgranando al hilo de la exposición, la manifestación de las propias convicciones religiosas será del todo necesario para ejercer el derecho a la libertad religiosa y la objeción de conciencia (como ocurre con la declaración de la trabajadora gestante sobre su estado de gestación para que se acomoden las condiciones de trabajo para evitar riesgos laborales en relación a su situación de embarazo). Será mediante su manifestación que podrá ser fiscalizada por el empresario, y eventualmente por un juez, la concurrencia de los requisitos para ejercer tales derechos (existencia de convicciones, sostenimiento sincero de tales convicciones, ejercicio de buena fe...) y determinar concretamente cuál es la consecuencia jurídica de su ejercicio. Por ejemplo, qué obligaciones jurídicas se desobedecen en el caso de la objeción de conciencia; o en el caso del derecho a la libertad religiosa en su vertiente positiva, qué ajuste razonable se postula.

El Tribunal Constitucional ha declarado en varias ocasiones la necesidad de que se exterioricen las convicciones, por ejemplo, como se ha tenido la ocasión de examinar, respecto al derecho a la objeción de conciencia al servicio militar o respecto la negativa a participar en la interrupción voluntaria de embarazos. Por ejemplo, en la STC 160/1987, de 27 octubre (BOE 12 de noviembre de 1987), respecto la objeción de conciencia al servicio militar, se declara lo siguiente: *"Es verdad que es el objetor de conciencia, y sólo él, el que «declara», manifiesta o expresa su condición de objetor, es decir, su oposición al servicio militar por los motivos que le afecten en conciencia. Pero eso no basta para que, automáticamente, sin más, se le tenga por tal, pues el fuero de la conciencia ha de conciliarse con el fuero social o colectivo"* (Fundamento Jurídico Quinto). En tal caso, era necesaria la declaración o manifestación de la condición de objetor, pero además había que seguir un procedimiento reglado que establecía la ley que desarrollaba el derecho.

En el caso de la objeción de conciencia por razones religiosas habrá que manifestar la voluntad de objetar, pero también los términos en que se objeta y frente a qué obligaciones jurídicas, para que los sujetos que vean limitados sus derechos (principalmente el empresario) puedan fiscalizar tal ejercicio y la corrección dentro del marco de la relación laboral (buena fe, abuso de derecho, gravamen indebido...). Es el objetor quien debe valorar entre manifestar sus creencias y ejercer el derecho; o no ejercerlo y mantener dichas creencias en el contexto de su intimidad, tal y como apunta la citada STC 160/1987: *"La posible colisión con los derechos reconocidos en los arts. 16.2 y 18.1 C. E., desaparece por el mismo ejercicio del derecho a la objeción, que en sí lleva*

obligaciones jurídicas, el empresario podrá sancionar o despedir disciplinariamente al trabajador, pero no habrá ningún vicio de la voluntad. Por lo tanto, también se está en contra del siguiente posicionamiento con las matices ya realizados si las circunstancias a las que se hacen referencia por el autor incluyen las relacionadas con las creencias religiosas: *"Sólo cuando determinadas creencias, actividades o situaciones relacionadas con la esfera personal pudieran condicionar, o incluso impedir, el correcto desarrollo de la relación laboral las preguntas empresariales resultarían legítimas; es más, si la repercusión sobre la relación laboral es de cierta intensidad, el principio de buena fe obliga al trabajador a comunicar tal clase de circunstancias, pues de lo contrario no puede posteriormente exigir adaptaciones del puesto derivadas de una condición preexistente que voluntariamente no comunicó"*. RODRÍGUEZ CARDO: *Poder de dirección empresarial...*, op. cit., pp. 41-42. En relación a las manifestaciones anteriores de la firma del contrato en relación a la buena fe contractual resulta interesante la STSJ de Madrid núm. 327/2003 de 12 mayo (JUR 2003, 237173) el que se analiza un supuesto en el que un trabajador de la construcción aquejado de problemas de espalda no los manifiesta en el momento de la contratación y luego inicia procesos de incapacidad temporal, que es reputada como una conducta de mala fe por parte de la empresa y por tal causa se procede al despido disciplinario. El recurso de amparo contra dicha sentencia dio lugar a la STC 62/2008, de 26 de mayo (BOE 26 de junio de 2008).

la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas a la violencia y/o a la prestación del servicio militar, bien entendido que sin esa voluntad del objetor dirigida a extraer consecuencias jurídicas -y por tanto exteriores a su conciencia- de su objeción nadie podrá entrar en su intimidad ni obligarle a declarar sobre su ideología, religión o creencias. La intimidad personal y el derecho a no declarar íntimas convicciones es algo que el objetor ha de valorar y ponderar en el contexto de las garantías que la Constitución le reconoce y decidir, nunca mejor dicho, en conciencia, pero a sabiendas también de la especial naturaleza del derecho de objeción y de las garantías que asimismo compete exigir a la comunidad y en su nombre al Estado".

Tal doctrina constitucional es aplicada, por ejemplo, por la STS, Sala Tercera, de 18 julio 1989 (RJ 1989, 5390): *"la excepción del deber general impuesto a todos los ciudadanos en orden al cumplimiento obligado del servicio militar, mediante la sustitución por prestación distinta, prevista en el ordenamiento, no puede ser reconocida con base en meras formulaciones genéricas, sino que el interesado ha de hacer constar, concretándolos, los motivos de conciencia que esgrime, en razón de la libertad ideológica, religiosa o de creencias, cuya exigencia y a pesar de que nadie puede ser obligado a declarar aquéllas, deviene de todo punto procedente cuando el ciudadano ha renunciado ya personalmente a mantener, en su propia intimidad, el secreto de sus reservas ideológicas a la prestación del servicio militar, y es por ello, por lo que no cabe apreciar la conculcación del artículo 16 de la Constitución que se acusa, todo ello al margen de que, en otro caso, podría resultar desvirtuado el sentido propio de la aludida excepción"* (Fundamento de Derecho Tercero).

Fuera del contexto del derecho a la objeción de conciencia, otro ejemplo se puede examinar en la STC 292/1993, de 18 de octubre (BOE 9 de noviembre de 1993), que muestra un claro conflicto entre el derecho fundamental del trabajador a la libertad sindical y a la libertad ideológica, y los derechos del empresario. En este caso, se reconoce el derecho del empresario a cerciorarse de la legitimidad del nombramiento de un delegado sindical, pues de dicho acto se derivan obligaciones y cargas para él. Como ocurre con el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, el empresario podrá verse sometido a limitaciones de sus derechos y bienes, por lo que deberá conocer con exactitud dicho ejercicio. Sólo así, por ejemplo, podrá saber si debe acomodar las condiciones de trabajo, y en qué medida; u oponer que tal ejercicio le supone un gravamen indebido o desproporcionado por no tratarse de un ajuste razonable.

También algunas disposiciones jurídicas establecen como requisito para ejercer el derecho a la libertad religiosa manifestar las convicciones religiosas de un modo u otro. Es el caso del art. 9 del Real Decreto 710/2006, de 9 de junio, de desarrollo de los Acuerdos de Cooperación firmados por el Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España, en el ámbito de la asistencia religiosa penitenciaria, que prevé como requisito previo a la obtención de la asistencia religiosa que tal petición sea exteriorizada: *"Las personas de confesión evangélica, judía o islámica internadas en centros penitenciarios que deseen recibir asistencia religiosa, y a los solos efectos de facilitar la organización de dicha asistencia, podrán manifestar, mediante solicitud dirigida a la dirección del centro, su deseo de recibirla"*. Es comprensible que según los efectos jurídicos que se pretendan se exterioricen de un modo u otro las creencias. Asimismo, según el contexto se deberá mantener dicha manifestación en lo posible dentro de la confidencialidad.

Si no se exteriorizan las convicciones junto a la información necesaria para el ejercicio del derecho que se trate es del todo imposible dicho ejercicio desde un prisma material. Así, se pueden distinguir tres tipologías de declaraciones²²⁴⁰:

1) Declaraciones de pertenencia religiosa que se imponen al sujeto como un deber legal: se trata de una declaración en sentido estricto de carácter obligatorio. Esta tipología no existe en el ordenamiento jurídico español.

2) Realización de determinados actos jurídicos, que implican una manifestación de la propia religión o creencias: se trata de manifestaciones cuyo alcance declarativo es necesario precisar.

3) Declaraciones en sentido estricto de pertenencia religiosa libremente realizadas por el sujeto: el Derecho del Trabajo sólo puede aceptar esta tipología. Ni siquiera en el ámbito de una empresa de tendencia existe una obligación de declarar las propias convicciones religiosas. Cuestión diferente es que si no se declaran puede perjudicar al aspirante de un puesto de trabajo en una de dichas empresas. O en una empresa ordinaria, si no se declara, acto totalmente libre, no se podrá ejercitar el derecho a la libertad religiosa, o ejercer el derecho a la objeción de conciencia, en toda su extensión.

La declaración de las propias convicciones religiosas se puede llevar a cabo oralmente o por escrito. En general, el "cómo" se lleve a cabo la declaración no tiene trascendencia jurídica²²⁴¹. Tampoco la posee en el ámbito laboral, aunque es obvio que la forma en que se realice la declaración sí puede facilitar o obstaculizar en un futuro probar que sí se realizó la declaración y en qué sentido y extensión concretos (por ejemplo, en fase probatoria ante la jurisdicción social). Por lo tanto no le deben ser anudadas al modo de llevar a cabo la declaración consecuencias jurídicas *ad solemnitatem*, a menos que exista una norma que prevea una forma especial para llevar a cabo el ejercicio del derecho. Si no existiera tal precepto el modo de prestar la declaración sería a los meros efectos *ad probationem*.

Se ha de ser especialmente cuidadoso con una eventual declaración tácita de convicciones religiosas. Igual que hay que ser cauteloso en general con la interpretación de los comportamientos tácitos en el ámbito laboral (por ejemplo, voluntad de dimitir del trabajador o voluntad empresarial de extinguir un contrato de trabajo a los efectos de determinar si existe un despido tácito), también hay que serlo en el presente caso. Como lo relevante son las convicciones religiosas del trabajador, no por ejemplo su eventual pertenencia formal a una confesión religiosa, es del todo conveniente que si el trabajador decide declarar sus convicciones religiosas sea él mismo quien determine su extensión y las concrete; y no que se infiera cuál es la voluntad del trabajador a partir de las convicciones que se supone sostiene.

Es conocido que el momento "estrella" en que tal derecho a no manifestar las creencias adquiere su máximo vigor y relevancia es en el momento de las entrevistas para acceder al puesto de trabajo, ya que actúa como mecanismo de defensa para evitar discriminaciones por motivo de dichas creencias religiosas. Para empezar el empresario debe respetar el derecho a la intimidad del trabajador y no ha de formular ni realizar

²²⁴⁰ ROCA FERNÁNDEZ: *La declaración de la propia...*, op. cit., p. 92. Desgraciadamente el objeto de estudio de la obra no abarca, por expreso deseo de la autora, la declaración de las propias creencias que reciben personas o entidades privadas (por ejemplo, empresas) (pp. 31-35).

²²⁴¹ ROCA FERNÁNDEZ: *La declaración de la propia...*, op. cit., p. 119.

indagaciones sobre aspectos de su vida privada que no guarden relación directa con el trabajo²²⁴². Dicho deber de abstención ha de matizarse en relación a las creencias religiosas precisamente en las empresas de tendencia religiosa. Pero en una empresa que no sea de tendencia la religión del trabajador es o ha de ser indiferente para el puesto de trabajo a desempeñar; ergo el empresario ha de abstenerse de indagar o preguntar sobre dicho aspecto²²⁴³. El art. 16.2 CE rechaza toda práctica inquisitorial en su dimensión negativa²²⁴⁴.

Ha de tenerse en cuenta aquí el contenido del art. 1.2 del Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958 que establece que "*las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación*". A su vez, como transposición del art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, el art. 34.2 Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social afirma que las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona "*no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado*".

La problemática surgirá cuando el empresario incumpliendo su deber de abstención proceda a formular preguntas que de forma directa o indirecta²²⁴⁵ conlleven la

²²⁴² "Junto al derecho de libertad religiosa y sus manifestaciones, el artículo 16.2 CE consagra un derecho a no hacer, es decir, un derecho a no declarar que conlleva que nadie pueda obligar, el que nadie se atribuya un derecho a exigir o, más exactamente, a indagar". BARRERO ORTEGA: *La libertad religiosa...*, op. cit., p. 239. En un sentido muy gráfico en el contexto de unas relaciones laborales democráticas: "Sólo desde una posición de privilegio feudal, o de supremacía jerárquica paleocapitalista en la que el empresario por el mero hecho de ser titular de los medios de producción adquiere ineluctablemente la facultad de reducir la libertad de los trabajadores, es concebible una facultad empresarial de indagar sobre aspectos de la personalidad más allá de lo relevante a la constitución o desarrollo de la relación laboral. Y ello, naturalmente, lejos de ser reconocido, está proscrito en nuestro ordenamiento, que protege, de un lado, el interés de la persona a vedar cualquier tipo de injerencias en su vida privada frente a cualquier categoría de sujetos, y garantiza, de otro lado, la libertad política y religiosa prohibiendo la obligación de declarar". GOÑI SEIN: *El respeto a la esfera...*, op. cit., pp. 39-40.

²²⁴³ "El empresario está facultado para verificar la capacidad profesional del trabajador, pero no puede entrometerse en circunstancias personales que en nada afectan a la actividad que va a desempeñar. Se introduce así un límite a la libertad contractual del empresario en la misma fase de admisión ya que no podrá interferir en la privacidad del candidato. Toda información que recabe el empresario sin conexión alguna con el puesto de trabajo a desarrollar debe considerarse inconstitucional por representar una injerencia injustificada en el derecho a la intimidad". BARRERO ORTEGA: *La libertad religiosa...*, op. cit., p. 398. En el mismo sentido: "En dichos procesos de selección previos al inicio de la relación laboral, en principio, el empresario tan sólo podrá indagar sobre aspectos estrictamente laborales, es decir, sobre aquellas titulaciones, aptitudes o capacidades del trabajador necesarios para el correcto desempeño de la relación laboral a concertar entre las partes, pero nunca sobre otros aspectos de índole personal, tales como la afiliación sindical o política del trabajador, sus hábitos de vida o (...) sus creencias religiosas". AAVV: *Inmigración, religión y trabajo...*, op. cit., p. 29.

²²⁴⁴ OLLERO TASSARA: *Un Estado laico...*, op. cit., p. 29.

²²⁴⁵ La doctrina ha advertido que en sede laboral muchas preguntas y comprobaciones pueden ir encaminadas de una forma indirecta a obtener la información relativa a las creencias religiosas o ideológicas especialmente protegidas: "Es necesario subrayar que la prohibición de información sobre circunstancias ajenas a la causa contractual impuesta al empresario comprende no sólo las comprobaciones expresamente dirigidas a conocer la opinión religiosa, política o sindical del

manifestación por parte del trabajador de sus convicciones religiosas y no guarden, por tanto, ninguna relación con el puesto de trabajo a cubrir. El trabajador de acuerdo con el derecho que le asiste ex art. 16.2 CE podrá 1) manifestar libremente sus convicciones²²⁴⁶; 2) guardar silencio y no responder la pregunta en base al "derecho a guardar silencio"; 3) mostrar su negativa a responder por ser un aspecto irrelevante para el puesto y configura la intimidad del trabajador y su ámbito de no injerencia (derecho a la libertad religiosa en su vertiente negativa).

El denominado "derecho a guardar silencio" ya se prevé desde la Constitución alemana de Weimar (1919). Entre otros aspectos su art. 136 dispone: "*Niemand ist verpflichtet, seine religiöse Überzeugung zu offenbaren. Die Behörden haben nur soweit das Recht, nach der Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft zu fragen, als davon Rechte und Pflichten abhängen oder eine gesetzlich angeordnete statistische Erhebung dies erfordert*"²²⁴⁷. Es lo que se denomina el "Recht zum Schweigen", el derecho a guardar silencio²²⁴⁸, aunque se excepciona cuando de su efectiva manifestación dependen derechos y obligaciones. Asimismo, el art. 8 del *Statuto dei lavoratori* italiano es interesante en cuanto a la prohibición por parte del empresario de realizar indagaciones sobre las convicciones del trabajador durante la relación laboral, extremo que no se reconoce de forma expresa en el texto estatutario español²²⁴⁹.

trabajador, sino también las indirectamente encaminadas a este fin. Tales se consideran, v. gr., las indagaciones sobre asistencia a mítines políticos, la participación en una manifestación pública, el cumplimiento con el precepto religioso de asistir a misa, etc., o cualquiera otra de contenido más sutil, como la pregunta sobre los programas de televisión preferidos, los libros últimamente leídos, la prensa que compra habitualmente, etcétera, susceptibles de revelar ciertas tendencias ideológicas o espirituales del candidato al empleo". GOÑI SEIN: El respeto a la esfera..., op. cit., p. 56.

²²⁴⁶ "Queda, sin embargo, a salvo la libertad para declarar sobre la ideología, religión o creencias cuando así la persona lo decida voluntariamente, sin que sea impelido a ello externamente. Puede esto ocurrir cuando la persona decide actuar un derecho, generalmente de contenido religioso, cuyo ejercicio implica en la práctica una declaración de creencias". BARRERO ORTEGA: *La libertad religiosa...*, op. cit., p. 245.

²²⁴⁷ En la vigente Constitución, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1949), el derecho se encuentra recogido en el art. 136.3 en idénticos términos que en la Constitución de Weimar, pero más amplios que los contenidos en el art. 36.2 CE: "*Niemand ist verpflichtet, seine religiöse Überzeugung zu offenbaren. Die Behörden haben nur soweit das Recht, nach der Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft zu fragen, als davon Rechte und Pflichten abhängen oder eine gesetzlich angeordnete statistische Erhebung dies erfordert*". Se puede comparar tal precepto con el art. 41.3 de Constituição da República Portuguesa (1976), texto contemporáneo de la Carta magna española: "*Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder*". Como se puede comprobar, se reconoce en la Carta magna el "derecho al silencio", al mismo tiempo que se hace referencia a los datos estadísticos, como en la Constitución germánica.

²²⁴⁸ Su relevancia ha sido enfatizada por la doctrina laboralista: "*El derecho «al silencio sobre la religión» constituye, de seguro, el instrumento más eficaz para tutelar la libertad religiosa del trabajador; o, lo que es lo mismo, el instrumento más apropiado para garantizar el principio de neutralidad del credo religioso en el ámbito de la empresa y las relaciones entre el empresario y el personal a su servicio*". VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa...", en AAVV: *Las transformaciones del derecho...*, op. cit., p. 592. Ha de enfatizarse que es así siempre y cuando sea deseo del trabajador no ejercer por el momento su derecho a la libertad religiosa *ad extra*, de forma externa, por ejemplo, solicitando la acomodación de las condiciones de trabajo.

²²⁴⁹ "*È fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore*".

Ahora bien, en la teoría es evidente que es así, pero en la práctica la respuesta 1) deja sin efecto el derecho a no manifestar las creencias; y las respuestas 2) y 3) pueden conllevar una desestimación de la candidatura con la materialización de una discriminación, por lo que se debe plantear una cuarta posibilidad. Ciertamente que ante una actuación discriminatoria por parte de la empresa el trabajador puede obtener la tutela jurisdiccional y la de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pero no es menos cierto que resulta harto difícil acreditar dicha conducta discriminatoria, y además habrá que consentir pasivamente que se materialice, con lo que el daño se materializará inexorablemente. De este modo, ha de resultar legítimo el derecho no sólo a esquivar la pregunta de la forma más diplomática posible, sino incluso, si resulta del todo necesario y no existe ninguna otra opción viable, a faltar a la verdad. Es cierto que la doctrina está dividida en tal aspecto, pero es el único instrumento que puede utilizar el trabajador para evitar tener que manifestar tácitamente sus creencias religiosas o que simplemente se sostienen creencias religiosas, las que sean.

Si por ejemplo se le pregunta a una trabajadora si está embarazada, y lo está, si contesta que eso es irrelevante para la entrevista es muy posible que se interprete fácilmente que está embarazada; pues una candidata que no esté embarazada, aunque encuentre la pregunta fuera de lugar, quizás tenderá por la necesidad de obtener el empleo a decir la verdad, puesto que con ello nada perderá. Si el empresario formula la pregunta no será por mera curiosidad, sino que la respuesta influenciará de algún modo la decisión sobre la contratación; por lo que si en el momento concreto se vulnera el derecho a la intimidad, en un momento posterior se vulnerará la prohibición de discriminar²²⁵⁰.

Con el trabajador que sostiene convicciones religiosas ocurre lo mismo. Si el empresario de forma totalmente ilícita coloca al candidato en una tesitura en la que sólo puede manifestar de forma expresa o tácita el sostenimiento de convicciones religiosas, o mentir; se le deberá reconocer el derecho a mentir, un derecho a utilizar de forma mesurada y proporcional a las circunstancias contrarias a Derecho en que le posiciona la empresa²²⁵¹. Obviamente, la mentira desproporcionada o innecesaria para proteger el

²²⁵⁰ De ahí la íntima relación entre intimidad y discriminación en el ámbito laboral: "En el art. 17.1 ET, cuyo objeto es la prohibición de no discriminación por ideas religiosas o políticas, adhesión o no a un sindicato, entre otras circunstancias, cabe reconocer una cierta tutela indirecta a la esfera de privacy del trabajador. Generalmente a un acto discriminatorio del empresario le suelen preceder otros de injerencia o indagación sobre opiniones y vida extralaboral del trabajador. De ahí que el art. 17.1 ET, impidiendo tomar en consideración circunstancias no relevantes a la ejecución del contrato, realiza de forma preventiva una tutela de otros derechos como la intimidad. Se puede afirmar que el principio de igualdad adquiere carácter de garantía o presupuesto del derecho a la intimidad". GOÑI SEIN: *El respeto a la esfera...*, op. cit., p. 31. En todo caso el autor realiza la misma argumentación pero al contrario de la realizada aquí. En el entender del autor primero se activa el art. 17 ET para proteger la intimidad, cuando parece que la lógica indicaría lo contrario: se protege la intimidad para que no se produzca una eventual discriminación. De hecho es factible que se vulnere la intimidad, indagando sobre aspectos de la vida del trabajador ajenos al trabajo, y que después no se materialice discriminación alguna.

²²⁵¹ Ciertamente la empresa puede incidir en aspectos psicológicos del candidato, pero que relacionados realmente con el puesto de trabajo a cubrir: "Se consiente el acceso a la información reservada inclusive a aspectos psicológicos del demandante de empleo cuando tal requisito sea esencial para el normal desarrollo de las tareas, y se prohíbe en todo lo que no sea relevante a efectos de la valoración de la aptitud profesional. Sólo la información directamente relacionada con las características esenciales que cualifican la capacidad profesional - excluida, por tanto, la abstractamente concerniente - podrá ser lícitamente exigida por el empresario". Goñi Sein: *El respeto a la esfera...*, op. cit., p. 67.

derecho contenido en el art. 16.2 CE constituirá claramente un ejercicio de abusivo del derecho y se incurrirá en una evidente mala fe.

El denominado "derecho a mentir" ha sido tradicionalmente una materia muy discutida en la Filosofía del Derecho, que ha intentado determinar si siempre se ha de decir la verdad, sean cuales sean las circunstancias; o si en unos casos muy concretos faltar a la verdad estaría plenamente justificado. Es conocido que KANT defendía que siempre debía decirse la verdad, fueran cuales fueran las circunstancias. Por el contrario, BENJAMIN CONSTANT se situó en contra de las teorías de KANT y defendía que el deber de decir la verdad es válido sólo ante quienes se merecen la verdad, pues no todas las circunstancias son iguales²²⁵².

El "derecho a mentir" tiene un tradicional desarrollo dogmático en el procedimiento penal, y de forma refleja, por basarse en los mismos principios, en el procedimiento administrativo sancionador. Al respecto, puede examinarse la STC 75/2007 de 16 abril (BOE 23 de mayo de 2007) cuyo Fundamento Jurídico Sexto resume la doctrina jurisprudencial al respecto. Al mismo tiempo para el Tribunal Constitucional el "derecho a mentir" no es ni mucho menos un derecho absoluto; en tal sentido se pronuncia la STC 142/2009 de 15 junio (BOE 17 de julio de 2009).

Pues bien, los motivos precedentes justifican que en el contexto laboral sea de aplicación una modalidad del derecho a mentir en las circunstancias tan especiales descritas, ya que es el único modo que el derecho a no manifestar las convicciones religiosas se pueda garantizar de forma real y efectiva, y se evite en lo posible que el empresario incurra en discriminación²²⁵³.

²²⁵² SANDEL: *Justicia: ¿hacemos...*, op. cit., p. 152. ¿Se merece un empresario que se le diga la verdad cuando se extralimita en las preguntas a un candidato a un puesto de trabajo, a sabiendas, y la información obtenida o bien no guarda relación con el trabajo a desempeñar, o bien puede ser utilizada con facilidad para llevar a cabo un conducta discriminatoria y atentatoria al derecho a la libertad religiosa?

²²⁵³ Respecto al derecho a mentir se ha afirmado por la doctrina que "esta prerrogativa del candidato al empleo (ampliable al trabajador cuando las indagaciones se produjeran una vez perfeccionado el vínculo) consistiría, básicamente, en que, si el empresario le somete durante el proceso de selección a una pregunta impertinente, por abordar aspectos no laborales, sino personales del candidato, incluso manifiestamente privados o íntimos (...), podría dar una respuesta falsa conforme a cuanto considere que su interlocutor «quiere escuchar», de modo tal que el planteamiento de esa cuestión (y su respuesta expresa) no le llevarán a sufrir consecuencias perjudiciales a efectos de su no selección para el puesto a proveer". AAVV: *Inmigración, religión y trabajo...*, op. cit., pp. 29-30. No sólo está en juego el puesto a proveer, sino evitar que se vulnere el derecho del trabajador a la libertad religiosa o que sea discriminado. Es un instrumento jurídico defensivo, preventivo; cuya utilización se justifica por las especiales circunstancias en que ilegítimamente ha colocado el empresario al trabajador o candidato a un puesto de trabajo. El empresario no sólo incumple un precepto constitucional, sino que vulnera el derecho a la buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC). Actuaría el trabajador de mala fe si mintiera de forma desproporcionada a la pregunta planteada o ante una pregunta que sí está relacionada con el puesto a cubrir, especialmente si la empresa es de tendencia y por lo tanto la pregunta es pertinente. A favor del derecho a mentir: "A salvo de interés empresarial legítimo y fehacientemente probado, el derecho a la intimidad ampara al trabajador a no responder a cuestiones relativas a su esfera personal sin incidencia en su trabajo (situación personal y/o familiar, ideología política, deseo de tener hijos, etc.), e incluso a mentir sin temor a represalias empresariales, porque el empleador no está legitimado para conocer - y por tanto debería abstenerse de preguntar - esos aspectos de la vida del trabajador". RODRÍGUEZ CARDO: *Poder de dirección empresarial...*, op. cit., pp. 41-42.

Es interesante destacar que el citado derecho a no manifestar las creencias religiosas también tiene su traducción en el Derecho procesal laboral. Un ejemplo de ello lo constituye la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 570/2001 de 11 septiembre (AS 2001, 4083). En el relato fáctico de una sentencia por despido queda acreditado que determinada persona es miembro y profesa las creencias de la Iglesia de la Cienciología, y tal aspecto es examinado por el citado Tribunal a la luz del art. 16.2 CE: *"El noveno, y último al amparo de lo dispuesto en el artículo 191, apartado c) de la vigente LPL, por infracción por inaplicación de los artículos 16, 18 y 24 de la Constitución, y con la pretensión de que «se declare proceder la modificación de la referencia contenida en el Hecho Probado Undécimo y en el Fundamento Jurídico Quinto, en el sentido de omitir en el mismo cualquier referencia a la persona del señor U. en relación con ideología, ideario o creencia determinada». Pretensión que a criterio de la Sala tampoco ha de prosperar habida cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 de la Constitución, la declaración sobre su ideología, religión o creencias se efectúa voluntariamente por el citado señor U., de modo que no se produce la vulneración de los derechos fundamentales que se señalan por la recurrente, en sede de recurso"* (Fundamento de Derecho Segundo).

Si el trabajador tiene derecho a no manifestar sus creencias religiosas, más ilegítima será una conducta activa con la finalidad de forzar, por los medios que sean, dicha exteriorización de la información protegida²²⁵⁴. Desde dicho prisma, el art. 522, 2º CP establece que incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo *"fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen"*. Téngase en cuenta también el art. 197.5 CP en relación al delito del descubrimiento y revelación de secretos.

Además, que la conducta no tenga trascendencia penal, no significa que pueda constituir un ilícito administrativo. El art. 16.1.c) LISOS califica como falta muy grave *"solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado"*.

²²⁵⁴ *"La manifestación forzada por agentes externos, autoridades públicas o particulares, de las creencias o ideas, especialmente cuando éstas tienen las características de las convicciones, pueden entrañar también la violación de la integridad física y/o moral cuando se utiliza alguno de estos tres procedimientos: 1) mediante tortura y, en general, la coacción o la intimidación, física o moral; 2) con la utilización de instrumentos o procedimientos que anulan la voluntad, como hipnosis, droga, alcohol, metadona, etc.; 3) mediante cualquier otro sistema que entrañe la alteración o el control de la personalidad"*. LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho de la libertad...*, op. cit., Vol. II, p. 37.

CAPÍTULO V: PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR CREENCIAS RELIGIOSAS

1. TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y LIBERTAD RELIGIOSA

En otro apartado se examina la construcción dogmática de la aplicabilidad, eficacia y límites de los derechos fundamentales, especialmente de los inespecíficos, en una de las relaciones jurídico – privadas más extendidas y relevantes en las sociedades contemporáneas, como es la relación de trabajo. La presente parte de la obra tiene como objeto el estudio de la dinámica del principio de igualdad y la no discriminación, cuya estrecha conexión con la libertad religiosa es indiscutible²²⁵⁵ y se erigen como elementos característicos de la Modernidad, razón por la cual su reconocimiento en España quedó postergado hasta etapas más recientes.

De esta forma, el contenido del Capítulo correspondiente a la tutela antidiscriminatoria deberá poder permitir identificar y ofrecer soluciones a conductas y controversias que en pocas ocasiones pueden ser localizadas en las colecciones de jurisprudencia, y que merecen una solución acorde con el máximo respeto a los derechos fundamentales y, en su caso, deberán permitir aplicar en toda su extensión la prohibición de la discriminación. Muchas conductas pasan inadvertidas en el puesto de trabajo y pudieran ser potencialmente discriminatorias, por lo que es del todo necesario poderlas identificar. Así, a partir de dicho reconocimiento, se inicia un discurso argumentativo que tiene por objetivo justificar las razones por las que determinadas conductas han de ser calificadas desde un punto de vista jurídico como netamente discriminatorias. Es claro que las conductas descritas no serán en muchos casos nuevas, pero hasta ahora se han considerado como conductas meramente antijurídicas en el mejor de los casos, o intrascendente en los peores. Al respecto no se olvide que *“no son nuevas las situaciones discriminatorias, la novedad consiste en considerarlas «discriminatorias» y en tratar de reaccionar frente a ellas”*²²⁵⁶.

1.1. El principio de igualdad y la prohibición de discriminación en la Constitución. Determinación de su concepto y ámbito de aplicación

De una primera lectura del art. 14 CE salta a la vista que dicho precepto parece dirigido solamente a los ciudadanos españoles y que contiene, a primera vista, dos normas

²²⁵⁵ “Human rights are indivisible. Human rights related to religion, and intolerance and discrimination in the field of religion, cannot be dissociated from the need to observe the general principle of equality. Therefore, when dealing with religious human rights as a special category, anti-discriminatory measures adopted in other specific areas cannot be ignored, and coordination is necessary”. LERNER: “Religious human rights...”, en AAVV: *Religious human rights...*, op. cit., p. 106.

²²⁵⁶ RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación...*, op. cit., p. 84.

diferenciadas. El primer inciso del precepto alude al derecho general a la igualdad²²⁵⁷ y el segundo hace referencia a la prohibición de discriminar, pero no contiene definición alguna de lo que por “discriminación” deba entenderse. Ulteriormente se tratará de la igualdad y la prohibición de discriminar en relación a los trabajadores de nacionalidad extracomunitaria, por lo que aquí se hará mención a los trabajadores españoles y comunitarios.

Se puede afirmar que el derecho a la igualdad y a la no discriminación, aunque son derechos inespecíficos y de alcance general, tienen en las relaciones laborales un ámbito de aplicación especialmente apropiado, pero que conlleva, en un buen número de ocasiones, intensos debates, confusiones doctrinales y una profusa jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional. No es baladí recordar la constatación de que el art. 14 CE y el art. 17 ET son los preceptos jurídicos más citados en el orden jurisdiccional laboral en demandas, recursos y sentencias. Además, como ya se ha avanzado, el principio de igualdad y no discriminación es instrumental para la garantía de otros derechos fundamentales, como el de libertad sindical, la libertad religiosa, etc²²⁵⁸.

Desde la Filosofía del Derecho se han ofrecido dos perspectivas del principio de igualdad y no discriminación²²⁵⁹:

1) Igualdad como “punto de partida”: la igualdad de oportunidades es la no discriminación de individuo alguno en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes en el proceso productivo, entre otros ámbitos.

2) Igualdad como “punto de llegada”: la igualdad de resultados es la consecuencia del conjunto de medidas a tomar por los poderes públicos para el logro de una semejante calidad de vida y de una igual satisfacción de las necesidades básicas. A esta idea ha de añadirse que en el ámbito privado de la relación laboral, el empresario debería superar su posición de estricta pasividad y, sin abandonar su neutralidad en materia religiosa (obviamente con exclusión de las empresas de tendencia), debería adoptar una posición colaboradora o, incluso, fomentadora, del efectivo ejercicio del derecho a la igualdad y no discriminación. Naturalmente, sin llegar a un punto que deba suplir las actividades prestacionales que sólo a los poderes públicos competen²²⁶⁰.

Hasta la promulgación de la Constitución Española el ordenamiento jurídico español no disponía de un reconocimiento expreso y general del principio de igualdad y, menos aún, de la prohibición de toda discriminación, concepto mucho más moderno que el

²²⁵⁷ Sobre el derecho general a la igualdad en la doctrina alemana, contexto en el que ha sido muy desarrollado y depurado, puede examinarse ALEXY: *Teoría de los derechos...*, op. cit., pp. 347-382.

²²⁵⁸ Vid. RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, Miguel Carlos: “La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional”. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1998, núm. 2, Tomo II, pp. 85-86.

²²⁵⁹ ALARCÓN CABRERA, Carlos en AAVV: *Constitución y derechos fundamentales*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de la Presidencia, 2004, p. 185.

²²⁶⁰ En los Estados Unidos, un país donde el principio de igualdad ha tenido un largo recorrido paralelo a su democracia y al elevado grado de pluralismo de su sociedad, la doctrina también realiza la diferenciación entre “punto de partida” y “punto de llegada” en los siguientes términos: “*The symphonic pluralism that asserted itself in the second half of the twentieth century can fairly be seen as a modern recycling of democratic ideals that, historically, have been unifying. Present-day programs of affirmative action, for example, derive in part from the historic agreement that our society, although it cannot ensure equality of achievement, can and must ensure equality of access - coming in at the same entrance*”. HUTCHISON: *Religious pluralism...*, op. cit., p. 236.

primero²²⁶¹. Si el primer inciso del art. 14 CE tiene su origen en el ideario liberal y, por lo tanto, sus raíces son modernas²²⁶², pero no contemporáneas, no se puede afirmar lo mismo respecto al segundo inciso²²⁶³. Dicho inciso, y de ahí su redacción, en ningún caso resulta novedosa, es fruto de la herencia de las normas internacionales promulgadas después de la Segunda Guerra Mundial, cuya finalidad era, y es actualmente, la de evitar actos considerados contrarios a la dignidad humana²²⁶⁴.

Es de general conocimiento que el principio de igualdad cobra diferentes manifestaciones en la Constitución: como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1), como principio formal (art. 14), como derecho subjetivo (art. 14), y como mandato a los poderes públicos para la promoción de la igualdad material (art. 9.2)²²⁶⁵. Sin embargo, es preciso centrarse en el art. 14 CE, que, como es sabido, reza de la siguiente manera: “*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*”. En materia de discriminación por razón de las creencias religiosas, y en relación a los creyentes de confesiones minoritarias, se ha apuntado que no hay que olvidar que en gran medida se trata de creencias minoritarias a causa de las prohibiciones existentes en la materia hasta la promulgación de la Constitución. Y, en segundo lugar, en un sistema democrático como el definido por la Constitución, el derecho a no ser discriminado se erige como un derecho subjetivo, personal, independiente de que se pertenezca a una confesión mayoritaria o minoritaria, por lo que en ningún caso puede en aceptarse distinciones basadas en la antigüedad de una confesión o su grado de implantación en la sociedad²²⁶⁶.

²²⁶¹ Para profundizar en los precarios antecedentes normativos de la materia examinada durante el régimen franquista, así como la evolución y limitaciones de la legislación y su jurisprudencia, *vid.* PALOMEQUE LÓPEZ: *Despidos discriminatorios...*, *op. cit.*, pp. 29-46.

²²⁶² El concepto de igualdad ha tenido un contenido diverso en cada sociedad desde sus remotos orígenes en el mundo antiguo hasta hoy en día, ya que se trata de un concepto histórico, pues no existe la igualdad en la naturaleza. *Vid.* REY MARTÍNEZ, Fernando: “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, en AAVV: *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 26-39. Para el liberalismo político la igualdad constituye uno de sus puntales ideológicos, junto con la libertad política: “*Political liberty bestows exalted pleasures from time to time upon a certain number of citizens. Equality every day confers a number of small enjoyments on every man. The charms of equality are every instant felt and are within the reach of all; the noblest hearts are not insensible to them, and the most vulgar souls exult in them*”. DE TOCQUEVILLE: *Democracy...*, *op. cit.*, p. 203.

²²⁶³ Las primeras sentencias del Tribunal Constitucional jugaron un papel decisivo para adaptar la normativa preconstitucional al sistema democrático. Asimismo, también tuvo una destacada función en la facilitación de útiles indicaciones al legislador para que éste desempeñase correctamente su función en materia de tutela antidiscriminatoria. RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, Miguel Carlos: “La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional”. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1998, núm. 2, Tomo II, pp. 86-87.

²²⁶⁴ RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación...*, *op. cit.*, p. 82.

²²⁶⁵ Asimismo, el principio de igualdad informa derechos específicos: por ejemplo, derecho a acceder a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) o el derecho a la justicia gratuita (art. 119 CE en relación al art. 24 CE). Sobre la recepción del principio de igualdad en la Constitución *vid.* GIMÉNEZ GLÜCK, David: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2004, pp. 33 y ss.

²²⁶⁶ MAYORAL CORTÉS: “Libertad religiosa...”, en AAVV: *La nueva realidad religiosa...*, *op. cit.*, p. 268.

Como se advirtió, la norma no ofrece definición alguna de lo que pueda entenderse por “discriminación”, lo que constituye un obstáculo jurídico importante. Si no se establece exactamente qué se entiende por “discriminación” no será posible aplicar la tutela discriminatoria a los diferentes supuestos que se puedan plantear en la práctica en relación a la libertad religiosa. Se partirá, pues, de una definición inicial, que es la que provee la Real Academia Española de la Lengua. La Academia es partidaria de la siguiente definición del término “discriminar”: “*Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.*”²²⁶⁷.

De dicha definición de partida se desprenden elementos comunes con el precepto constitucional, como son el hecho de aludir a unos mismos motivos causantes de discriminación que son los que habitualmente se encuentran listados en las normas antidiscriminatorias. La definición tampoco ofrece una lista cerrada de supuestos, con lo que la Academia da a entender que desde un punto de vista filológico una persona puede ser discriminada por más razones de las referenciadas en la acepción ofrecida. Asimismo, la definición entiende que el trato desigualitario se produce mediante un trato de inferioridad. Además, dicho trato puede dispensarse a una persona concreta o a un colectivo, lo que caracteriza tradicionalmente el ámbito subjetivo del trato discriminatorio.

Es de advertir el hecho de que socialmente se haya extendido la costumbre de utilizar el término “discriminación” a todo tipo de situaciones que sean consideradas injustas, fenómeno que ha provocado que su uso se haya banalizado, lo que, sin duda, no ayuda en nada al jurista, a quien le urge disponer de un concepto plenamente delimitado para poder aplicar a la cada vez más compleja realidad social, con un grado aceptable de seguridad jurídica²²⁶⁸. El primer uso internacional del término “discriminación” en sentido negativo (tanto en inglés como en español existe también una acepción neutra) se produce después de la Segunda Guerra Mundial, concretamente en un contexto histórico en el que coexisten minorías nacionales y religiosas en los nuevos Estados surgidos después de la contienda²²⁶⁹.

Las normas internacionales, y de entre ellas, las comunitarias, que regulan el principio de igualdad y la prohibición de discriminar ya han sido analizadas con anterioridad. Recuérdese que es necesario tener presente, por la materia tratada, lo dispuesto en el artículo 10.2 CE: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”. Así, sólo cabe poner de manifiesto que el art. 14 CE ha sido desarrollado legislativamente en materia laboral de forma parcial, y ha dado lugar a los arts. 4.2.c) y 17.1 ET.

El artículo 4 ET relaciona los denominados “derechos básicos” del trabajador. El apartado c) dispone el derecho del trabajador a “*no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o*

²²⁶⁷ AAVV: *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición. Madrid: Real Academia Española, 2001. Volumen I.

²²⁶⁸ Sobre la crucial influencia anglosajona del término “discriminar” *vid.* RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación...*, *op. cit.*, pp. 84 y ss.

²²⁶⁹ RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español". Por otro lado, el art. 17 ET está titulado significativamente "No discriminación en las relaciones laborales", pues se limita a desarrollar el principio antidiscriminatorio, sin plasmar el principio general de igualdad. El contenido de dicho precepto ha sido modificado en los últimos años en varias ocasiones, por lo que la redacción actual es bastante amplia y prevé, dada su literalidad, la posibilidad de que el trabajador pueda sufrir discriminación por más de un motivo a la vez (pluricausalidad), supuesto problemático de resolver según el redactado de las diversas Directivas comunitarias²²⁷⁰. A los presentes efectos es interesante el primer párrafo del apartado 1, que reza de la siguiente manera: "Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español".

A pesar de recogerse más motivos de discriminación que en el art. 14 CE, nótese que no se utiliza, a diferencia de dicho precepto constitucional, una cláusula abierta que pueda ayudar a realizar una remisión a otros supuestos de hecho no relacionados en el precepto estatutario. Además, se ha interpretado por la doctrina que el principio constitucional recogido en el precepto estatutario no sólo implica una conducta omisiva por parte del empresario, sino que también conlleva en ciertos supuestos una conducta activa por parte de los sujetos intervinientes en la relación laboral, especialmente el empresario²²⁷¹. En todo caso, se recoge como supuesto la "religión o convicciones" (que es diferenciado de las "ideas políticas"), y, por lo tanto, el texto estatutario se alinea con una interpretación amplia del ámbito de aplicación de la tutela antidiscriminatoria: antes (fase de contratación)²²⁷², durante (fase de ejecución) y hasta la extinción del contrato de

²²⁷⁰ "The European legal framework does not explicitly cover multiple discrimination, i.e. discrimination on several grounds at the same time: disability and age, gender and religion, sexual orientation and ethnic origin. The Equality Directives allow for national legislation which addresses multiple discrimination, but as it is not compulsory, only Spain, Romania, Germany and Austria have introduced it". AAVV: *Migrants, minorities and employment...*, op. cit., p. 53.

²²⁷¹ Un ejemplo de dicha posición doctrinal se resume del siguiente modo: "El empresario estará limitado por este principio en el ejercicio de sus poderes sobre la organización del trabajo de manera que, de un lado, deberá abstenerse de tomar decisiones que supongan diferencias de trato entre los trabajadores por alguno de los motivos enumerados debiendo, al mismo tiempo, asumir ciertos comportamientos que de manera activa remuevan obstáculos para la efectiva paridad de trato en las condiciones laborales cuando exista una desigualdad fáctica por alguno de los motivos enunciados en este precepto". ALONSO BRAVO: "La organización del trabajo...", en AAVV: *La igualdad ante la ley...*, op. cit., p. 82. Especialmente relevante será dicha conducta empresarial activa para que se respete el derecho a la libertad religiosa de los trabajadores con creencias religiosas minoritarias, y que de tal modo no sean discriminados.

²²⁷² Precisamente es en la fase de contratación cuando se pueden materializar las primeras conductas discriminatorias en el ámbito laboral por razón de las convicciones religiosas; de ahí que la mayoría de ordenamientos jurídicos, ya sea a través de su normativa constitucional, ya sea a través de su normativa específicamente laboral, muestren una especial preocupación para evitar discriminaciones en dicho momento. Incluso el extinto ordenamiento soviético, cuya valoración del hecho religioso es tan ambivalente, mostró su preocupación por dicha tipología de discriminación laboral: "Se prohíbe la denegación infundada de celebrar el contrato de trabajo. Según estipula la

trabajo. En el momento de la extinción ha de tenerse en cuenta que el art. 5.d) del Convenio 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) establece que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo "la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social".

El principio de no discriminación también ha tenido plasmaciones parciales, es decir, para supuestos muy concretos, en otros artículos del texto estatutario: art. 22.4 ET (clasificación profesional), art. 24.2 ET (ascensos), art. 28 ET (salarios), etc.

1.2. Delimitación y dinámica del principio de igualdad y la prohibición de discriminación

De las normas supraestatales citadas, al igual que en relación al art. 14 CE, se puede concluir que, con expresiones distintas y de una manera más o menos sistemática, la técnica jurídica utilizada permite diferenciar entre dos derechos, el derecho general a la igualdad, y, derivado directamente de éste, el derecho a no ser discriminado. Desde la promulgación de la Constitución se ha debatido doctrinalmente sobre cuál debe ser la recta interpretación del art. 14 CE. Una parte de la doctrina, aunque minoritaria, realiza una interpretación unitaria de los dos incisos del precepto, que es la que mantenía el Tribunal Constitucional en una primera etapa. Por ejemplo, se pueden citar la STC 22/1981, de 2 de julio (BOE 20 de julio de 1981), dictada por el Pleno, y la STC 78/1990, de 26 de abril (BOE 30 de mayo de 1990)²²⁷³. Desde este punto de vista, la prohibición de conductas discriminatorias sería una especificación del principio general de igualdad²²⁷⁴.

Para RODRÍGUEZ – ZAPATA PÉREZ, uno de los autores partidarios de esta posición doctrinal en la actualidad, tras criticar la jurisprudencia cada vez más restrictiva de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en cuanto a la interpretación del precepto, defiende la necesidad de una interpretación conjunta de éste y afirma que el segundo inciso del art. 14 CE no es más que un conjunto de "circunstancias de sospecha" en las que la obligación de igualdad es más intensa²²⁷⁵. Es interesante la comparación que realiza este autor entre la evolución de la jurisprudencia constitucional española, que parte de una

Constitución de la URSS, no se admiten restricciones directas o indirectas de los derechos ni ventajas directas o indirectas a la hora de contratarse por motivos de sexo, raza, nacionalidad y actitud hacia la religión. Mediante los contratos de trabajo, a todos los ciudadanos se les asegura empleo a tono con su especialidad". ORLOVSKI: "Derecho laboral", en AAVV: *Introducción al Derecho...*, op. cit., p. 227. Naturalmente, cuestión distinta sería constatar empíricamente el cumplimiento real de dicha postura normativa.

²²⁷³ Esta última decisión judicial, a modo indicativo, afirma que la "la Sentencia del TCT impugnada (...) no garantizó como hubiera debido hacer el principio constitucional de igualdad, en tanto que afirmó la conformidad con el ordenamiento de una resolución administrativa que deparó una diferencia de trato carente de todo fundamento legal y, por lo tanto, y en los términos expuestos, discriminatoria" (Fundamento Jurídico Tercero). Sin embargo, en la sentencia no se encuentra ninguna construcción dogmática, o referencia a ella, que diferencie el principio de igualdad de lo que deba entenderse por "diferencia de trato discriminatoria".

²²⁷⁴ ALONSO OLEA también realizaba una interpretación unitaria acorde con la jurisprudencia constitucional de entonces. En ese sentido, en 1983 afirmaba que el art. 14 CE mostraba dos caras de la misma moneda, el principio de igualdad como formulación positiva y el principio de no discriminación como formulación negativa. ALONSO OLEA: "Discriminaciones laborales...", op. cit., p. 603.

²²⁷⁵ RODRÍGUEZ – ZAPATA PÉREZ, Jorge: "¿Igualdad, o no discriminación en las relaciones de trabajo?". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2000, núm. 100, Volumen I, pp. 539-540.

interpretación unitaria del principio de igualdad hasta llegar a una posición doctrinal mucho más restrictiva (que ha influido a su vez, en la también interpretación restrictiva de los órganos jurisdiccionales ordinarios), con la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo estadounidense.

En los Estados Unidos la legislación y la jurisprudencia recorrieron un largo camino, que duró largas décadas, con el objeto de desterrar toda clase de discriminaciones, especialmente por motivo de raza²²⁷⁶. Uno de los obstáculos para eliminar toda discriminación racial fue justamente la restrictiva jurisprudencia del Tribunal Supremo y la inaplicación del principio de igualdad a los actos realizados por particulares. Durante décadas pervivieron conductas que formalmente no eran discriminatorias con el beneplácito de los órganos jurisdiccionales. Se trata de la doctrina denominada “separados pero iguales” del asunto *Plessy*²²⁷⁷.

Por otro lado, la doctrina mayoritaria entiende que el precepto contiene dos reglas distintas con sustantividad propia y cierta autonomía. Dicha tesis es partidaria de considerar que se ha unificado en un mismo precepto un principio general (*Allgemeine Gleichheitssatz*) y un principio o regla específica de igualdad (mandato de no discriminación)²²⁷⁸. También es la opción mayoritaria en la jurisprudencia constitucional y en la ordinaria. Por ejemplo, la relativamente reciente STC 3/2007, de 15 de enero (BOE 15 de febrero de 2007), que trata un supuesto de discriminación por razón de sexo, después de definir en su Fundamento Jurídico Segundo el principio general de igualdad, diferencia éste de la regulación establecida en el segundo inciso del precepto. Dicha diferenciación conlleva una distinta dinámica de funcionamiento²²⁷⁹ y unas reglas procesales propias en cada caso²²⁸⁰.

²²⁷⁶ Segregación racial que, hasta bien entrado el siglo XX, permitía, por ejemplo, que se habilitaran servicios o zonas según el color de la piel en vagones de tren, escuelas, etc. Así, ALEXIS DE TOCQUEVILLE explica cómo una vez abolido formalmente el esclavismo en las colonias norteamericanas del norte la segregación y prejuicios raciales continuaban en el día a día, y aunque los ciudadanos de raza negra “are allowed to invoke the same God as the whites, it must be at a different altar and in their own churches, with their own clergy. The gates of heaven are not close against them, but their inferiority is continued to the very confines of the other world”. DE TOCQUEVILLE: *Democracy...*, op. cit., p. 142.

²²⁷⁷ RODRÍGUEZ – ZAPATA PÉREZ: “¿Igualdad, o no discriminación...”, op. cit., pp. 531 y ss.

²²⁷⁸ RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER Y FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación...*, op. cit., p. 38.

²²⁷⁹ “A diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya en la propia Constitución, que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (STC 126/1997, de 3 de julio, F. 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, F. 4; 75/1983, de 3 de agosto, FF. 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, F. 6)”.

²²⁸⁰ “También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo (STC 81/1982, de 21 de diciembre, F. 2)”.

Otra diferencia entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación es que la aplicación del principio de igualdad se caracteriza por su carácter relacional, y requiere un término de comparación para que se pueda apreciar una distinción de trato²²⁸¹. Sin embargo, la prohibición no precisa de término de comparación. En este caso, lo verdaderamente importante es que se haya dado una distinción por la pertenencia del sujeto a un grupo o categoría social, resultando una desigualdad sistemáticamente lesiva de la dignidad²²⁸².

Tal y como se ha examinado al tratar de la eficacia de los derechos fundamentales en la relación laboral, existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial sobre la eficacia anudada al principio general de igualdad y al de prohibición de la discriminación en el contrato de trabajo. Es lo que doctrinalmente se ha denominado “construcción dual”. Mientras que el principio de igualdad posee una eficacia limitada *inter privados*, la interdicción de cualquier tipo de discriminación es aplicable en toda su extensión ya sea entre sujetos públicos, ya sea entre sujetos privados²²⁸³. Así, el empresario no está obligado a tratar igual a todos los trabajadores, pues el principio de igualdad no le obliga de la misma forma que a los sujetos públicos. Por contra, sobre las actuaciones del sujeto público y del privado pesa en toda su extensión la prohibición de discriminación²²⁸⁴.

En cambio, se mantiene la discusión doctrinal sobre si los supuestos de hecho previstos en el art. 14 CE configuran una lista cerrada o un *numerus apertus*. La interpretación más lógica es la de entender la expresión “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” como una invitación a aplicar la tutela antidiscriminatoria a otros supuestos. Recuérdense las expresiones en las normas supraestatales antedichas, cuya semejanza con la de la Carta Magna, a consecuencia de su propio origen, es incontrovertible. Lo que parece una muestra clara de que la voluntad del constituyente fue la de recoger en el

²²⁸¹ En este sentido, RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación...*, *op. cit.*, pp. 46 y ss. Un supuesto muy interesante se puede encontrar en la STSJ de Madrid nº 674/2008, de 29 de octubre de 2008 (AS 2009, 73). En dicha sentencia se analiza el principio de igualdad en la aplicación de lo acordado en un expediente de regulación de empleo. Lo original del caso es que el Tribunal Superior de Justicia tiene en cuenta al analizar una eventual desigualdad la asunción del riesgo por parte de los trabajadores afectados. El voto particular emitido, tras un breve resumen de las diferencias entre igualdad y discriminación, considera que concurre una verdadera discriminación, pues considera que se discrimina a los trabajadores como consecuencia de “sus circunstancias personales o sociales” y se vulnera la garantía de indemnidad (art. 24 de la CE).

²²⁸² ÁLVAREZ ALONSO, Diego y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio: “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2006, núm. 132, pp. 1009-1010.

²²⁸³ ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO: “Nuevas reflexiones...”, *op. cit.*, pp. 1010-1011. Para MARTÍNEZ ROCAMORA tanto el principio de igualdad como el de no discriminación son de aplicación inmediata y directa a las relaciones entre privados. Pero el autor matiza que sólo lo será, sin “*interpositio legislatoris*”, lo que constituya su contenido esencial. En concreto, la prohibición de discriminación es una cláusula “*self-executing*”. No así la cláusula general o prohibición de arbitrariedad, que tiene una eficacia entre privados, pero refleja. MARTÍNEZ ROCAMORA: “El principio de igualdad... (I)”, *op. cit.*, pp. 634-636. También se sostiene dicha idea en MARTÍNEZ ROCAMORA: *Decisiones empresariales...*, *op. cit.*, pp. 118-119. En dicha obra el autor distingue nuevamente entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación (pp. 92-99). Asimismo reitera su posición sobre la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, optando por una eficacia inmediata casuística, no general, al no indicar nada el texto constitucional (pp. 99 y siguientes).

²²⁸⁴ GALIANA MORENO, Jesús María y CÁMARA BOTÍA, Alberto: “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: las decisiones discriminatorias del empresario”, en AAVV: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 347-349.

precepto los supuestos de hecho más tradicionales y, por lo tanto, una selección totalmente predeterminada por el momento histórico (se trata de los supuestos de hecho sobre los cuales tuvo su origen la tutela antidiscriminatoria, en especial en relación a la libertad ideológica y religiosa). A dicho conjunto de supuestos se optó por añadir una cláusula abierta con el claro propósito de prevenir la “petrificación” del precepto que lo hiciera parcialmente inservible a las nuevas realidades sociales²²⁸⁵.

Téngase en cuenta cuan inflexibles son los requisitos de modificación del texto constitucional, lo que supone un obstáculo casi insalvable para cualquier intento de adaptar al Constitución a nuevas formas de discriminación. Resáltese que el legislador ha ido ampliando el número de supuestos en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (titulado “*No discriminación en las relaciones laborales*”) con la finalidad de adaptar los supuestos al concreto ámbito de la realidad social que se desea regular²²⁸⁶, en este caso la relación laboral, lo que conlleva, sin duda, unas mayores dosis de seguridad jurídica en un sector rápidamente cambiante. Uno de dichos supuestos, naturalmente, lo configura la prohibición de discriminación por razón de religión o convicciones²²⁸⁷. Eso no significa que los órganos jurisdiccionales ordinarios o el Tribunal Constitucional no puedan apreciar un supuesto de discriminación que no se encuentre listado. Así, pueden ir acomodando el precepto constitucional, el estatutario por su

²²⁸⁵ Así lo entiende RODRÍGUEZ - PIÑERO Y FERNÁNDEZ LÓPEZ para quienes se trata de una lista reducida, pero que contiene una cláusula que permite una aplicación extensiva. Para los autores no es ningún caso una lista cerrada, ya que el constituyente no ha querido excluir ninguna discriminación presente o futura. El sentido de esta cláusula abierta es una noción evolutiva de la discriminación. RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación...*, op. cit., p. 177 y pp. 232 y ss.

²²⁸⁶ El apartado primero del art. 17.1 ET se ha modificado en varias ocasiones para ir adaptándolo al Derecho comunitario. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, entre otras modificaciones ajenas al ámbito social del Derecho, reforzó el desarrollo legislativo del art. 14 CE mediante la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, lo que supuso un nuevo redactado del art. 17.1 ET según el art. 37.4 de la citada Ley 62/2003. En segundo lugar, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incorporó al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. De este modo, la Disposición Adicional undécima de la citada Ley Orgánica 3/2007 volvió a modificar el art. 17.1 CE. Finalmente, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo transpone la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal y a través de su Disposición Adicional undécima se vuelve a alterar el redactado del art. 17.1 ET. Una crítica sobre la transposición en España de las citadas Directivas puede consultarse en CHACÓN RODRÍGUEZ: *La “España Inmigrante”...*, op. cit., pp. 302-304.

²²⁸⁷ Muchas confesiones religiosas, especialmente las minoritarias, han luchado durante décadas para ver plasmados preceptos como el contenido en el art. 17 ET en los ordenamientos jurídicos laborales. En el caso de la Iglesia Católica, entre muchas otras manifestaciones al respecto, dejó clara su posición en la Declaración *Nostra aetate* sobre las relaciones de la Iglesia con las religiones no cristianas de fecha 28 de octubre de 1965. Con fundamento en la dignidad de la persona se afirma que “*la Iglesia (...) reprueba como ajena al espíritu de Cristo cualquier discriminación o vejación realizada por motivos de raza o color, de condición o religión*” (5).

redacción no lo permite hasta cierto punto, a las nuevas circunstancias creadas por la evolución social. Es sabido que con la continua evolución social van apareciendo nuevas formas de discriminación; extremo que el constituyente previó. Lo que no se podía prever son, lógicamente, las concretas conductas discriminatorias²²⁸⁸, por lo que era indispensable articular un mecanismo que facilitara la adaptación del precepto constitucional a los cambios sociales sin la necesidad de modificar necesariamente la Constitución en el sentido de tener en cuenta de forma expresa más supuestos de hecho.

En todo caso, al igual que en el conjunto de las ocasiones en que se ha utilizado un sistema de lista abierta como técnica jurídica, los supuestos de hecho relacionados ofrecen, no cabe duda, una ayuda inestimable al operador jurídico, que le permite aplicar la tutela antidiscriminatoria sin demasiados esfuerzos adicionales, a consecuencia del efecto beneficioso para la seguridad jurídica que ofrece un sistema tasado, a aquellos supuestos más odiosos y que son los que, justamente, recoge la relación.

De cualquier modo, que el legislador haya realizado el esfuerzo de intentar ir concretando nuevas formas de discriminación no es óbice para que el art. 14 CE no sea directamente aplicable en aquellos casos no positivados en norma alguna²²⁸⁹. En este sentido se decantaba la STC 7/1983, de 14 de febrero (BOE 9 de marzo de 1983), que afirmaba que del art. 14 CE y no del Estatuto de los Trabajadores nace con plenitud el derecho fundamental a no ser discriminado, pues *“la tesis contraria consistiría, una vez más, aunque aquí de forma tácita, en afirmar que los derechos fundamentales carecen de virtualidad plena en el texto constitucional y sólo la adquieren a partir de su «concreción legislativa», tesis que va en contra del artículo 53.1 de la Constitución y de la jurisprudencia unánime y reiterada de este Tribunal, que es el intérprete supremo de aquélla (artículo 1 LOTC)”* (Fundamento Jurídico Segundo). Por lo tanto, siempre se podrá hacer uso de la cláusula abierta constitucional, que el Estatuto de los Trabajadores no prevé ni en su artículo 4.2.c), ni en su artículo 17. Además, se debe tener en cuenta que los textos supraestatales que se han citado anteriormente, y que contienen cláusulas abiertas, son de aplicación en España. Tampoco se debe perder de vista que muchos textos legales sectoriales que pueden afectar la relación laboral prevén la prohibición de discriminación. Un ejemplo de ello lo constituye el art. 2.a) de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, que define como uno de los objetivos generales de la política de empleo de la Administración General del Estado y de las diferentes Comunidades Autónomas *“garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 9.2 de la Constitución Española, en el acceso*

²²⁸⁸ Todo y así, el constituyente se aventuró con novedosos preceptos para la época. De esta manera, a finales de los años setenta del siglo pasado, la Constitución Española incluyó el artículo 18.4 CE cuando la informática no había alcanzado, ni mucho menos, la capacidad vulneradora de los derechos fundamentales que posee actualmente. Sobre la importancia de este artículo para contribuir a garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales *vid.* PÉREZ LUÑO: *Los derechos...*, *op. cit.*, pp. 175-177.

²²⁸⁹ RODRÍGUEZ – ZAPATA PÉREZ, a pesar de compartir la misma tesis que la expresada en este trabajo, en cuanto a la directa aplicabilidad del art. 14 CE, es escéptico en cuanto a la respuesta jurisprudencial al respecto. RODRÍGUEZ – ZAPATA PÉREZ: *“¿Igualdad, o no discriminación...”*, *op. cit.*, p. 522. No sin razón, se ha afirmado que la vigencia del principio de no discriminación ha alcanzado tal relevancia en el esquema contractual laboral clásico que *“ha producido una auténtica recomposición constitucional del mismo, que lleva a contrastar derechos y deberes contractuales no ya con la ley sino directamente con la Constitución”*. GALIANA MORENO y CÁMARA BOTÍA: *“Igualdad y no discriminación...”*, en AAVV: *El modelo social en la Constitución...*, *op. cit.*, p. 332.

al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo, así como la libre elección de profesión oficio sin que pueda prevalecer discriminación alguna, en los términos establecidos en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores". Es decir, por remisión se prohíbe la discriminación por motivos de religión.

Una vez realizadas las oportunas matizaciones sobre el contenido de los dos incisos del art. 14 CE y puesta de manifiesto buena parte de su dinámica, es necesario dejar fijada una definición que permita posteriormente calificar los supuestos de hecho según el prisma del principio general de igualdad y la prohibición de conductas discriminatorias. Según la STC 3/2007, de 15 de enero (BOE 15 de febrero de 2007), *"ha de recordarse que el art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de suerte que, para introducir diferencias entre ellos, deba existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas"* (Fundamento Jurídico Segundo).

Por lo tanto, de esta definición se puede inferir que el derecho a la igualdad no es un derecho autónomo, en el sentido que tiene un carácter relacional; es decir, necesita de un término de comparación²²⁹⁰. La STC 154/2006, de 22 de mayo (BOE 22 de junio de 2006), diferencia precisamente el principio de igualdad del de prohibición de toda discriminación en atención a dicha circunstancia. Pues este último no requiere de un término de comparación, aunque en muchas ocasiones puede ser de gran utilidad práctica²²⁹¹.

BORRAJO DACRUZ es un exponente de la doctrina mayoritaria antes citada y, por lo tanto, es partidario de diferenciar el primer inciso del art. 14 CE del segundo. Así, para este autor el principio general de igualdad debe englobar *"los efectos de cualquier trato desigual entre personas que ocupen una situación igual y que sea arbitrario e injusto"*. Por el contrario, la prohibición de discriminar comprende exclusivamente *"el trato que es desigual entre personas por una simple razón o circunstancia personal o social que concurre en la persona discriminada en cuanto miembro de un colectivo que está socialmente marginado como tal colectivo"*²²⁹².

²²⁹⁰ Por ejemplo, STC 213/2005, de 21 de julio (BOE 18 de agosto de 2005) dictada por el Pleno, Fundamento Jurídico Cuarto.

²²⁹¹ De esta manera, la sentencia, que trata de un supuesto de Seguridad Social, llega a afirmar: *"La comparación que se efectúa, sin embargo, no nos conduce esta vez a la cláusula general de igualdad -en la que esa lógica de contraste entre dos situaciones es un presupuesto ineludible-, sino al terreno de la prohibición de discriminación. En efecto, es cierto que la prohibición de discriminación es más que un precepto de igualdad y no requiere necesariamente un término de comparación, pero también es evidente que en ocasiones la discriminación puede concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de éste para ser apreciadas"* (Fundamento Jurídico Sexto).

²²⁹² BORRAJO DACRUZ, Efrén: "El principio de igualdad retributiva: alcance y excepciones; en especial, la debida a la fecha de ingreso en la empresa", en AAVV: *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 444.

Por razones sistemáticas hay que traer a colación la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuyo art. 28.1 introdujo al ordenamiento jurídico diversas definiciones de gran relevancia. En primer lugar la norma introduce la definición de "principio de igualdad de trato", que es entendida por la "ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona". Una vez establecido el principio de igualdad, el art. 28.1.b) establece la noción de discriminación directa: "Cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual". Para completar dicho noción, el art. 28.2 aclara que "cualquier orden de discriminar a las personas por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se considerará en todo caso discriminación". Como se puede comprobar, se trata de una definición que prevé unos supuestos tasados, que a los presentes supuestos sería en principio suficiente, pues recoge los supuestos de discriminación por razón de religión o convicciones.

No obstante, ello no significa que tal definición sea la única posible, teniendo en cuenta la multitud de normas tanto estatales como internacionales que regulan la tutela antidiscriminatoria. Así, puede resultar de gran utilidad encontrar una definición doctrinal de discriminación que, por un lado, permita incluir todo tipo de conductas contrarias al principio de igualdad y que, al mismo tiempo, dichas conductas sean especialmente lesivas para la dignidad²²⁹³; pero que no dependa de un listado cerrado de supuestos, extremo que, como ya se ha dicho, puede conducir a su inoperancia en algunos supuestos muy novedosos, aunque en principio puede bastar en aquellos casos más clásicos de clara discriminación por motivos de religión. Asimismo, debe ser apta para delimitar concretamente los supuestos de hecho con el objetivo, citado anteriormente, de huir de una banalización y extensión injustificada del término a todo tipo de situaciones injustas, de tal manera que lo haga inservible jurídicamente²²⁹⁴.

Una definición que cumpla dichas características ha sido brillantemente propuesta y defendida por ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO²²⁹⁵. Según los citados autores se puede entender por discriminación la "diferencia de trato desfavorable y contraria a la dignidad humana que se dispensa a las personas por razón de su adscripción (real o imaginaria, deseada o indeseada) a uno o varios géneros o categorías sociales". En aplicación de la citada definición, se está ante una conducta discriminatoria, y sólo en ese

²²⁹³ La capacidad de lesión de la dignidad humana es un elemento clave de la prohibición de la discriminación en los textos internacionales. El fundamento de la discriminación no se encuentra en la mera prohibición de desigualdades "arbitrarias" de trato, sino de "una valoración internacionalmente aceptada de la dignidad humana, y en consecuencia, de la igualdad entre todos los seres humanos". RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación...*, op. cit., p. 110.

²²⁹⁴ La discriminación es un concepto de configuración compleja, que "se presenta de múltiples formas y que incluso puede tener un pretendido efecto igualitario, como sucede con las llamadas discriminaciones indirectas, ya que en la discriminación (aun cuando con carácter negativo) junto con la igualdad como principio de legalidad aparece una concepción no formal, sino sustancial de la igual dignidad de los seres humanos, al margen de diferencias biológicas, étnicas, etc.". PANIZO ROBLES, José Antonio: "Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y Seguridad Social (a propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2007, núm. 290, pp. 13 y ss. Nótese la centralidad de la noción de dignidad en el concepto de discriminación.

²²⁹⁵ ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO: "Nuevas reflexiones...", op. cit., p. 1014 en relación a la p. 1007.

momento, cuando se dan cita dos elementos, que gráficamente son denominados por los autores “*elementos decisivos de la discriminación*”:

1) Razón o causa determinante del tratamiento: Adscripción a una categoría social en función de condiciones personales o sociales (como pueden ser religión, opinión u otras).

2) Resultado del tratamiento desigual: Resultado desfavorable para el individuo y para el grupo, por abocarlo a una desigualdad grupal sistemática lesiva de la dignidad humana.

Esta definición resulta óptima, porque configura el concepto de discriminación de una forma suficientemente elástica para englobar los viejos y los nuevos supuestos que puedan incidir en las relaciones laborales contemporáneas, pero, al mismo tiempo, permite delimitar de forma muy concreta en qué casos existe discriminación y en cuáles no²²⁹⁶.

Además, se trata de una definición en la línea de las utilizadas en el Derecho comparado europeo, que ha definido la discriminación como “*a less favourable treatment, on the basis of a prohibited ground, afforded to a person than the treatment afforded to another person in a similar situation (that is, treating one person less favourably than another on a prohibited ground)*”; o como “*any distinction, exclusion or preference based on, inter alia, religion or beliefs with the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise in equal conditions of the human rights and fundamental freedoms or the rights recognised by law in the political, economic, social and cultural or any other field of public life*”²²⁹⁷.

2. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR MOTIVO DE CREENCIAS RELIGIOSAS Y EL CONCEPTO DE DIGNIDAD

2.1. Aplicación del concepto de discriminación a la relación laboral

Anteriormente se ha explicado el concepto y dinámica del concepto de discriminación, su dogmática y normativa que lo regula. Ahora bien, resulta necesario examinar cómo se inserta la prohibición de discriminar por razón de las creencias religiosas en la relación laboral. A estas alturas de la investigación, resulta evidente que existe un estrecho nexo entre el citado derecho a la libertad religiosa y la dignidad de la persona, en este caso la dignidad del trabajador. Si se coarta la libertad religiosa se lesiona la dignidad

²²⁹⁶ Sobre la dificultad de encontrar una definición unitaria *vid.* RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación...*, *op. cit.*, pp. 167 y 168. Lo realmente característico en el supuesto de discriminación, y que lo diferencia del principio de igualdad, es “*el resultado de perjuicio a una persona o grupos de personas cuya dignidad queda en entredicho por la misma naturaleza causal del origen del perjuicio*”. FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1993, Tomo 1. Versión electrónica: www.laleylaboral.com. A lo anteriormente citado, dicha autora añade: “*La cualificación por el resultado, porque es la manifestación de una posición social de desventaja, es lo que realmente tipifica la discriminación*”. Más adelante se tratará de la prohibición de la discriminación indirecta, pero en cuanto a la prohibición de la directa ha sido definida del siguiente modo: “*Prohibits less favorable treatment of two similarly situated individuals on grounds of a protected characteristic*”. FREDMAN: *Discrimination law...*, *op. cit.*, p. 153.

²²⁹⁷ DOE: *Law and religion...*, *op. cit.*, p. 71.

humana²²⁹⁸. Así ha sido a lo largo de la historia desde su aparición como derecho y así es en la actualidad, tal y como ponen de manifiesto las normas jurídicas internacionales y la mayoría de confesiones religiosas. Así, la *Westminster Confession of Faith* anglicana dedica todo el Capítulo XX a la libertad religiosa y de conciencia (*Of Christian Liberty, and Liberty of Conscience*), naturalmente con las limitaciones que ofrece el prisma teológico.

El rol de la dignidad del trabajador es especialmente relevante en materia de discriminación. Sin perjuicio de lo ya expuesto sobre la inserción y vigencia de los derechos inespecíficos en la relación laboral, es menester profundizar en el rol que desempeña la dignidad del trabajador y la prohibición de ser discriminado por razón de las convicciones religiosas precisamente en el contexto de la relación laboral: en el momento de la contratación, durante la ejecución del contrato y en el momento de la extinción²²⁹⁹. En todos esos momentos, las creencias del trabajador deberían ser en principio irrelevantes²³⁰⁰. Excepciones a dicha irrelevancia serían principalmente la prestación de servicios para una empresa de tendencia, o cuando precisamente las creencias religiosas hacen imposible o muy gravosa *ab initio* o sobrevenidamente la prestación de servicios. Por lo tanto, aquí se hará referencia al empresario "neutral", es decir, a *sensu contrario* aquél que no puede ser considerado un empresario ideológico o de tendencia²³⁰¹.

Tanto la prohibición de discriminación, como el principio de igualdad, conllevan la prohibición de tratamientos desiguales y arbitrarios. Sin embargo, la conducta discriminatoria aporta algo más, un plus, que configura la discriminación como una subcategoría del principio general de igualdad. En palabras de ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, "cuando el tratamiento desigual se base en la adscripción del individuo a un determinado grupo o categoría en función de determinadas condiciones personales o sociales (nacimiento, raza, sexo, religión, ideología, origen social, etc.) ello redundará en una lesión de la dignidad". Y justamente por ello, no es admisible la aportación de una justificación razonable²³⁰². El principio de no discriminación puede

²²⁹⁸ "The intrinsic worth of the human person is simply too sacred to be violated by religious coercion or enforced conformity, which are a denial of the dignity and worth of a person. If religious human rights are to have any real meaning, there must be legal recognition on the part of the state of the inalienable right of a citizen to decide matters of ultimate beliefs and commitment for oneself". WOOD: "An apologia for religious...", en AAVV: *Religious human rights...*, op. cit., p. 467.

²²⁹⁹ "El principio de no discriminación se conecta (...) a la más general pretensión de garantía de la personalidad humana, siendo su finalidad inmediata la de proteger tanto en el momento de la admisión como en el transcurso de la relación de trabajo, la dignidad del trabajador y el pleno goce de las libertades". GOÑI SEIN: *El respeto a la esfera...*, op. cit., p. 44.

²³⁰⁰ "Desde la perspectiva laboral, el principio de no discriminación asegura a todos los trabajadores la irrelevancia de sus creencias religiosas (o de su ausencia) en los momentos de la contratación, de la ejecución de la prestación pactada y la extinción de la relación laboral". VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa...", en AAVV: *Las transformaciones del derecho...*, op. cit., p. 567.

²³⁰¹ O como ha puesto de manifiesto la doctrina, las empresas "neutrales" a las que se hace referencia serían "empresas sin otra adjetivación distinta de la que deriva la iniciativa económica y la libertad de mercado". VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa...", en AAVV: *Las transformaciones del derecho del trabajo...*, op. cit., p. 582.

²³⁰² ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO: "Nuevas reflexiones...", op. cit., p. 1008. "La positividad de la prohibición de discriminación parte de la constatación de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas sistemáticamente marginados, ciudadanos con una posición secundaria respecto de aquellos que gozan o pueden gozar de plenitud de posiciones de ventaja, pese al formal reconocimiento de su condición de «iguales» a éstos". FERNÁNDEZ LÓPEZ: "La discriminación en la jurisprudencia...", op. cit.

entenderse como una manifestación del principio de igualdad y, a la vez, como un instrumento para la realización de ésta²³⁰³.

Es decir, si trasladamos dicha definición a la materia que aquí se está tratando, eventual discriminación del trabajador por razón de sus convicciones, deben concurrir dos elementos, a saber: 1) un tratamiento desigual de dicho trabajador fundamentado en su adscripción en un grupo o categoría en función de sus creencias religiosas o su falta de creencias (por ejemplo, un ateo puede ser discriminado en relación a sus compañeros de trabajo que sean creyentes)²³⁰⁴; 2) lesión efectiva en la dignidad del trabajador.

Como se ha dejado dicho con anterioridad, la discriminación no ha de ser confundida con la mera vulneración del principio de igualdad; y en materia de libertad de pensamiento no se produce una excepción. Así, es importante identificar cuándo concurren los citados dos elementos para que una conducta discriminatoria pueda ser calificada como tal y, así, poder anular las consecuencias jurídicas que correspondan a dicha calificación (por ejemplo, calificación de nulidad de un eventual despido en aplicación de los arts. 55.5 ET y 108.2 LRJS). Sólo así se podrá cumplir la tesis del Tribunal Supremo, compartido aquí, de diferenciar las conductas contrarias a la igualdad de las conductas verdaderamente discriminatorias.

²³⁰³ RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación...*, op. cit., p. 17. Se ha afirmado respecto a la no discriminación que “*su presupuesto teórico reside en las transformaciones operadas en la concepción de lo que deba ser la igualdad en un Estado social de Derecho, que necesariamente apuntan hacia la sociedad, y al reequilibrio de las desigualdades en ella existentes, que niegan justamente la premisa del enunciado del principio de igualdad: todos los ciudadanos, formalmente iguales, no lo son realmente, por concurrir en ellos factores, muchas veces ajenos a su voluntad, que les impiden el igual goce de derechos*”. FERNÁNDEZ LÓPEZ: “La discriminación en la jurisprudencia...”, op. cit.

²³⁰⁴ Aunque la mayoría de investigaciones empíricas se han centrado en el fenómeno discriminatorio ligado a las creencias religiosas, existen datos más que suficientes que demuestran que los ateos pueden ser y son objeto de discriminación por razón de sus convicciones (y no necesariamente en el contexto de una empresa de tendencia). Sin ir más lejos, son muy significativos los datos de una encuesta realizada en los Estados Unidos en 1999 en la que se preguntó a los ciudadanos si votarían a una persona bien cualificada que fuera mujer (95% la votarían); católica (94%); judía (92%); de raza negra (92%); mormona (79%); homosexual (79%). Pero a la hora de contestar si votarían a una persona bien cualificada que fuera atea, sólo un 49% votaron afirmativamente. Datos reproducidos de DAWKINS: *The God...*, op. cit., p. 26. Como botón de muestra, en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Torcaso v. Watkins*, 367 US 488 (1961) se examina la denegación al acceso al cargo de notario (oficina pública) por ser ateo el interesado. En dicha sentencia, y ante una discriminación evidente, el Alto tribunal tuvo que recordar su posicionamiento tradicional: “*We repeat and again reaffirm that neither a State nor the Federal Government can constitutionally force a person «to profess a belief or disbelief in any religion». Neither can constitutionally pass laws or impose requirements which aid all religions as against nonbelievers, and neither can aid those religions based on a belief in the existence of God as against those religions founded on different beliefs*”. En el ámbito de las confesiones religiosas, por ejemplo la Iglesia Católica en su momento ya realizó un relevante llamamiento, lo que marcó un giro copernicano respecto a sus posicionamientos anteriores, al respeto de las personas en relación a sus convicciones, fueran creyentes o no. Así, en la Constitución Pastoral *Gaudium et spes* de 7 de diciembre de 1965 se afirmó: “*La Iglesia, aunque rechaza en forma absoluta el ateísmo, reconoce sinceramente que todos los hombres, creyentes y no creyentes, deben colaborar en la edificación de este mundo, en el que viven en común. Esto no puede hacerse sin un prudente y sincero diálogo. Lamenta, pues, la Iglesia la discriminación entre creyentes y no creyentes que algunas autoridades políticas, negando los derechos fundamentales de la persona humana, establecen injustamente*” (21). Tal posicionamiento se vio influenciado evidentemente por la división del mundo entre los dos bloques antagónicos que caracterizaron la Guerra Fría.

La discriminación de un trabajador por razón de sus creencias religiosas puede tener como sujeto activo al empresario o bien a un compañero de trabajo; y puede darse antes de la contratación (el momento paradigmático será el proceso de selección del trabajador, de ahí la relevancia del art. 16.2 CE). Pero también pueden existir directamente normas discriminatorias, ya sea en forma de leyes, ya sea en relación a los convenios colectivos²³⁰⁵, e incluso los acuerdos de empresa.

A continuación la argumentación se centrará básicamente en la relación laboral, pero nada impide, por lo expresado anteriormente, que pueda materializarse la discriminación a través de una fuente de otra índole (por ejemplo, a través de la promulgación de una norma jurídica). Lo que resulta evidente es que la mayor pluralidad religiosa existente en la actualidad entre los trabajadores (y empresarios) pondrá a prueba cada vez más la tutela antidiscriminatoria en materia de creencias religiosas y en la opción del trabajador ateo de mantenerse fiel a sus más íntimas convicciones²³⁰⁶.

2.2. Adscripción del trabajador a una categoría social por razón de creencias religiosas

Un primer elemento decisivo es averiguar si la diferencia de trato recibida por el trabajador es consecuencia de su adscripción a una categoría social determinada. Una categoría formada por trabajadores que posean unas características personales

²³⁰⁵ "Puede decirse que muchos convenios esconden una discriminación religiosa cuando contemplan permisos y licencias por celebraciones de ceremonias típicamente católicas (bautismos y primeras comuniones) mientras que no reconocen los mismos derechos en relación con ceremonias equivalentes propias de otras religiones". SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI: "Los derechos fundamentales...", en AAVV: *El modelo social...*, op. cit., p. 299.

²³⁰⁶ Examinada en otra parte de la presente investigación la configuración cada vez más plural de la sociedad española y, por ende, de los centros de trabajo, es de presuponer que la doctrina laboralista irá adaptando poco a poco (de hecho, algo de dicha tímida evolución se ha examinado aquí) su punto de vista a la hora de analizar la relación entre Derecho laboral y convicciones religiosas. Un ejemplo de visión doctrinal anterior a la gran llegada de trabajadores migrantes es el siguiente: "Se ha dicho respecto de las opiniones religiosas que en países como el nuestro, al no haber tensiones étnicas o sociales en profesiones de fe diversas a la dominante, este factor no causa impacto sobre la realidad de los criterios del tratamiento del personal. En verdad, la discriminación por motivos religiosos no se produce tanto por incompatibilidad entre la religión del empresario - por lo general la católica dominante - y la distinta profesada por el candidato, cuanto por las diversas implicaciones que para uno y otro tiene la misma profesión de fe. Me estoy refiriendo a creyentes que por exigencias de la fe se comprometen en opciones de clase, y cuya presencia en la empresa es interpretada como un signo de creación de contrapoder en la empresa. La manifestación más palpable son los curas obreros, personas que habiendo empeñado su vida en anunciar la liberación total en Cristo, tratan de introducirse en las empresas y promover la actividad sindical para transformar las condiciones de trabajo y conseguir una sociedad más igualitaria y justa". GOÑI SEIN: *El respeto a la esfera...*, op. cit., p. 54. Como se puede apreciar, se analiza más bien un fenómeno de discriminación por convicciones ideológicas, que no un verdadero supuesto de discriminación por causas religiosas; ya que en ese momento histórico la sociedad española era menos plural en cuanto a orígenes, cultura y religión de los trabajadores y, por tanto, tal cuestión se mantenía aún latente, a pocos años de entrada en vigor de la Constitución y su reconocimiento de la libertad religiosa. Sin minusvalorar la gran relevancia histórica y social del fenómeno de los curas obreros, muy al contrario, lo cierto es que conforme la sociedad española ha ido madurando el foco de conflicto se ha ido desplazando. Así, si entre trabajadores católicos el conflicto fluiría probablemente por derroteros extrarreligiosos (y más cuando la secularización ha hecho evidente mella en el catolicismo); el Derecho laboral debe contribuir a prever y evitar esas "tensiones étnicas o sociales" de las que habla el autor antes de que se materialicen.

identificables por el empresario (u otros trabajadores, aunque lo habitual será que se trate del empresario o personal que ejerza funciones de decisión por delegación de aquél), ya sea su genoma, ya sean sus convicciones religiosas o su falta de convicciones de dicha índole (ateo), ya sea su origen, o ya sea una enfermedad concreta que los diferencien del resto de componentes de la plantilla. En el presente supuesto se trataría de la categoría de trabajadores que profesen una determinada religión²³⁰⁷, que no tienen creencia religiosa alguna o cuya visión del mundo es de un determinado modo. Naturalmente, dicha adscripción puede ir unida a que se “etiquete” al trabajador en razón de la etnia o la raza, rasgos comunes y habituales que suelen encontrarse asimismo al discriminarse a alguien por razón de su religión.

El segundo elemento que debe concurrir para poderse hablar con propiedad de discriminación, o lo que es lo mismo, el plus que diferencia el trato discriminatorio de una mera desigualdad o trato arbitrario, es el resultado del tratamiento desigual otorgado. Desde este punto de vista es necesario reflexionar si el tratamiento recibido por el trabajador o trabajadores, fruto de la decisión empresarial de que se trate (por ejemplo, un despido), ha sido desfavorable para él (o para su grupo), por abocarlo a una desigualdad grupal sistemática lesiva de la dignidad humana. Así, si se adscribe al trabajador a una determinada categoría social, pero de dicha adscripción no resulta una consecuencia vulneradora de la dignidad de dicho trabajador, no se está ante una verdadera discriminación²³⁰⁸. En el caso de discriminación por razón de la religión, dicha identificación será teóricamente fácil, pues se trata de una tipología de discriminación tristemente habitual a lo largo de la historia y, por lo tanto, perfectamente tipificada en un buen número de normas internacionales, con su posterior traslación a la legislación estatal. Ello no es óbice para que su identificación sea más compleja en el caso de trabajadores partidarios de nuevas religiones, sectas o filosofías de nuevo cuño²³⁰⁹.

²³⁰⁷ "Les creences pròpiament religioses són sempre comunes a una col·lectivitat determinada que fa professió d'adherir-s'hi i de practicar els ritus que en són solidaris. No són únicament admeses, a títol individual, per tots els membres d'aquesta col·lectivitat, sinó que són possessió del grup i en fan la unitat. Els individus que la componen se senten lligats els uns als altres, pel sol fet de tenir una fe comuna. Una societat els membres de la qual se senten units perquè es representen de la mateixa manera el món sagrat i les seves relacions amb el món profà, i perquè tradueixen aquesta representació comuna en unes pràctiques idèntiques; això és el que s'anomena una Església". DURKHEIM: *Les formes elementals...*, op. cit., p. 66.

²³⁰⁸ Piénsese, por ejemplo, en la elección por parte de la empresa de varios trabajadores que son destacados frente a los demás, mediante los canales de comunicación internos, por sus especiales aptitudes para el trabajo, que son consideradas positivas por la empresa. Es lo que determinadas culturas empresariales denominarían el “empleado del mes” o mediante algún término equivalente.

²³⁰⁹ Casos paradigmáticos de nuevos movimientos religiosos son la Iglesia de la Cienciología o la Nueva Era (*New Age*). Sobre las actividades de la Cienciología puede consultarse la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Graham v. Commissioner of Internal Revenue*, 490 US 680 (1989). Sobre la Nueva Era puede consultarse BLOOM: *La religión...*, op. cit., pp. 189-196. La Nueva Era apareció en los años setenta del siglo pasado en los Estados Unidos con las siguientes características: "These roots point to a variety of ideas and practices emphasizing a new era of self-discovery, integration, and harmony. While its pre-history is based in movement of metaphysical religion like Transcendentalism and Christian Science, New Age religion also contains elements of Jungian psychology, transpersonal psychology, the human potential movement, parapsychology, holistic medicine and healing, astrology, environmentalism. In addition, New Age, religion has borrowed selectively from Native American traditions, and the already noted influx of people of Eastern religious traditions has had a profound impact on expanding New Aged ideas. Significantly, the employment of aspects of Buddhism, Hinduism, Sikhism, and (Islamic) Sufism added legitimacy to New Aged ideas". HICKS: *Religion and the*

Sólo cuando concurren los dos elementos se producirá el desvalor que justifica la existencia de la tutela antidiscriminatoria. Si resulta patente que el trabajador o trabajadores han sido tratados de forma desfavorable (despido, sanción, asignación de menor salario, apartamiento del sistema instituido de ascensos...) por su adscripción al grupo o categoría social de "trabajadores con determinadas creencias religiosas o filosóficas o falta de ellas" y ello redunde en la lesión de su dignidad, entonces no tendrá operatividad que se aleguen causas como su falta de rentabilidad para la empresa (por ejemplo, eventual extinción del contrato por causas económicas ex art. 52.c) ET en relación al art. 51.1 ET) u otras razones de aparente legalidad como justificación de la decisión empresarial, ya que ante una conducta discriminatoria sólo podría admitirse una justificación razonable expresamente prevista en la misma Constitución. La prohibición de cualquier discriminación es absoluta.

ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO parten de la siguiente definición de "adscripción a una categoría social": "*Identificación de una o varias personas como pertenecientes a un grupo social seguida de una diferencia de trato, mediando entre aquélla y ésta una relación de causalidad*"²³¹⁰. La citada identificación puede ser más o menos problemática según el supuesto: a veces se podrá determinar de forma clara y a veces se deberá determinar a partir de indicios, pero casi nunca de forma objetiva. Si en una empresa formada por trabajadores, aunque no sea una empresa de tendencia, resulta que los propietarios son seguidores de las doctrinas de los Testigos de Jehová y que sólo se asciende a trabajadores adscritos a dichas doctrinas, con preterición de los méritos de trabajadores de confesión católica o ateos, todo apunta a que se ha producido una adscripción de los trabajadores en dos categorías ("trabajadores seguidores de la confesión de los Testigos de Jehová" y "trabajadores de otras confesiones o sin confesión"). Si se diera el segundo elemento, se ha posicionado al segundo grupo en una situación de desventaja lesiva para su dignidad, se estaría ante una verdadera discriminación. Ha de quedar claro que el empresario no puede discriminar por razón de sus propias creencias religiosas (o por otros motivos) y, por lo tanto, la prohibición de discriminación ha de aplicarse en toda su extensión en las relaciones laborales, naturalmente con las matizaciones que procedan exclusivamente respecto a las empresas ideológicas o de tendencia. La prohibición de discriminar pertenece a aquellos valores comunes mínimos, básicos, que comparte una sociedad democrática y que han de ser respetados por todos los ciudadanos, y el Estado ha de asegurar su respeto desde una posición de exquisita neutralidad y aconfesionalidad (aquí se denota nuevamente el interés público en una relación *inter privados* como es la relación laboral)²³¹¹. En dicho supuesto no existen derechos o bienes a ponderar, pues la discriminación no tiene justificación posible. Naturalmente, asimismo la prohibición de discriminación se erigirá

workplace..., *op. cit.*, pp. 31-32. Por las características de dichas creencias y su espiritualidad, por el momento los seguidores del *New Age* no se han visto enfrascados en demasiados conflictos jurídicos en el puesto de trabajo: "*New Age adherents are much more likely to claim to be «spiritual» rather than be «religious». The view that New Age religion is not exclusive or dogmatic but universal makes it seem less divisive or confrontational in the workplace*" (p. 32).

²³¹⁰ ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO: "Nuevas reflexiones...", *op. cit.*, p. 1014.

²³¹¹ Y la intervención si se considera necesario de la Autoridad pública a través, por ejemplo, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

como un límite al ejercicio del derecho de los trabajadores a la libertad religiosa o a la objeción de conciencia²³¹².

Sin embargo, la adscripción también se producirá frecuentemente, y aunque el empresario nunca llegue a saber con seguridad si un trabajador es partidario de una religión determinada (recuérdese que el trabajador tiene el derecho a no manifestar sus convicciones según el art. 16.2 CE y que la relación entre aspecto físico o pertenencia étnica respecto a las convicciones religiosas puede ser muy engañoso)²³¹³, a través de estereotipos e hipótesis realizadas por el empresario. Éste atribuiría a los miembros del grupo de adscripción unos rasgos subjetivos, que pueden coincidir con la realidad o no (especialmente impredecibles son los comportamientos de personas en el concurren varias causas que fundamenten el estereotipo por ser portadoras de varias identidades, como puede ser el caso de una mujer musulmana que lleva un pañuelo islámico)²³¹⁴. Por

²³¹² Precisamente se trata de un tema siempre controvertido en los países democráticos. Por ejemplo, la doctrina estadounidense lo plantea del siguiente modo: "*For example, when an employer believes that religion prohibits him for hiring people from outside his or her faith, the government's insistence on nondiscrimination becomes a religious statement for that employer. Critics of that argument will say that government endorsement of nondiscrimination in employment is «neutral» toward religion, but if a person believes that all of life is religious, can the government endorsement be neutral?*". STRONKS: "The Courts' definition...", en AAVV: *Religion, public life...*, op. cit., p. 148.

²³¹³ Un trabajador de etnia gitana puede tener aspecto caucásico o un judío puede formar parte de muy diferentes etnias. Se ha indicado lo siguiente en cuanto al pueblo judío: "*Nationhood was a complex thing for early modern Jews. On the one hand, they formed what they and Christians both called the Jewish or Hebrew «nation», a simple people descended from the ancient Israelites. On the other hand, long residence in different lands gave Jews different languages, cultures, diets, dress, and liturgies, dividing them into distinct «nations». Some of these nations were Ashkenazic, others Sephardic*". Y el autor aclara: "*Jews belonged to a web of overlapping communities, and their identities were corresponding complex*". KAPLAN: *Divided...*, op. cit., p. 319. El Derecho comunitario no ha sido ajeno a la problemática delimitación entre religión y etnicidad: "*The boundary between religion and ethnicity is ambiguous: in Dutch case law and in the UK, discrimination against Jews, Muslims and Sikhs has been recognised as race discrimination*". AAVV: *Migrants, minorities...*, op. cit., p. 50. Un caso paradigmático es el de Singapur, donde la población está constituida por un 77% de origen chino, un 15% de malayos, un 7% de indios, 1% de otros orígenes, como los europeos. En el caso de los chinos es muy difícil establecer su "tradición religiosa", pues practican rituales y prácticas, y sostienen creencias de muy diferentes tipologías y de muy difícil encuadramiento en lo que se entiende por tradiciones religiosas. De hecho muchos de ellos niegan que sean rituales religiosos. Algunos se autodenominan taoístas, otros confucionistas. La problemática se ha complicado cuando el gobierno ha intentado durante los últimos años convertir la ética del confucianismo en el *ethos* del pequeño Estado. Para muchos habitantes de Singapur el budismo está relacionado con las religiones de origen chino; algunos habitantes chinos se adscriben al budismo, pero un 10% de habitantes de origen chino se ha convertido al cristianismo. Y algunos de ellos incluso se han convertido al Islam. Por lo tanto, por mucho que se identifique a las personas étnicamente chinas con el budismo ello ya no es verdad en muchos casos. Donde se produce una mayor identificación entre etnia y religión es en el caso de los malayos como musulmanes, por tal razón el discurso público más habitual no diferencia entre la citada etnia y la religión que le es atribuida, cuando, por ejemplo, un 1% de los malayos no son musulmanes. Al mismo tiempo la mayoría de indios son hindús, pero entre ellos hay muchos musulmanes, sijs y cristianos. HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., pp. 146-147.

²³¹⁴ "*In dealing with strangers, it helps one stereotype them with the greatest of ease and to make commonsense predictions of how these others might think and what they might do next. An American will act like an American, an ethnic like an ethnic, a Muslim like a Muslim. One need not ask who they are if one knows what they are. There is only one problem: How do I predict the opinions of anyone with crosscutting or multidimensional identity? Will an African American Muslim behave and think like an American, like a black American, or like a Muslim? How will ethnic Albanian Muslims behave in Bosnia as opposed to Serbia? And what of the atheist Turkish-born*

ejemplo, el empresario puede sospechar que unos trabajadores son judíos; con mucha probabilidad se asociará a dicho trabajador, por su pertenencia a la categoría, con rasgos como los de ser avaros o de poca confianza, que históricamente han sido achacados a los miembros de dicha comunidad²³¹⁵. Es decir, se produce una estigmatización del grupo. Es más, en ocasiones es posible que el empresario ni tan siquiera sea consciente de sus prejuicios; fenómeno que puede denominarse discriminación implícita, porque viene dada por unos prejuicios asimismo implícitos o no conscientes, de los que no es consciente el sujeto activo de dicha estigmatización o aplicación de estereotipos²³¹⁶.

La plantilla de la empresa incluso se puede dividir entre los que sí son supuestamente de fiar y los que son considerados sospechosos. Así, la estigmatización no sólo puede producirse exclusivamente respecto al empresario, sino que puede extenderse a parte de la plantilla, incluso con independencia del parecer del empresario, con el posterior empeoramiento del ambiente discriminatorio²³¹⁷. Imagínese una empresa en la que no se

Netherlander who, like so many other minorities, attends a Roman Catholic School?». BAUMANN: The multicultural..., op. cit., p. 84.

²³¹⁵ Aunque la autora habla de racismo, la descripción que realiza puede extenderse a otras formas de discriminación: *"The assumption of an undifferentiated «Other» assumes that a group has a fixed essence, and that individuals can be wholly defined by their membership of their group. This in turn makes it easy to stereotype individuals, often linking their group identity to denigratory ascriptions. It also ignores the fact that many people have several different overlapping and intersecting sources of identity". FREDMAN: Discrimination law..., op. cit., p. 51.* Una de las fuentes de identidad que se suelen sobreponer a la raza es precisamente las convicciones religiosas. Sobre la dificultad de conceptuar al judaísmo es muy gráfica una Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido: *E, R (on the application of) v Governing Body of JFS & Anor [2009] UKSC 15 (16 diciembre de 2009)*. Es evidente que la relación entre judaísmo y religión es especialmente problemática a efectos de tutela antidiscriminatoria: *"No es lo mismo referirse a un judío no creyente que a un católico no practicante; aunque se supone que ambos se han apartado de sus creencias religiosas, puede haber otras formas de pertenencia que no impliquen o exijan creer. Así, la secularización puede muy bien ser un modo en el que la vida judía sigue siendo judía". BUTLER: "¿El judaísmo es...", en AAVV: El poder de la religión..., op. cit., p. 70.*

²³¹⁶ Naturalmente, la existencia de prejuicios implícitos ha sido comprobada por estudios empíricos. En uno especialmente interesante realizado en Suecia entre reclutadores de personal se comprobó la existencia de prejuicios, tanto explícitos como implícitos, respecto de candidatos musulmanes, o que los reclutadores creían musulmanes. Si bien los prejuicios explícitos eran relativamente bajos, mucho más elevados eran los prejuicios que demostraron los participantes del estudio de forma no consciente contra los aspirantes que creían musulmanes, ya sea por su aspecto, ya sea por su nombre, aunque realmente no lo fueran. Así, aunque no fueran conscientes de ello, asociaban a tal origen un estereotipo consistente en considerar que tenían un rendimiento laboral inferior que los candidatos con características suecas. Tal estudio puede consultarse en AAVV: *"Ethnicity and obesity: evidence of implicit work performance stereotypes in Sweden". Working Paper 2007:20, Labour Market Policy Evaluation.*

²³¹⁷ En la STSJ de Cataluña nº 8615/2006, de 4 de diciembre de 2006, se analiza un supuesto muy interesante, pues si bien la empresa matriz es israelí, existen indicios de que el despido del trabajador con reconocimiento de improcedencia está motivado por ser judío-israelí, ya que el resto de compañeros (todos los implicados eran directivos de la filial en España) eran casi todos españoles. Así, como Hechos Probados se recogen aspectos fácticos como los siguientes: *"En general en la empresa tenía la imagen de un «infiltrado», hablaba en hebreo con los visitantes israelíes, y alguna vez fue llamado por alguien «espía hebreo»".* Si bien el Juzgador a quo partía de la hipótesis de que es imposible que se discrimine a un trabajador judío en una filial de una empresa israelí cuando además el despido es ordenado por un directivo judío, el Tribunal Superior opina por el contrario que existía un ambiente indiciario de discriminación al producirse el despido: *"el anterior consejero delegado se dirigía al actor como «espía hebreo», que era habitual que el director general hiciera mofa sobre la comida kosher, y se hicieran alusiones antisemitas sobre la segunda guerra mundial, así como que el director general dijo en una reunión que el actor tenía el inconveniente de ser hebreo, reunión que tuvo lugar tres semanas antes del despido".* Por si no

contrata por norma a trabajadores marroquíes, porque la dirección mantiene en relación a dicha nacionalidad prejuicios sociales como el de ser trabajadores sucios, poco preparados, indisciplinados, conflictivos, que piensan más en su religión que en el trabajo, etc.²³¹⁸ Después de dicha operación de adscripción esas personas se convierten en una categoría social, respecto a las cuales se produce un trato diferencial como es el hecho de no ser contratadas frente a trabajadores de otras nacionalidades. Si la citada política discriminatoria de contratación de la empresa es mantenida de manera sistemática durante un largo período de tiempo, por lo que el origen de los miembros de la plantilla se limita intencionadamente a determinadas nacionalidades y/o confesiones religiosas y no a otras, cuyos trabajadores oriundos son rechazados expresamente, es posible que muchos de los estereotipos y rasgos asociados acaben siendo compartidos por buena parte de la comunidad humana que forma la empresa, incluidos unos trabajadores que nunca han tenido la oportunidad de trabajar con trabajadores de las nacionalidades y/o confesiones religiosas relegadas²³¹⁹.

ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO ejemplifican muy bien el momento en que un estereotipo se convierte en discriminación²³²⁰. Un discapacitado, por definición, tiene alguna capacidad reducida o neutralizada. Esta capacidad, a su vez, puede tener alguna repercusión en el trabajo. Si no se contrata al discapacitado porque justamente la capacidad que tiene disminuida es la que se precisa para el puesto de trabajo (condición esencial para el ejercicio de la profesión u ocupación de que se trate), no se está ante una discriminación (por ejemplo, no se contrata a una persona invidente, porque la vista es necesaria en el trabajo). Si el trato desfavorable es debido a un estereotipo sobre lo que puede o no puede llevar a cabo el discapacitado, que no se ajusta a las capacidades reales o potenciales, se está ante una discriminación. En el caso del trabajador perteneciente a determinada confesión religiosa hay que diferenciar dos escenarios. El primer escenario es el de las empresas de tendencia, en el contexto de las cuales quizás es necesario que el trabajador sea partidario de cierta confesión religiosa para poder ser trabajador de dicha empresa. Tal supuesto será analizado en el apartado

fuera poco, el Tribunal realiza una observación de interés para la materia que aquí se está tratando: “Efectivamente es imprudente además de simple y poco trabajado, el argumento de que un empresario no discriminaría a un miembro de su propia raza para justificar que no se produce el despido discriminatorio, pues en este caso precisamente el hecho del origen judío ha sido determinante de la resolución de la relación”.

²³¹⁸ En la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de julio de 2008, Feryn, C-54/07 (TJCE 2008, 157), se puede localizar un caso en que una empresa no contrata extranjeros en atención a la supuesta mala aceptación por parte de los clientes.

²³¹⁹ Al limitarse fundamentalmente el presente estudio a un análisis jurídico, no es posible entrar a examinar el objeto de la investigación, con la rigurosidad que merecería, desde el prisma de la psicología social, entendida ésta como la “*disciplina que estudia les relacions humanes amb mètode científic, facilitant la comprensió de la dialèctica i de la dinàmica individu – societat*”. NOTÓ I BRULLES, Pere y PANYELLA I ROSES, Magí: *Introducció a la psicologia social*. 1ª edición. Barcelona: Edicions 62, 1986, p. 19. No obstante, es necesario apuntar la relevancia sobre las conductas discriminatorias y los fenómenos segregacionistas que tiene la creación de estereotipos en el seno de comunidades humanas, como es la formada por la empresa o el centro de trabajo. Para un estudio de la relación existente entre los medios de comunicación, la creación de estereotipos y su influencia en el medio social respecto a la discriminación de la mujer *vid.* LÓPEZ LITA, Rafael y ESTELA BERNAD, Monferrer: “Publicidad, medios de comunicación y segregación ocupacional de la mujer: perpetuación y superación de los estereotipos de género y sus consecuencias en el mercado de mano de obra”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007, núm. 67, pp. 213-225.

²³²⁰ ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO: “Nuevas reflexiones...”, *op. cit.*, pp. 1020-1021.

correspondiente. El segundo escenario es el conformado por el resto de empresas, es decir, las empresas ordinarias. La norma general es que será indiferente que un trabajador tenga tales convicciones religiosas para ser contratado para un puesto de trabajo. Ahora bien, como se analiza asimismo en el apartado correspondiente al derecho del trabajador de no exteriorizar sus convicciones religiosas, resulta patente que si una confesión religiosa prohíbe expresamente ingerir bebidas alcohólicas, sus miembros no podrán ser contratados para puestos de trabajo en el que sea necesario ingerirlas, como puede ser los puestos de sumiller o enólogo. En dicho caso no existiría discriminación alguna por razón de convicciones religiosas en el caso de que la empresa rechace la contratación al amparo de dicho motivo.

A dicho argumento se podrá oponer que, por ejemplo, un candidato musulmán que por razones religiosas tuviera prohibido ingerir bebidas alcohólicas no se presentaría jamás a dicha candidatura. A ello cabe a su vez oponer dos razones. En primer lugar, un candidato podría actuar de mala fe y obtener el puesto de trabajo para posteriormente solicitar a la empresa que se adecúe el puesto de trabajo a sus convicciones religiosas, extremo que será harto difícil en un ejemplo como el aludido. En segundo lugar, en algunas ocasiones los requisitos esenciales de un puesto de trabajo no tienen por qué resultar tan evidentes para un candidato que opta a dicho puesto de trabajo, como se ha tenido ocasión de comprobar con anterioridad.

La aplicación de estereotipos aún puede ser más flagrante cuando una práctica empresarial afecta o va dirigida a un grupo numeroso de trabajadores, ya que, en este caso, la asociación de rasgos aún es menos individualizada y, por lo tanto, se encuentra más lejana de la realidad; o lo que es lo mismo, la decisión tomada basándose en dicha estereotipación poseerá un grado mayor de subjetividad y arbitrariedad desde el punto de vista empresarial que en un caso individual. La medida puede ser más o menos racional desde el punto de vista económico, pero no se individualiza. No se tiene en cuenta a cada sujeto, sino en su cualidad de pertenencia a un grupo. Por el hecho de pertenecer al grupo, tanto si el trabajador pueda ser a la larga rentable o no, se le coloca en una situación de desventaja. ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO muestran la paradoja de una supuesta decisión basada en la razón. Imagínese que la empresa tiene por política contratar a europeos del este y no contratar trabajadores subsaharianos por razones de formación profesional. Desde el punto de vista estadístico (racional) los europeos del este tienen un mayor índice de formación que los subsaharianos. Por lo tanto, cuando se procede a contratar a un trabajador habrá más probabilidad de que si se trata de un europeo del este tendrá más formación que un subsahariano. Así, *prima facie* podría parecer razonable contratar a europeos del este²³²¹.

Dicho ejemplo puede ser fácilmente adaptado al objeto de la presente investigación a efectos ilustrativos. Estadísticamente quizás los trabajadores subsaharianos, que casualmente son musulmanes o el empresario cree que los son por el mero hecho de ser subsaharianos, son menos rentables si se toma un período de tiempo determinado; extremo que puede venir determinado por muchas causas, por ejemplo, por razón de su menor formación profesional. Al empresario le será más fácil justificar frente a terceros, incluso frente a sus superiores si se trata de un mando intermedio, que la medida tomada se basa exclusivamente en datos racionales y objetivos de naturaleza económica.

²³²¹ ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO: "Nuevas reflexiones...", *op. cit.*, p. 1024.

Pero, como se ha dicho antes, lo más probable es que las motivaciones subjetivas reales del empresario a la hora de tomar la decisión nunca se sepan o se sepan parcialmente²³²². Lo que es claro es que dichas motivaciones subjetivas son irrelevantes al efecto de calificar como discriminatoria la concreta conducta, ya que dicha conducta puede ser deliberada o inconsciente, incluso derivada de la aplicación de pautas sociales relativamente impersonales, no es necesario que concorra un elemento intencional²³²³, menos desde el prisma del Derecho comunitario antidiscriminatorio²³²⁴. Cuando se despide a un trabajador porque sostiene determinada orientación sexual es indiferente cuál ha sido el motivo exacto (educación conservadora del empresario, malas experiencias respecto al comportamiento en el centro de trabajo de personas de la misma orientación...); lo decisivo es que el trabajador ha sido despedido por el hecho de ser de dicha orientación sexual, y ello configura una conducta discriminatoria. Además, difícilmente podrá ser acreditada la motivación o intención real del empresario, muchas veces ni siquiera será posible una mínima aproximación al elemento volitivo²³²⁵.

Para que exista discriminación es obvio que no es necesario que el rasgo que motiva tal discriminación haya de ser visible, como puede ser el origen racial o la convicción religiosa manifestada a través de la indumentaria; ni inmutable en el tiempo, como es una ceguera incurable; ni que no dependa de una elección personal²³²⁶. Puede ser un rasgo de la identidad o físico variable en el tiempo²³²⁷, no permanente y difícil de detectar si no

²³²² Que una carta de despido indique que se procede a extinguir el contrato de un trabajador determinado por causas económicas puede ayudar a descubrir en algún supuesto cuáles son los motivos reales de dicha extinción. Pero está claro que el empresario no expresará en la carta que, además, por ejemplo, ha pesado en la decisión de extinción contractual el hecho de tener la íntima convicción de que el trabajador pertenece o es partidario de cierta confesión religiosa.

²³²³ ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO: "Nuevas reflexiones...", *op. cit.*, p. 1021. En este sentido *vid. RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ: Igualdad y discriminación...*, *op. cit.*, p. 171.

²³²⁴ "Motivation is irrelevant in establishing direct discrimination, indirect discrimination or harassment. What matters is the discriminatory effect of the action; whether it was inflicted intentionally or unintentionally is of no importance". AAVV: *Migrants, minorities and employment...*, *op. cit.*, p. 49.

²³²⁵ En este sentido *vid. SÁNCHEZ – URÁN AZAÑA, Yolanda: "Despido y móvil discriminatorio: garantías, sustantiva y procesal, tras la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres". Actualidad Laboral, 2007, núm. 14, p. 1675.*

²³²⁶ En dicho sentido, se ha afirmado que "the fact that some aspects of our identity are indeed a matter of personal choice, or can in principle be changed or suppressed, should not be a reason for denying such characteristics the protection of discrimination law. Thus, for many, religion is a matter of personal choice; but does that mean that a person's religion should be a reason for discriminating against her?". FREDMAN: *Discrimination law...*, *op. cit.*, p. 131.

²³²⁷ Para una visión de las convicciones religiosas como rasgo de la persona: "La religión es personal en el sentido que no está necesariamente ligada ni a una cosmología, ni a una metafísica y, por tanto, a una interpretación doctrinal. La religión es un rasgo de la persona; y aunque pueda discutirse sobre rasgos, sus ventajas y su belleza no se pone en tela de juicio que son rasgos de la persona. La religión se convierte en religiosidad, esto es, está unida a la persona como su modo idiosincrático de ser y de vivir, de forma que realice éste su ser o llene su vida. Esto no significa que no haya grupos humanos más o menos homogéneos que no permitan clasificaciones entre religiones, pero las demarcaciones entre estos grupos no serán condicionadas tanto por doctrinas arcaicas acerca de la naturaleza del mundo, el destino humano en un más allá o la existencia de un Dios, como por las interpretaciones personales acerca de la vida y sentido para cada persona". PANIKKAR ALEMANY: "La religión...", en AAVV: *Filosofía de la religión...*, *op. cit.*, pp. 751-752. La idea apuntada por el citado autor es muy relevante a efectos jurídicos. En realidad lo que protege la prohibición a la no discriminación por razones religiosas no es la religión en sí, protección que es realizada de forma mediata o indirecta; lo que realmente protege la citada prohibición es la religiosidad del individuo, sus más íntimas convicciones (no cualquier opinión en materia religiosa),

se exterioriza, como es el estado de gestación o la pertenencia a un determinado sindicato²³²⁸; o puede ser una característica derivada de una elección personal, como la forma de vestir o la pertenencia a un partido político, aunque a veces es difícil discernir qué característica es fruto de una elección personal y cuál no. ¿La adhesión a una religión cuando se es menor de edad es fruto de la elección personal? o, por el contrario, ¿es resultado de la tradición y/o la educación familiar y la presión del entorno social?²³²⁹

Por ejemplo, el judaísmo ortodoxo entiende que la adscripción a dicha religión se realiza por nacimiento a través de la línea materna²³³⁰. Además, no ha de confundirse la presión familiar, la educación recibida, el peso de la tradición en un contexto concreto o la falta de libertad religiosa en un momento dado con el hecho de que sostener genuinamente (no sólo formalmente, aparentemente) unas convicciones religiosas haya de ser fruto necesariamente de una decisión individual. Nadie cree nada a la fuerza²³³¹. Desde un

tengan su fuente en normas religiosas siguiendo una ortodoxia preestablecida, o simplemente como fruto de la libre interpretación individual de la moralidad religiosa. No se protegen unos dogmas o cierta visión del mundo afirmada por una confesión religiosa, sino que se protegen las convicciones religiosas individuales de la persona, que pueden coincidir o no de forma perfecta, parcial o de ningún modo con dicha confesión.

²³²⁸ TOMEI: "Análisis de los conceptos...", *op. cit.*, p. 448.

²³²⁹ "Es evidente que no todo marcador identitario surge como fruto de una elección o de la posibilidad de una opción. Ciertamente el sujeto moderno es «homo eligens», pero no lo es menor que la «identidad» más básica del individuo no puede de suyo ser objeto de elección, sino precisamente precondición de cualquier elección u opción posible. De hecho, son precisamente los marcadores identitarios que el individuo recibe por nacimiento - y no puede cambiar - los que parecen merecer una mayor protección; se trata entonces de la raza, la etnia, la lengua. Algunos debates recientes versan precisamente (...) sobre si la religión se aproxima o no a esos marcadores heredados e indisponibles o si más bien es un marcador de débil protección jurídica, puesto que es de libre elección: se puede tener, se puede no tener, se puede cambiar, o se puede ignorar por completo". PALOMINO LOZANO: *Neutralidad del Estado...*, *op. cit.*, pp. 51-21. Desde un punto de vista netamente ateo se ha sostenido la gran presión social llevada a cabo por los creyentes (padres, líderes religiosos y políticos, etc.) para reproducir sus creencias de generación en generación y que obstaculizan la libre elección de dichas creencias: "Though the details differ across the world, no known culture lacks some version of the time-consuming, wealth-consuming, hostility-provoking rituals, the anti-factual, counter-productive fantasies of religion. Some educated individuals may have abandoned religion, but all were brought up in a religious culture from which they usually had to make a conscious decision to depart. The old Northern Ireland joke, «Yes, but are you a Protestant atheist or a Catholic atheist?», is spiked with bitter truth. Religious behaviour can be called a human universal in the same way as heterosexual behaviour can. Both generalizations allow individual exceptions, but all those exceptions understand only too well the rule from which they have departed". DAWKINS: *The God...*, *op. cit.*, p. 194.

²³³⁰ "La regla general y clásica es que se nace judío, según el principio de que es judío el nacido de madre judía. Los rabinos decidieron que era la madre quien transmitía la filiación religiosa, por evidentes razones de certeza judía. Sin embargo, el judaísmo reformador norteamericano admite en la actualidad la condición judía heredada por línea paterna: los hijos de padre judío y madre no judía pueden ser considerados judíos. Esta opción, con todo, ha sido rechazada tajantemente por los rabinos ortodoxos y por los conservadores". BUENO SALINAS y GUTIÉRREZ DEL MORAL: *Proselitismo religioso...*, *op. cit.*, p. 10.

²³³¹ Naturalmente, se insiste, que no hay que obviar el hecho, como hacen ciertos sectores liberales, que las condiciones materiales en un momento dado condicionen fuertemente al individuo para elegir o sostener ciertas ideas o determinada visión del mundo, como es el caso de las convicciones religiosas: "The real issue, and the reason religious commitments tend to receive disproportionate criticism, arises when the perception is that individuals do not have a choice in the commitment they make. For many, but certainly not all religious persons, commitments are like that: many religious persons are Muslim or Buddhist or Jewish because they are born that way and, therefore, they assume the religious commitments of their faith automatically. The degree of genuine exit privilege that a given person possesses varies broadly". HICKS: *Religion and the*

punto de vista empírico, pero sobre todo jurídico, ha de descartarse todo prisma determinista y optar por afirmar que la pertenencia a una religión es una opción personal, no predeterminada, fruto de la autonomía de las personas garantizada por los ordenamientos jurídicos democráticos²³³²; así como el hecho de seguir sosteniendo durante el tiempo determinadas convicciones religiosas, pues el derecho a la libertad religiosa garantiza precisamente la posibilidad de cambiar dichas convicciones de forma libre y cuando se desee. Si la adscripción, la permanencia o el cambio no se ejercitan en condiciones de libertad, incluso de forma independiente de las concretas normas o de la ortodoxia defendida por una institución religiosa determinada²³³³, simplemente se hablará de una vulneración del derecho a la libertad religiosa, no de la existencia de un

workplace..., *op. cit.*, p. 100. Desde el prisma jurídico (¡menos aún biológico o natural!), nadie nace siendo fiel a ninguna religión. Como mucho hay ciertos ordenamientos religiosos que sí lo prevén así, pero no el ordenamiento jurídico español. Obviamente, un niño o niña que nazca en el seno de una familia de determinada comunidad probablemente será educado de acuerdo con sus preceptos religiosos, pero ello no significa ningún "automatismo" en su recepción. La persona cuando tenga el grado de madurez necesario decidirá si los sigue manteniendo o no. Otra cosa es que por miedo o presión social, internamente se sostengan unas convicciones, y externamente se defiendan otras. Lo que sí resulta claro es que para sostener de forma consciente unas convicciones, la persona debe haberlas interiorizado y aceptado. Por eso la siguiente afirmación del mismo autor ha de ser matizada, pues para el Derecho lo que no se sostiene de forma voluntaria se sostiene por coerción: "*Usually commitments are neither fully voluntary nor fully constitutive. Even choices freely undertaken are made within certain constraints (for example, a person chooses to join a particular political party or a religious community, not out of complete or unencumbered choice, but within the context of the available options and in light of her own worldview shaped by her family and social history). Conversely, many, if not most, religious communities include some sort of ritual process by which young adults confirm their intention to be part of the religious community. Most commitments then, involve some, but not unlimited choice*" (p. 101).

²³³² "An autonomous person is part author of his own life. His life is, in part, of his own making. The autonomous person's life is marked not only by what it is but also by what it might have been and by the way it became what it is. A person is autonomous only if he has a variety of acceptable options available to him to choose from, and his life became as it is through his choice of some of these options. A person who has never had any significant choice, or was not aware of it, or never exercised choice in significant matters but simply drifted through life is not an autonomous person". RAZ: *The morality...*, *op. cit.*, p. 204. El rol del Derecho es permitir a la persona ser autónoma en lo posible, autodeterminarse. En el caso del derecho a la libertad religiosa, le debe permitir disfrutarlo de forma libre.

²³³³ El creyente es el único sujeto legitimado para hacer suyo un conjunto de convicciones, y es quien decide aceptar o no la autoridad o las normas emanadas de una autoridad religiosa, ya sea totalmente o en parte, pero sí así lo hace seguirá siendo el único y exclusivo titular del derecho a la libertad religiosa. En dicho sentido, se ha afirmado que "*no particular interpretation of religious truth can be acknowledged as binding upon citizens generally; nor can it be agreed that there should be one authority with the right to settle questions of theological doctrine. Each person must insist upon an equal right to decide what his religious obligations are. He cannot give up his right to another person or institutional authority. In fact, a man exercises his liberty in deciding to accept another as an authority even when he regards this authority as infallible, since in doing this he in no way abandons his equal liberty of conscience as a matter of constitutional law*". RAWLS: *A theory of justice...*, *op. cit.*, p. 217. El autor parte de la doctrina liberal que ve con gran recelo que una persona delegue en otras la toma de decisiones relativas a la esfera más privada. Si bien es cierto que la toma final de cada decisión es del ciudadano, así como es él quien decide qué convicciones hace suyas y no puede renunciar a la titularidad del derecho a la libertad religiosa al ser un derecho irrenunciable y personalísimo, si cabe aceptar que una autoridad o sujeto marque qué doctrinas y conductas son las correctas y que el ciudadano las siga libremente si esa es su decisión.

determinismo natural o social²³³⁴. De otra forma, no tendría sentido ni hablar de libertad individual, ni de la voluntad humana, e incluso se deberían revisar los conceptos de responsabilidad o de imputación de culpas²³³⁵. En el caso de los menores de edad la cuestión siempre es más problemática por razón de su especial vulnerabilidad y por la concurrencia de los intereses de los progenitores²³³⁶, por tal razón se ha dedicado un

²³³⁴ Asimismo en contra de la posición determinista: "Unless a strong form of determinism is true, holding that all our beliefs are subject to forces beyond our knowledge and control, religion must be a cardinal example of something we choose to be committed to. Even if we were born into a particular religious community, we, implicitly or explicitly, have to make a choice to continue as a believing member of it. The fact that some communities may not see things like that does not deny what most people see as an obvious and important truth. Whatever the corporate, communal, or institutional aspects of any religion, individuals have to commit themselves to it. Particular religious beliefs are not indelibly written within us. We do not have to be Catholics, Muslims, Hindus, or whatever. We can change religion, or repudiate all such commitment. Parallels with race, or even sexual orientation and disability, do not hold up. Our beliefs are the result of our free choice". TRIGG: *Equality, freedom...*, op. cit., p. 41.

²³³⁵ Si las personas tienen predeterminado el comportamiento y su voluntad en nada influye en la toma de decisiones, parece lógico que ninguna responsabilidad les pueda ser imputada por las consecuencias de sus actos. Por ello, no es de extrañar que a las mentes más conformistas les vaya bien aceptar las tesis deterministas: "Where there is no choice there is no anxiety; and a happy release from responsibility. Some human beings have always preferred the peace of imprisonment, a contented security, a sense of having at last found one's proper place in the cosmos, to the painful conflicts and perplexities of the disordered freedom of the world beyond the walls". BERLIN: *Four essays...*, op. cit., pp. 111-112. Las personas a quienes les gusta ser dueñas de su futuro son aquellas que toman la decisión de hacer suyas ciertas creencias, religiosas o no, de forma libre, consciente, reflexionada, que guían desde entonces sus actos y que, por tanto, pasan a ser parte de sus convicciones o la totalidad de ellas. Y mediante el mismo acto libre, consciente y reflexionado, pueden cambiar en un futuro totalmente de opinión o de reformular parcialmente dichas creencias. En ese caso, el ser humano puede ajustar su conducta a sus creencias y aceptar cabalmente las consecuencias y las eventuales responsabilidades, jurídicas y morales. Sin libertad, si concurre un inexorable determinismo, difícilmente concurrirá responsabilidad. No se puede imputar a alguien la responsabilidad por unas consecuencias jurídicas cuando no es dueña de sus actos.

²³³⁶ Así, en el caso de los niños de menor edad se han alzado voces autorizadas contrarias a que sean etiquetados como "cristianos", "judíos", "musulmanes" o con la convicción que sea, dado su evidente grado de inmadurez, que le impiden posicionarse en temas tan complejos como el cosmos, la vida o la moral. DAWKINS, Richard: *The God delusion*. 1ª edición. Londres: Black Swan, 2007, pp. 381-382. Dicho autor pone en evidencia que si bien se tiende a etiquetar a los menores según las convicciones religiosas de sus padres, obviamente no se habla de "niños liberales" o de "niñas demócratas" (se podría añadir aquí, aunque el autor no lo diga expresamente, que tampoco se habla de niño "ateo" o de niña "agnóstica", porque probablemente refleja el consenso común existente que para sostener dichas convicciones debe disfrutarse de un mínimo de madurez intelectual). Si se evita etiquetar a los menores según las creencias de sus padres se enfatizará que dependerá de sus futuras elecciones el seguir determinadas creencias o ninguna; se realza que ha de optarse de forma libre cuando se alcance la madurez suficiente. Al respecto, es interesante citar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 US 205 (1972), en la que se discute la necesidad o no de escolarizar a los menores de edad de una comunidad religiosa muy cerrada, cual es la amish. No sin votos disidentes, el Tribunal decide eximir a los padres de dicha comunidad de escolarizar a sus hijos respecto a parte de la etapa durante la cual la escolarización es obligatoria. En un voto disidente se enfatiza la necesidad de tomar en cuenta la opinión del menor más allá de la de los padres: "Religion is an individual experience. It is not necessary, nor even appropriate, for every Amish child to express his views on the subject in a prosecution of a single adult. Crucial, however, are the views of the child whose parent is the subject of the suit". Así, la libertad de decidir ha de corresponder al menor: "On this important and vital matter of education, I think the children should be entitled to be heard. While the parents, absent dissent, normally speak for the entire family, the education of the child is a matter on which the child will often have decided views. He may want to be a pianist or an astronaut or an oceanographer. To do so he will have to break from the Amish

apartado de la presente investigación al ejercicio del derecho a la libertad religiosa por los menores; aunque en el caso de los menores - trabajadores en general si prestan servicios es porque probablemente disfrutarán de la suficiente capacidad de discernir qué valores entienden que son los correctos y ejercerán por lo tanto su derecho a la libertad religiosa. Cuanto más secularizada y pluralista es una sociedad, como es el caso de la sociedad española, y a ello se añade la plena vigencia del derecho a la libertad religiosa, la profesión de una creencia religiosa o la no profesión de creencia alguna pasa a ser en mayor grado una cuestión de elección u opción personales²³³⁷.

Si se aplican dichos criterios a la situación de un trabajador perteneciente a una confesión religiosa, es evidente que la situación es parecida a la de un trabajador que pertenece a un determinado sindicato, pues se trata de una condición que puede variar en el tiempo (precisamente la libertad religiosa permite al creyente cambiar en cualquier momento de creencias o no creer en ninguna religión desde un momento dado) y dicha condición es difícil de detectar por el empresario o los compañeros de trabajo si no se exterioriza. No obstante, en el caso del trabajador perteneciente a un sindicato, normalmente por la evidente relación que tienen los sindicatos con el mundo laboral, será

tradition". Más recientemente en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Elk Grove Unified School District v. Newdow*, 542 US 1 (2004) se ha analizado un supuesto de hecho en el que existe una controversia entre dos progenitores divorciados respecto a la educación de su hija. Él, ateo, considera que la escuela pudiera estar inculcando a su hija menor de edad desde un punto de vista cristiano; ella, creyente cristiana, se opone a la postura del otro progenitor: "*Each day elementary school teachers in the Elk Grove Unified School District (School District) lead their classes in a group recitation of the Pledge of Allegiance. Respondent, Michael A. Newdow, is an atheist whose daughter participates in that daily exercise. Because the Pledge contains the words «under God» he views the School District's policy as a religious indoctrination of his child that violates the First Amendment*". De forma gráfica el Tribunal evidencia los intereses en juego, especialmente los de la menor de edad: "*This case concerns not merely Newdow's interest in inculcating his child with his views on religion, but also the rights of the child's mother as a parent generally and under the Superior Court orders specifically. And most important, it implicates the interests of a young child who finds herself at the center of a highly public debate over her custody, the propriety of a widespread national ritual, and the meaning of our Constitution*".

²³³⁷ En las sociedades abiertas, modernas, con grandes poblaciones, y donde existe mucha movilidad, la religión deja de ser un hecho incontestable, omnicompreensivo, para pasar a ser una creencia: "*Imagine you are born into a small stable society - the anthropologist's tribe by the lagoon - in which everyone believes that giant squid is God. Every important life-event (births, marriages, deaths, and so on) has attached to it Squid-worshipping events. Every day, in hundreds of small bits of interaction, the divinity of the Squid is evidenced by such things as explaining bad weather by the anger of the Squid and causally dropping «The Squid be blessed» into conversation. In such a world, the idea that the Squid is God is not a belief; it is a fact. It is just how the world is and is nearly incontestable for anyone raised in that society. Now imagine that a sudden increase in population and in the ease of travel means that the Squid tribe comes into contact with three or four other civilizations, none of which worships the Squid. Suddenly the divinity of the Squid is not a fact; it is a belief and it is a belief that is earnestly contested. The Squid tribe may still have faith in the Squid and may even start missionary societies to convert the others to Squid worship, but they can never return to the earlier condition of a naïvely taken-for-granted-world-view*". BRUCE: *Religion in the modern...*, op. cit., p. 45. De ahí que la elección de la religión, que consiste en una creencia, se haya convertido en las sociedades modernas en una preferencia, una opción. Otro autor se afirma en dicha posición en los siguientes términos: "*What until moderately recently was simply imposed (with all the negative connotations of this word), or inherited (a rather more positive spin) becomes instead a matter of personal choice. I go to church (or to another religious organisation) because I want to, maybe for a short period or maybe for longer, to fulfill a particular rather than a general need in my life and where I will continue my attachment so long as it provides what I want, but I have no obligation either to attend in the first place or to continue if I don't want to*". DAVIE: *Europe: The exceptional...*, op. cit., p. 148.

más fácil de detectar su condición: participación en huelgas, descuento de las cuotas sindicales en la nómina, apoyo a determinada candidatura a la representación de los trabajadores, etc. Es más fácil que las convicciones religiosas de un trabajador no se hagan evidentes durante el desarrollo de la relación laboral que en el mencionado supuesto, aunque el elemento que las delata con mayor facilidad es lógicamente la estética e indumentaria religiosa. Además, por motivos de intimidad y respeto al art. 18.1 y 4 CE el empresario no debería estar en posesión de bases de datos que incluyan características ajenas al normal desarrollo del trabajo. Naturalmente, hay religiones o creencias que se hacen más evidentes de cara al exterior que otras. Por ejemplo, la pertenencia a la masonería, por razones obvias, será difícilmente detectable por el empresario.

El eventual argumento empresarial consistente en que no han sido despedidos todos los trabajadores que configurarían la categoría social y que, por lo tanto, no se ha producido discriminación alguna o, lo que es lo mismo, que hay trabajadores miembros de determinadas confesiones religiosas que no han sido afectados por la medida empresarial, sería un argumento dirigido a demostrar la inexistencia de una verdadera categoría social. Un contraargumento fácilmente oponible sería el siguiente. En una empresa trabajan cien trabajadores “blancos” y cien trabajadores de “otras razas”. Hay un cambio en la dirección y ésta decide despedir a cincuenta trabajadores debido a un supuesto bajo rendimiento de dichos trabajadores. De estos cincuenta trabajadores el 100% son miembros de la categoría “otras razas”. Aunque, desde un punto de vista absoluto, no se haya despedido el 100% de los trabajadores de la categoría “otras razas” pertenecientes a la plantilla, se pueden apreciar serios indicios de discriminación, pues, en términos relativos, la totalidad de los trabajadores afectados por la medida pertenecen a una categoría social determinada.

Se trata de un supuesto que, de diferentes maneras, puede presentarse en una empresa y que se erige como una conducta discriminatoria indirecta. Imagínese una empresa donde existe la implantación de tres sindicatos. Dos mayoritarios y uno minoritario. Se ejecuta un procedimiento de despido colectivo que afecta a cien de dos mil quinientos trabajadores que forman la plantilla. De los cien trabajadores afectados, la mitad no están afiliados a ningún sindicato y la otra mitad están afiliados a alguno de los tres sindicatos. De los afiliados se decide incluir a veinte afiliados de un sindicato mayoritario y a veinte del otro asimismo mayoritario, y “sólo” diez del sindicato minoritario. Pero resulta que el sindicato minoritario tiene un total de doce afiliados en la empresa, mientras que los otros dos tienen trescientos afiliados cada uno. En términos absolutos se podría argumentar que la medida no es discriminatoria, pues de los trabajadores afectados y afiliados a un sindicato, han afectado en un porcentaje mayor a los sindicatos mayoritarios (cuarenta de cincuenta trabajadores afiliados, un 80%), mientras que “sólo” han sido afectados diez trabajadores del sindicato minoritario (diez de cincuenta, un 20%). Sin embargo, si se analiza la medida en términos relativos se podrá apreciar cuál es la afectación real. En el caso de los sindicatos mayoritarios se ha despedido a veinte trabajadores de trescientos afiliados que tiene cada uno (el 6,67% del total de afiliados), mientras que en el caso del sindicato minoritario, que probablemente es el más “molesto” para la empresa y para los

dos sindicatos mayoritarios, se ha despedido a diez trabajadores de los doce afiliados que tenían (el 83,34%)²³³⁸.

Un segundo argumento a oponer para demostrar la irrelevancia de que no se haya despedido a todos los trabajadores pertenecientes a la categoría social y en aras a probar la discriminación se encuentra en la posibilidad de que dicha categoría o grupo social afectado sea flexible. Es posible que dentro de la categoría haya subgrupos a los que se otorgue un trato diferencial, pero siempre dentro del marco de dicha categoría; o simplemente se produzca la intersección de dos categorías sociales diferentes que ambas conlleven asimismo la discriminación (discriminación múltiple)²³³⁹. Ello puede ser

²³³⁸ Dicho criterio es el acogido por la STSJ de Cataluña nº 6975/2006, de 19 de octubre (AS 2006, 3250) a la hora de apreciar indicios de discriminación en la afectación de unos trabajadores afiliados a un sindicato minoritario en el contexto de un expediente de regulación de empleo. En opinión del órgano jurisdiccional *"para poder apreciar si existen o no indicios de discriminación por razón de la afiliación a un determinado sindicato no deben compararse en términos absolutos el número de afiliados a uno u otro sindicato que han visto extinguidos sus contratos, sino en términos relativos"* (Fundamento de Derecho Quinto). Las SSTSJ de Cataluña nº 7015/2006, de 20 octubre (AS 2007, 1212), nº 7774/2006, de 10 de noviembre (JUR 2007, 251500), nº 8479/2006, de 30 de noviembre (JUR 2007, 255826) y nº 2403/2007, de 29 de marzo (AS 2007, 2670) resuelven supuestos análogos derivados del mismo conflicto laboral. Las SSTS de 27 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 2522) y de 24 de enero de 2008 (RJ 2008, 2559) dictadas en unificación de doctrina, aprecian falta de contradicción y confirman las SSTSJ de Cataluña y ponen de relieve la importancia de que la empresa conozca la afiliación del trabajador a un sindicato minoritario para poderse apreciar la concurrencia de indicios de discriminación. En ambos supuestos se alega la STSJ de Madrid nº 138/2006 de 7 febrero (JUR 2006, 98379) como sentencia de contradicción, en la que el empresario desconocía la afiliación sindical. Otro ejemplo de la idea expuesta es posible encontrarlo en la STSJ de Cantabria nº 157/2009, 25 de febrero de 2009 (AS 2009, 1081). Dicha sentencia ratifica el criterio seguido por el Juzgador *a quo*, quien afirma que la extinción objetiva operada, a pesar de la justificación neutra ofrecida por la empleadora, tiene lugar en un contexto donde concurren unos claros indicios de discriminación indirecta por causa del sexo de las afectadas, por lo que acaba declarando la nulidad del despido. Así, el Tribunal Superior de Justicia considera procedente la inversión de la carga de la prueba *"por la manifiesta desproporción de la decisión empresarial que afecta a ocho mujeres y un hombre, cuando la línea de producción que se cita en la carta, que funda el despido, es de dos mujeres (de las dos se extingue su contrato), y siete hombres (de los que se extingue el contrato de uno solo, el ocupado en mantenimiento, según hecho probado décimo). Junto con la también manifiesta desproporción del resto de plantilla, que antes y después de las extinciones contractuales acordadas, es también, de mayor predominio de varones sobre mujeres"*. Y más adelante se concluye que la empresa, a pesar de utilizar un criterio supuestamente neutro, *"como es la libre elección de los trabajadores que pierden su empleo, entre los que se enmarca el despido de la actora, en virtud de una causa objetiva de producción, afectante a la plantilla, y la opción por un criterio de menor antigüedad y polivalentes"*, resulta que *"está perjudicando a un colectivo, el de mujeres, en situación de desigualdad respecto del número de hombres en la plantilla total de la empresa y en la sección de batidos que desaparece en el centro, en el que también eran minoría las mujeres"*, es decir, *se trata de una práctica discriminatoria indirecta"* (Fundamento de Derecho Segundo). En la SAN nº 106/2012 de 28 septiembre (AS 2012, 2515) se aplica nuevamente el criterio en relación a un expediente de regulación de empleo extintivo (Fundamento de Derecho Decimocuarto) y los despidos que afectan a un sindicato mayoritario en el centro de trabajo donde se producen más afectaciones.

²³³⁹ La noción de "discriminación múltiple" puede ser definida del siguiente modo: *"refers to situations in which two or more grounds of discrimination add up – the more a person deviates from the norm, the smaller are her/ his chances to be, for example, appointed for a job.364 Thus, a migrant or ethnic minority woman may be put at double disadvantage in comparison to her competitors because she is a woman and because of her ethnic background"*. AAVV: *Migrants, minorities and employment...*, op. cit., p. 73. En dicho supuesto, los diferentes motivos de discriminación son acumulativos, y pueden ser tratados de forma separada. Pero también puede hablarse de "discriminación transversal" (*"intersectional discrimination"*): diversos motivos de

debido a muchas razones. Una de ellas puede ser la consecuencia de la intersección entre “categorías primarias”. Por ejemplo, en la empresa se puede dar un trato diferencial, por un lado, a las mujeres y, por otro, a los trabajadores de creencias evangélicas, conformándose dos categorías sociales diferentes. Probablemente, si una trabajadora, que forma parte de la primera categoría a la que se le da un trato peyorativo, se convierte a una confesión de tipo evangélico, segunda categoría, el trato diferenciador sea previsiblemente peor que el del resto de integrantes de la categoría de “trabajadores evangélicos”. Quizás, si el empresario tiene la intención de despedir a varios de los trabajadores evangélicos porque está convencido que de esta manera ganará en rentabilidad (por ejemplo, porque cree que sus deberes religiosos les impiden la misma disponibilidad para el trabajo que en el caso del resto de trabajadores), elija precisamente a mujeres, que no formarán el 100% de los integrantes de la categoría afectada. Ello explicaría por qué no son despedidos todos los trabajadores evangélicos; pero, todo y así, la conducta sería claramente discriminatoria. El efecto devastador para los individuos en que concurren dos o más factores de discriminación ha sido comprobado empíricamente en numerosas ocasiones²³⁴⁰.

La experiencia indica que no se trata de una mera acumulación de dos factores de discriminación, ya que el resultado es cualitativamente distinto²³⁴¹, por lo que se puede hablar de discriminación transversal o *intersectional discrimination*. Si, por ejemplo una trabajadora inmigrante es discriminada por ser mujer y por profesar determinadas creencias religiosas de forma acumulativa, la desventaja sufrida por dicha trabajadora no será la misma que la sufrida por un trabajador que profese las mismas convicciones religiosas u otra trabajadora que profese las convicciones religiosas mayoritarias²³⁴².

discriminación están interconectados y constituyen una única situación que es distinta de cualquier forma simple de discriminación. La situación producida es cualitativamente diferente, no se trata de una mera acumulación de factores.

²³⁴⁰ Un ejemplo de ello lo ha constatado la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales: "Available data indicates that migrant and minority women occupy the least-paid and least-skilled jobs in the most marginalised segments of the labour market. Often, their employment opportunities are restricted to work in the domestic sphere, with a high risk of insecurity and, often, irregular working conditions. In addition, discrimination experiences of migrant and minority women are different according to the various social and legal positions they occupy and to the attitudes of the majority population they are confronted with". AAVV: *Migrants, minorities and employment...*, op. cit., p. 9.

²³⁴¹ Respecto al mercado de trabajo a veces es difícil determinar las causas de exclusión cuando concurre una acumulación de factores, según demuestra un estudio empírico llevado a cabo en Inglaterra y Gales: "It is also true that it may be tradition, rather than religious belief per se, that influences attitudes to female labour force participation and childcare. It may also be misleading to label behaviour, such as presumably voluntary adherence to a particular religion, as a cause of economic disadvantage. The interaction between (choice of) religion and labour market success is clearly deserving of further research, a point that is emphasised by the, perhaps surprising, finding that White Muslims also experience an employment penalty, other things being equal". CLARK, Ken y DRINKWATER, Stephen: *Ethnic minorities in the labour market. Dynamics and diversity*. 1ª edición. Manchester: University of Manchester, 2007, pp. 48-49.

²³⁴² FREDMAN: *Discrimination law...*, op. cit., pp. 139-143. La autora describe un ejemplo de la jurisprudencia estadounidense, concretamente el caso *DeGraffenreid v. General Motors Assembly Division*, 413 F Supp 142 (US Federal Court of Appeals). En el supuesto enjuiciado unas trabajadoras de raza negra eran despedidas con preferencia a los trabajadores negros y a las trabajadoras blancas. La causa de discriminación no es la raza o el género, sino ambos factores de forma acumulativa. Por otro lado, en el Reino Unido se ha detectado los efectos perversos de la conjunción "mujer" más "origen étnico extracomunitario", por ejemplo, en relación a las trabajadoras del Pakistán y Bangladesh. De este modo, la relación laboral puede convertirse para las mujeres inmigrantes en un ámbito aún más hostil que para las mujeres inglesas o los

Incluso dentro de una misma categoría, la valoración subjetiva de sus integrantes por parte del empresario puede variar dependiendo de los estereotipos o variables utilizados. Así, se ha puesto de manifiesto que la discriminación que sufrían los judíos en la Alemania nazi era de varios grados. Dentro de la categoría social de los "judíos" había miembros que eran titulares de un "certificado de raza pura"²³⁴³. No por ello dejaban de pertenecer a la categoría "judíos", ni dejaban de ser discriminados. Simplemente, las autoridades nazis no observaban el mismo grado de desprecio respecto todos los miembros de la categoría. Ello significa que la categoría social de "judío" en la Alemania nazi no era una categoría inflexible, sino elástica. Esta idea, aplicada al contexto social de una empresa, naturalmente *mutatis mutandis*, significa que pueden existir varias razones por las que el empresario otorgue un trato diferenciado de discriminación incluso dentro de la categoría de "trabajadores de determinada confesión religiosa"²³⁴⁴.

Imagínese que se nombra en un taller de confección se contrata a un nuevo capataz que desprecia de forma visceral a cualquier trabajador que sea partidario de una religión, cualquiera que sea. El citado capataz, según los datos que le constan y de acuerdo con sus estereotipos, considera que un trabajador determinado no rendirá de forma óptima por ser musulmán y que el mantenimiento de este empleado en plantilla es una "carga" económica que la empresa no puede asumir. En dicha situación pueden encontrarse cuatro empleados más. Sin embargo, el primer trabajador es yerno del director de recursos humanos, por lo que se decide dar un margen de oportunidad a dicho trabajador para demostrar que, dentro de lo posible (y según su visión estereotipada de la realidad), es capaz de ser más o menos rentable, y despedir a los otros cuatro trabajadores. Este trato diferencial y el hecho de que no sean despedidos todos los trabajadores en la

trabajadores de su mismo origen étnico: "Workplace culture is alien and can be hostile, specially when entails long hours or time away from home or drinking with colleagues and clients. While these issues affect al women, they may be particularly burdensome for women from Pakistan and Bangladeshi communities, who tend ro have larger families and may, for religious or cultural reasons, prefer not to socialize in these ways" (p. 59). Según un estudio de campo, las trabajadoras marroquíes son doblemente discriminadas por lo que a veces acuden al denominado empresariado étnico como fuente de ocupación: OSO CASAS y RIBAS MATEOS: "Empresariado étnico y relaciones de género...", op. cit., ", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., p. 224. La Agencia Europea para los Derechos Fundamentales enfatiza el supuesto típico de discriminación transversal cuando el género femenino se cruza con otros motivos de discriminación: "Migrant and minority women may be even more vulnerable to discrimination in employment than majority women or migrant and minority men. They experience discrimination not only due to their gender, but may be subject to multiple discrimination on several grounds, such as gender and ethnic or national background, legal status, skin colour, religion, etc. Their experiences of discrimination may therefore be qualitatively different from the experiences of their male counterparts". AAVV: *Migrants, minorities and employment...*, op. cit., p. 73.

²³⁴³ ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO: "Nuevas reflexiones...", op. cit., p. 1017.

²³⁴⁴ Por ejemplo, en el mercado de trabajo almeriense, dominado por los trabajadores inmigrantes que prestan servicios en los invernaderos ("agricultura bajo plástico"), se ha detectado que en su sector secundario (el formado por los empleos peor pagados, con las condiciones de trabajo más adversas, donde existe más inestabilidad en el empleo, donde la movilidad laboral es más alta, etc.) se ha producido etnodiscriminación. Es decir, los empresarios agrícolas han preferido sustituir los trabajadores africanos por ecuatorianos y rumanos. Los trabajadores marroquíes han sufrido los efectos perniciosos de la desregulación por ser el sector de población trabajadora más mayoritario y por falta de oportunidades socioeconómicas. ARJONA GARRIDO: "Emprendedores étnicos...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., p. 159. Es decir, dentro la categoría "trabajadores agrícolas inmigrantes del sector secundario" se produce a su vez una diferenciación entre colectivos según su origen.

misma situación no significa que no exista la categorización social, sino que ésta posee un cierto grado de elasticidad, no es una categoría totalmente rígida.

Además, el hecho de tomar medidas desfavorables contra unos cuantos trabajadores de cierta confesión religiosa, y no contra todos ellos, puede ser debido, no a la falta de un trato desfavorable o la real existencia de una categoría social, sino a la utilización de tal medida por parte del empresario como "advertencia" o instrumento de presión para que los trabajadores de determinada confesión religiosa no ejerzan los derechos ligados a la libertad religiosa (por ejemplo, una pausa establecida en el convenio colectivo para cumplir con las obligaciones de rezo). Dicha medida utilizada como instrumento de presión puede conllevar como consecuencia que los trabajadores de la confesión religiosa que se trate no exterioricen sus creencias, eviten toda conducta proselitista o, en definitiva, teman llevar a cabo cualquier manifestación externa de su religión más allá de su fuero interno o del ámbito de los trabajadores que conforman la misma categoría²³⁴⁵. Es más, por dicha razón, los efectos discriminatorios no sólo afectan a los trabajadores que han sido objeto de la medida empresarial, sino también a los demás trabajadores de la misma categoría. Por lo tanto, se puede distinguir entre una afectación directa y una afectación indirecta o grupal. Esa afectación grupal incluso podría trascender los límites del centro de trabajo, si, por ejemplo, son aplicadas también de forma coordinada por otros empresarios del sector económica que se trate (por ejemplo, entre los empresarios de la recolección de cierta fruta en una zona geográfica concreta o entre los empresarios que forman parte de un asociación patronal que haya decidido aplicar un "protocolo" al respecto y de acuerdo con la voluntad de sus miembros).

En conclusión, para averiguar si se está ante una conducta discriminatoria, y al contrario de lo que demuestra con frecuencia la práctica judicial en materia de libertad religiosa, se debe comprobar si se ha producido efectivamente una adscripción a la categoría o grupo

²³⁴⁵ Quizás el miedo y/o la falta de confianza en el ordenamiento jurídico (probablemente junto al desconocimiento de los derechos e instrumentos jurídicos a su disposición, dado que muchos trabajadores con creencias minoritarias son de origen inmigrante) pueden explicar la baja litigiosidad existente hasta el momento, que no se conjuga bien con la creciente heterogeneidad de la sociedad europea. Otra explicación plausible es que frecuentemente se solapan varias causas de discriminación al mismo tiempo: *"Dando de lado la singular situación que afecta a ciertas minorías religiosas en países que han vivido, en época contemporáneas, históricos conflictos religiosos, puede convenirse que, al menos hasta el presente, la religión o, más en general, las convicciones religiosas o arreligiosas, entendidas como una de las causas «odiosas» de discriminación, han tenido una escasa incidencia en el ámbito de las relaciones laborales. Y aunque no debe descartarse la existencia, en las sociedades europeas, de prácticas discriminatorias laborales en las que, muy a menudo, el motivo religioso queda absorbido por, o embebido en, otros motivos, como pueden ser, de manera destacable, los de carácter racial o étnico, el hecho religioso no suele trascender del fuero interno de los trabajadores y, por lo mismo, rara vez éstos precisan activar las líneas de defensa que les brinda el principio de no discriminación"*. VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa y contrato...", en AAVV: *Las transformaciones del derecho...*, op. cit., p. 570. Fruto de las antedichas reflexiones, lo que cabría preguntarse en puridad son las razones por las cuales las creencias religiosas de los trabajadores, a diferencia de lo que ocurre en otros países como Estados Unidos o Canadá, "no trascienden del fuero interno" cuando el derecho a la libertad religiosa y la plena vigencia, aunque con modulaciones, de dicho derecho en la relación laboral es desde un punto de vista dogmático incontestable. ¿Quizás es que las prácticas discriminatorias neutralizan el ejercicio del derecho en sede laboral, especialmente cuando afecta a trabajadores muchas veces de origen inmigrante y con necesidades económicas acuciantes?, ¿o cuando afecta a trabajadores cualificados resulta que socialmente parece inaceptable la discriminación racial o por razones de género, pero la discriminación por razón de creencias religiosas aun es vista como algo artificioso o fuera de lugar en las empresas "neutrales"?

social. Una categoría social con unos rasgos distintivos, ya sean objetivos o subjetivos, reales o imaginarios. En segundo lugar, se debería probar que la medida empresarial que conforma el trato desfavorable es consecuencia directa de la pertenencia del trabajador o trabajadores al citado grupo. Desde el punto de vista probatorio debería acreditarse la relación de causalidad entre la pertenencia al grupo y la afectación efectiva de la medida empresarial (ámbito subjetivo de aplicación), o, como mínimo, ofrecer una prueba indiciaria suficiente (por ejemplo, STC 90/1997, de 6 de mayo, BOE 9 de junio de 1997, sobre la inversión de la carga de la prueba). Una prueba muy útil al respecto podría ser la prueba estadística, que adquiere una gran relevancia en el supuesto de la discriminación indirecta.

2.3. El concepto de dignidad

Pero eso no es todo. Para no confundir una conducta contraria al principio general de igualdad con una verdadera conducta discriminatoria se debe estar al resultado producido, como segundo y último elemento. Dicho resultado, anudado en el presente caso a la medida empresarial, debe ser necesariamente desfavorable, adverso o peyorativo para el individuo o grupo afectado, y ha de suponer la degradación de su posición en relación al resto, con lesión de su dignidad. De este modo, la afectación de la dignidad humana posee un papel central a la hora de superar las limitaciones de la igualdad formal²³⁴⁶. La sustitución de la racionalidad por la dignidad en los textos legales es relevante porque la dignidad se predica de toda persona por el sólo hecho de serlo, sin graduaciones posibles (si se es persona se posee dignidad necesariamente)²³⁴⁷; en

²³⁴⁶ Una mera igualdad formal era la que permitía, por ejemplo, la segregación racial en los Estados Unidos. Es el caso de la prohibición de matrimonios interraciales. Dicha prohibición afectaba igualmente a ciudadanos blancos y a ciudadanos negros; pero si bien en apariencia parecía existir simetría entre ambos grupos de ciudadanos, lo cierto es que la realidad era que existía una separación entre razas motivada por el concepto de "supremacía racial blanca. NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, op. cit., p. 229. La sentencia del Tribunal Supremo *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967) es muy ilustrativa sobre cuán precaria puede ser la aplicación efectiva del principio de igualdad y la prohibición de discriminación cuando sólo se atienden a elementos formales. Dicho caso partía de la condena de un año de cárcel impuesta en el Estado de Carolina a dos cónyuges por haber contraído un matrimonio prohibido por las leyes de dicho Estado: él era de raza blanca y ella de raza negra. El Juez inferior utilizó un argumento de tan poco calado jurídico, pero sí directamente influenciado por tesis religiosas de naturaleza fundamentalista, como el siguiente: "*Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And but for the interference with his arrangement there would be no cause for such marriages. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix*". El Tribunal Supremo rechazó los términos de la legislación estatal del siguiente modo: "*There is patently no legitimate overriding purpose independent of invidious racial discrimination which justifies this classification. The fact that Virginia prohibits only interracial marriages involving white persons demonstrates that the racial classifications must stand on their own justification, as measures designed to maintain White Supremacy. We have consistently denied the constitutionality of measures which restrict the rights of citizens on account of race. There can be no doubt that restricting the freedom to marry solely because of racial classifications violates the central meaning of the Equal Protection Clause*".

²³⁴⁷ "*To say that every human being has «inherent dignity» is to say that the fundamental dignity every being possesses, she possesses not as a member of one or another group (racial, ethnic, national, religious, etc.), not as a man or a woman, not as someone who has done or achieved something, and so on, but simply as a human being. To say that every human being has «equal» inherent dignity is to say that having inherent dignity is not a condition that admits of degrees. Just as no pregnant woman can be more - or less - pregnant than another pregnant woman, no human*

cambio la racionalidad en un pasado no tan remoto se había negado, sin ánimo de exhaustividad, a las mujeres, a las personas de raza negra o a los menores de edad²³⁴⁸.

Como ya se apuntó al destacar los requisitos que caracterizan la definición de “discriminación” a los efectos de este trabajo, el concepto de dignidad ocupa un lugar central en las normas antidiscriminatorias supraestatales, y especialmente en relación al derecho de libertad religiosa, aunque no sea definido en ellas. Por ejemplo, el art. 1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 está dedicado expresamente a la dignidad humana: “*La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida*”. Por otro lado, el art. 2 del Tratado de la Unión Europea enfatiza el valor de la dignidad humana: “*La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres*”.

En el sistema constitucional español la dignidad no posee un valor menor que en la legislación supraestatal. De esta manera, para el Tribunal Constitucional “*la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)*” (STC 173/1994, de 7 de junio, BOE 9 de julio de 1994, Fundamento Jurídico Tercero). La importancia otorgada a la dignidad por la Constitución Española y su máximo intérprete, el Tribunal Constitucional, no constituye ninguna excepción en el Derecho Constitucional comparado²³⁴⁹. La Constitución alemana, que tiene muy presentes sus antecedentes

being can be more - or less - inherent dignity than another human being”. PERRY: “Christianity and human...”, en AAVV: *Christianity and law...*, op. cit., p. 238.

²³⁴⁸ FREDMAN: *Discrimination law...*, op. cit., pp. 19-20. Para dicha autora “*the value attached to individuals simply by virtue of their humanity logically connotes that all are entitled to equal concern and respect*”. Se resalta el valor de la dignidad en pp. 227-230.

²³⁴⁹ Se puede encontrar una breve referencia de Derecho Constitucional comparado centrada en la posición que ocupa la dignidad en diferentes sistemas constitucionales en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español”. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri – Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 1995, núm. 43, pp. 49-54. Se ha criticado que la dignidad de la persona en España queda “*disuelta en la relación heterogénea de postulados y principios que conforma el art. 10.1 de la Constitución, en absoluto orientada a realzar la función constitucional de la garantía de la dignidad*”. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 80-81. Para dicho autor, en España, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, se configura la dignidad como un valor instrumental, no autónomo (pp. 91 y ss). Para examinar la configuración germánica de la dignidad *vid.* especialmente pp. 25-71. En referencia al sistema constitucional español, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al tratar de un caso de despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, afirma que “*la dignidad de la persona, la dignidad humana, en el sistema de valores de la Constitución, constituye la base última de la convivencia democrática, de tal forma que la democracia constitucional no resulta viable si no se adopta como criterio de orientación permanente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, cuyo respeto es el fin último del Estado democrático de Derecho, respecto al que los Tribunales venimos especialmente obligados como parte integrante de uno de los poderes del Estado (art 117.1 CE)*” (STSJ de Madrid nº 632/2006, de 18 de julio, JUR 2006, 279688, Fundamento de Derecho Décimo). Respecto a la importancia de la dignidad en los sistemas jurídicos democráticos, no debe perderse de vista que el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reza de la siguiente manera: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales*

históricos contemporáneos, le dedica a la dignidad el artículo 1.1: “*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*”²³⁵⁰. Dicha configuración normativa, que instituye la dignidad como un derecho autónomo, fue recogida casi literalmente en el citado artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Al respecto, la STJUE de 14 de octubre de 2004, asunto 36/02, caso Omega spielhallen– und automatenaufstellungs– gmbh y Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn (TJCE 2004, 377), aclara que “*el ordenamiento jurídico comunitario trata innegablemente de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del Derecho. Por tanto, es indudable que el objetivo de proteger la dignidad humana es compatible con el Derecho comunitario, siendo irrelevante a este respecto que, en Alemania, el principio de respeto de la dignidad humana goce de un régimen particular como derecho fundamental autónomo*” (34).

Los principios de normatividad y de unidad de la Constitución obligan a que, de acuerdo con el artículo 10.1 CE, los derechos fundamentales, entre ellos el principio de no discriminación, deban ser interpretados de manera evolutiva y dinámica: por lo que el art. 10.1 CE tiene una gran relevancia para garantizar la eficacia de dichos derechos entre los sujetos privados²³⁵¹, también en la relación laboral²³⁵². No obstante, a pesar de que buena parte de nuestra cultura jurídica reposa sobre la noción de “dignidad”, y que precisamente la defensa de la vigencia de los derechos fundamentales va dirigida a preservar la dignidad de la persona, no se encuentra en el ordenamiento ningún tipo de definición de qué deba entenderse por dicho concepto, que encuentra su sustrato histórico en diferentes contextos.

Sobre la dignidad se han realizado aportaciones desde disciplinas diversas, especialmente en el ámbito jurídico, pero debido a la complejidad del concepto, no hay una definición unánime de ésta²³⁵³, tampoco encuentra su origen en datos empíricos, sino más bien en la evolución histórica, como un avance civilizatorio, como una convención humana²³⁵⁴. El concepto actual de dignidad tiene su origen inmediato, desde un punto de

en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

²³⁵⁰ Sobre la recepción del concepto de dignidad por parte de la Constitución alemana puede examinarse OEHLING DE LOS REYES, Alberto: “El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2011, núm. 91, pp. 135-178. *Vid.* especialmente pp. 140-156.

²³⁵¹ MOLINA NAVARRETE: “Bases jurídicas y presupuestos...”, *op. cit.*, p. 81. Asimismo, “*la jurisprudencia constitucional ha referido a la dignidad de la persona los derechos fundamentales en su conjunto, como derechos inviolables que le son inherentes*”, ya que dichos derechos inviolables, como parte del ordenamiento jurídico, “*han de resultar de los valores superiores que el mismo reconoce: no sólo de la libertad y la igualdad, por cierto, sino también, y en la misma medida, de la justicia y el pluralismo político. Lo cual ofrece apoyo para una concepción integral y dinámica del contenido de la dignidad*”. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: *Dignidad de la persona...*, *op. cit.*, pp. 97-98.

²³⁵² Sobre el rol de la dignidad en el contrato de trabajo *vid.* LLANO SÁNCHEZ, Mónica: “La dignidad de la persona como valor constitucional y su proyección sobre el contrato de trabajo”, Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014.

²³⁵³ A pesar de no existir una definición unánime de lo que deba entenderse por dignidad, lo que no cabe duda es que los sujetos que deben respetar la dignidad son “*no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos, de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la norma fundamental*” (STC 2/1982, de 29 de enero, Fundamento Jurídico Quinto, BOE 26 de febrero de 1982).

²³⁵⁴ “*El medi social se'ns apareix talment poblat de forces que, en realitat, només existeixen dins del nostre esperit. Ja sabem què és la bandera per al soldat; de fet, només és un tros de drap. La*

vista histórico, en la Modernidad, en la concepción antropocéntrica del mundo. Sin embargo, de manera mediata, encuentra sus antecedentes en los pensadores de la Antigüedad²³⁵⁵, e incluso en diferentes concepciones religiosas posteriores, como por ejemplo es el caso del cristianismo²³⁵⁶. Del estudio de la doctrina jurídica actual del concepto de dignidad se infiere que hay unanimidad en afirmar que la dignidad va estrechamente unida a la libertad y al principio de igualdad. La persona, como ser racional, debe vivir en un entorno que le permita desenvolverse individualmente de forma adecuada, pero también socialmente. Así, la dignidad trasciende al individuo y adquiere una dimensión social, por lo que surge la necesidad de que exista un respeto entre sujetos privados²³⁵⁷; también entre trabajador y empresario, y entre trabajadores²³⁵⁸.

Si el concepto de “discriminación” ha necesitado de unos requisitos mínimos para ser operativo, el concepto de “dignidad” no será una excepción, ya que a su vez constituye una pieza clave para que el iuslaboralista pueda calificar los diferentes supuestos de hecho a los que se enfrente como discriminatorios o no. La dignidad humana, entre otros, debería implicar dichos extremos²³⁵⁹:

sang humana és tan sols un líquid orgànic; això no obstant, encara avui no la podem veure rajar sense experimentar una violenta emoció que les seves propietats físico-químiques no podrien explicar. L'home no és cap altra cosa, des del punt de vista físic, sinó un sistema de cèl·lules, i des del punt de vista mental, un sistema de representacions: sota tots dos aspectes, només es distingeix en graus de l'animal. En canvi, la societat el concep i ens obliga a concebre'l com investit d'un caràcter sui generis que l'aïlla, que manté a distància les atribucions temeràries: en una paraula, que imposa el respecte. Aquest dignitat que el singularitza se'n apareix com un dels seus atributs distintius, encara que sigui impossible de trobar res en la natura empírica de l'home per fonamentar-ho". DURKHEIM: Les formes elementals..., op. cit., pp. 243-244.

²³⁵⁵ PECES – BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. 2ª edición. Madrid: Dykinson, 2003, p. 25. Se puede encontrar la evolución histórica del concepto desde su origen en la misma obra (pp. 21 y ss).

²³⁵⁶ "Las controversias cristológicas y trinitarias de la Iglesia de los primeros concilios ahondan en el concepto de persona; de ahí surgirá una cosmovisión que realiza la dignidad de todo ser humano y está en la base de la comprensión moderna de los «derechos humanos». Todo hombre es «hijo de Dios», hermano del primogénito Jesús, llamado a incorporarse con él durante esta vida y también en el más allá de la muerte mediante la resurrección. La creación entera, incluso en su dimensión material, participa de esa dignidad. Por ello, la concepción cristiana de la vida resucitada integra tanto la «espiritualidad» como la «corporeidad» humana, en contraste con las cosmovisiones que minusvaloran lo corporal como pasajero y definitivamente caduco". SANS, Isidro María: "Síntesis de historia de las religiones", en AAVV: *Filosofía de la religión. Estudios y textos*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2005, pp. 60-61.

²³⁵⁷ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. 1ª edición. León: Universidad de León, 1996, p. 19. En cuanto a la naturaleza jurídica de la dignidad, este autor defiende su inmediatez, es decir, configura el precepto contenido en el art. 10.1 CE como una norma jurídica con valor inmediato (pp. 66 y ss.). Además, aunque la dignidad está relacionada con los derechos fundamentales, la dignidad ocupa un plano distinto; ocupa una posición superior y constituye un límite a los citados derechos. Los derechos de la persona son exigibles, precisamente, como consecuencia de su dignidad (pp. 81 y ss.).

²³⁵⁸ Tanto el trabajador como el empresario deben ver respetada su dignidad en el contexto laboral, marco cambiante sí, pero en el que siguen siendo ciudadanos: "No relationship in the market sphere or any other sphere of life can justifiably violate the equal respect owed to each person. The basic human dignity of both employees and employers, by virtue of their status as human persons, constrains the profit-seeking activities of firms. As part of the fundamental moral guarantee to all persons undergirding economic relations, workers must be treated humanely and fairly. The specific conditions that guarantee human and fair treatment, of course, must be determined in any given context". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 169.

²³⁵⁹ APARISI MIRALLES, Ángela: "En torno al principio de la dignidad humana (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias)". *Cuadernos de Bioética*, 2004, vol. 15, núm. 54.

- 1) Es una cualidad inherente a cualquier ser humano.
- 2) Aceptación de la existencia de una igualdad esencial entre las personas.
- 3) Exigencia ética de que no se instrumentalice el ser humano. Primacía del ser humano frente a cualquier interés social o económico.
- 4) Libre desarrollo de la personalidad. Respeto de aquellas condiciones que permiten la realización integral del ser humano.

Así pues, la dignidad es inherente al ser humano desde su nacimiento hasta su muerte; es decir, mientras siga siendo persona, por lo que no puede ser afectada por el hecho de que dicha persona sea asimismo un trabajador por cuenta ajena y esté ligada a una empresa mediante una relación laboral²³⁶⁰. Y resulta patente que el ser humano, para desarrollar óptimamente su personalidad, para autodeterminarse, necesita disfrutar de la libertad de pensamiento. Al respecto, no es extraño que la Constitución inicie el Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales con una alusión a la dignidad. Así, el art. 10.1 CE dispone que *“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”*. De ahí que en este supuesto, y aun tratándose de un asunto aparentemente entre privados, el interés general también esté presente.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de tratar de la dignidad en multitud de ocasiones. En una sentencia dictada en relación a la interrupción del embarazo, que ya ha sido citada en otra parte del presente trabajo, hizo referencia a la naturaleza jurídica de la dignidad. Concretamente en la STC 53/1985 de 11 abril (BOE 18 de mayo de 1985) relaciona el derecho a la vida humana (art. 15 CE) con la dignidad inherente a cualquier

De modo parecido, para ALEGRE MARTÍNEZ la dignidad tiene las siguientes características: 1) Toda persona participa por igual de la dignidad de la persona. La dignidad humana no tolera discriminaciones. 2) La persona conserva la dignidad toda su vida, incluso después de su muerte. 3) La dignidad va ligada a la personalidad del sujeto y conlleva el derecho al reconocimiento y a la realización de la propia personalidad. 4) Necesidad de un entorno de libertad y justicia que posibilite el desarrollo de la personalidad. ALEGRE MARTÍNEZ: *La dignidad de la persona...*, op. cit., pp. 27-29.

²³⁶⁰ *“La dignidad de la persona no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, o sexo; opiniones o creencias. Es independiente de la edad, inteligencia y salud mental; de la situación en que se encuentre y de las cualidades, así como de la conducta y comportamiento. Por muy bajo que caiga el hombre, por grande que sea su degradación, seguirá siendo persona con la dignidad que ello comporta”*. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La dignidad de la persona*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1986, p. 25. Se ha afirmado que la dignidad humana sería *“el reconocimiento de la igualdad y la libertad (en igualdad) que a todos los seres humanos corresponde por el hecho de serlo, suponiendo una exigencia de paridad en la estimación social y en la posición jurídica básica de todas las personas, mandato incompatible con toda discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza, edad, religión, etcétera”*. ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ DEL CUVILLO: *“Nuevas reflexiones...”*, op. cit., pp. 1028-1029. En opinión de FERNÁNDEZ SEGADO, la dignidad consiste en *“dar a todo ser humano lo que es adecuado a su naturaleza misma como hombre como ser distinto y superior a todo ser animal, en cuanto dotado de razón, de libertad y de responsabilidad”*. Por ello, *“la dignidad debe traducirse en la libre capacidad de autodeterminación de toda persona”*. FERNÁNDEZ SEGADO: *“La dignidad de la persona...”*, op. cit., p. 60. Especialmente esmerada es la definición propuesta por ALEGRE MARTÍNEZ: *“Característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad (independientemente del momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelva su vida) que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes”*. ALEGRE MARTÍNEZ: *La dignidad de la persona...*, op. cit., pp. 29-30.

ser humano: "*Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el artículo 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos*" (Fundamento Jurídico Tercero). Es decir, la dignidad es un valor jurídico fundamental íntimamente ligado a la vida humana: ser humano, vida y dignidad constituyen el punto de partida para el resto de derechos. Así, posteriormente la dignidad humana es relacionada por el Tribunal con otros derechos, entre ellos los derechos de pensamiento: "*Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás*" (Fundamento Jurídico Octavo).

Debe tenerse en cuenta que el art. 10.1 CE ha sido concretado en el ámbito laboral en preceptos como los arts. 4.2.e), 18 y 20.3 ET. Ya antes de la Constitución, posiblemente por tal razón desde un punto de vista más formal que real, y sin que hubiera un precepto equivalente en la ley antecesora de 1931, el art. 75.6 de la Ley de Contrato de Trabajo (1944) establecía que el empresario estaba obligado "*a tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana*"²³⁶¹.

En el supuesto de medidas empresariales en relación a trabajadores con determinadas creencias religiosas habitualmente será fácil la determinación de si un resultado les será desfavorable; lo que no resultará tan patente es el calado de ese resultado desfavorable respecto a la afectación de su dignidad, cuando con frecuencia se opta por solucionar las controversias desde un prisma de mera legalidad²³⁶².

²³⁶¹ Sobre dicho precepto la doctrina comentó: "*El empresario no cumple únicamente con abonar a sus trabajadores el salario contratado, pagar las cuotas de seguros sociales y respetar las normas de policía del trabajo, sino que debe percatarse que entre la empresa y el personal a su servicio se produce una comunidad de trabajo en la que, junto a los derechos y obligaciones de orden económico, aparecen lazos morales. El empresario no sólo ha de velar por el rendimiento de sus trabajadores, no puede limitarse a considerar a éstos como una parte del instrumental, sino que forzosamente verá en ellos a unos hombres que se asocian o unen a él para realizar un fin común*". PÉREZ BOTIJA: *El contrato...*, op. cit., p. 247.

²³⁶² OJEDA AVILÉS e IGARTUA MIRÓ son críticos en cuanto a la delimitación y la virtualidad práctica de la dignidad en la relación laboral procurada por la jurisprudencia constitucional. En su opinión,

2.4. Resultado del trato desigual y lesión de la dignidad del trabajador

Naturalmente, para apreciar la existencia de discriminación o no, como se ha manifestado varias veces, se deberá estar al concreto supuesto de hecho. Sólo el examen caso por caso permitirá apreciar si existe tal afectación de la dignidad, que es una diferencia característica de la discriminación respecto a otros tratos injustos o meramente antijurídicos²³⁶³. Así, entre un supuesto de hecho y otro puede mediar una amplia gama de matices en que la conducta contraria a Derecho de la empresa puede traspasar los límites de la mera antijuridicidad. Además, tampoco es lo mismo que la medida afecte a un trabajador, que se afecte a todo un grupo de trabajadores con similares características (discapacitados, con determinadas creencias religiosas, mujeres, etc.), o que se exteriorice una pauta empresarial discriminatoria en un lapso de tiempo determinado. Por lo tanto, es necesario analizar, para saber si concurre el segundo elemento citado del concepto de discriminación, si el resultado desfavorable para el individuo o el grupo es tan peyorativo que lesiona la dignidad humana²³⁶⁴. Si la política de la empresa es perjudicar de forma sistemática a través de decisiones empresariales a los trabajadores que profesan unas creencias religiosas concretas, por mucha cobertura formal que se despliegue, no se podrá negar que la empresa sitúa a los miembros de esa categoría social en una situación de exclusión o marginación en dicha empresa, en una situación de desventaja²³⁶⁵.

que es aquí compartida, el Tribunal Constitucional se ha mostrado tímido en ampliar el campo de actuación de la dignidad en el contrato de trabajo y en especificar su contenido. Por contra, los autores apuntan acertadamente como "*los Tribunales inferiores sí han encontrado un claro anclaje constitucional, en concreto en la dignidad humana, para considerar vulneradores de los más altos derechos y valores conductas como las constitutivas de mobbing o acoso moral en el trabajo*". OJEDA AVILÉS, Antonio e IGARTUA MIRÓ, María Teresa: "La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, núm. 73, pp. 167-168. Y aquí podríamos añadir, que el Supremo Intérprete de la Constitución debería explorar la aplicación potencial del concepto de dignidad en el supuesto de afectación de la libertad religiosa en el seno de la relación laboral, donde en muchas ocasiones, de forma discutible, se otorga mayor preponderancia a los principios meramente contractuales, como el de *pacta sunt servanda*.

²³⁶³ "It is significant that most rights against discrimination deal with discrimination on religious, ethnic and racial grounds, all of which are associated with membership of groups with their own distinctive culture (they also include sexual discrimination, to which my comments do not apply). Admitting that decisions adversely affecting individuals because of their race, religion or ethnic identity are very often wrong and unjust, it remains a puzzle which individualistic liberals find difficulty in solving why there is not a similar right against discrimination on grounds of height, one's sense of humour, etc. Decisions adversely affecting individuals because they are too tall, or lack a sense of humour, are as likely to be misguided and unjust as those based on religion or race. In part the answer does rest on pragmatic considerations. Race and religion are more common grounds of unjust discrimination. But at least in part the answer lies elsewhere. Discrimination on ground of religion, nationality or race affects its victim in a more fundamental way. It distorts their ability to feel pride in membership in groups identification with which is an important element in their life". RAZ: *The morality...*, op. cit., p. 254. Se podría añadir que la discriminación por razón de religión, origen nacional o por razones étnicas, históricamente y en la actualidad han sido no sólo motivos de discriminación habituales, sino que sus efectos han sido desastrosos más allá de ser *per se* injustos: muerte, destrucción, migraciones forzadas, etc.

²³⁶⁴ Para PECES – BARBA MARTÍNEZ si el concepto de discriminación se examina desde la perspectiva de la igual dignidad de todos los seres humanos, la discriminación es totalmente incompatible con la dignidad. PECES – BARBA MARTÍNEZ: *La dignidad de la persona...*, op. cit., pp. 73-74.

²³⁶⁵ La doctrina ha analizado qué puede entenderse por perjudicar a un colectivo, que no tiene por qué ser necesariamente situarlos en una peor situación: "*One can harm another by denying him*

Por ejemplo, si a los miembros de una determinada confesión religiosa no se les prorroga un contrato de duración determinada, y a los de otra confesión en la mismas condiciones sí, resulta obvio que no sólo se les niega el derecho a trabajar, sino que se les impide cobrar el salario, a formarse profesionalmente, a cualquier tipo de promoción profesional, se les estigmatiza, etc²³⁶⁶. Téngase presente en todo caso que el trabajo libre y por cuenta ajena no sólo cumple una mera función de fuente de subsistencia en la persona²³⁶⁷, aunque tal función de aportación de recursos a la familia ha de tenerse siempre presente²³⁶⁸. Por su parte, la STS de 25 de enero de 1988 (RJ 1988, 42) aclara que *“la empresa, además de una organización dirigida a la producción de bienes y servicios, es una célula social en la que se integra el hombre para su plena realización mediante su trabajo, privilegio, deber y vocación de la persona. De aquí que las reglas más elementales que norman la convivencia tengan que ser fielmente observadas, precisamente con mayor cuidado en el ámbito donde el hombre pasa la mayor parte de su existencia, por el empresario y por los trabajadores, tanto entre aquél y éstos, como entre estos mismos, pues sólo así podrá respetarse debidamente la dignidad de cada uno de ellos, fundamento básico de la paz social, según reconoce el art. 10.1 de la Constitución”* (Fundamento de Derecho Quinto). En relación con dicha idea y conectándola con el art. 10.1 CE, se debe tener en cuenta que los derechos inherentes a la persona en razón a su dignidad son aquéllos cuya vulneración atente contra la personalidad del trabajador o contra su desarrollo, como sería claramente el caso del derecho de libertad religiosa²³⁶⁹.

what is due to him. This is obscured by the common misconception which confines harming a person to acting in a way the result of which is that that person is worse off after the action than he was before. Which such actions do indeed harm, so do acts or omissions the result of which is that a person is worse off after them than he should then be. One harms another by failing in one's duty to him, even though this is a duty to improve his situation and the failure does not leave him worse off than he was before. Consider a disabled person who has a legal right to be employed by any employer to whom he applies and who has fewer than four per cent disabled employees in his work force. If such an employer turns him down he harms him though he does not worsen his situation". RAZ: *The morality...*, op. cit., p. 416.

²³⁶⁶ “El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa” (STC 22/1981, de 2 de julio, BOE 20 de julio de 1981, dictada por el pleno, Fundamento Jurídico Octavo).

²³⁶⁷ Sin ánimo de exhaustividad de las múltiples y vitales funciones de desarrollo que tiene el trabajo para la persona, para el *homo faber*, vid. ALONSO OLEA: *Introducción al Derecho...*, op. cit., pp. 47 y ss. Asimismo, vid. CAPELLA HERNÁNDEZ: *Fruta prohibida...*, op. cit., pp. 25 y ss. En opinión de PACHECO ZERGA, el derecho contenido en el art. 35.1 CE es un derecho fundamental que *“tiene la particularidad de responder a una elección personal, enraizada en lo más íntimo de la persona, en base a la cual ésta decide cómo ser útil socialmente y, a la vez, cómo desarrollar sus capacidades logrando así el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE)”*. PACHECO ZERGA, Luz: *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. 1ª edición. Madrid: Aranzadi, 2007, pp. 43 y 44. Dicha autora resalta el papel jugado por el principio de la buena fe en relación al respeto de la dignidad humana (pp. 49 y siguientes).

²³⁶⁸ Como apuntó Locke de forma casi catastrofista: *“Además de su alma inmortal, el hombre tiene también su vida temporal aquí, en este mundo. Esa vida es precaria y de duración incierta, precisando de necesidades exteriores para sostenerse, las cuales han de ser procuradas o preservadas por el dolor y el trabajo. Pues aquellas cosas que son necesarias para el cómodo mantenimiento de nuestra vida no surgen espontáneamente”*. LOCKE: *Ensayo y Carta...*, op. cit., p. 104.

²³⁶⁹ Así, ALEGRE MARTÍNEZ: *La dignidad de la persona...*, op. cit., p. 51.

Es decir, en el supuesto señalado, por una razón ajena a la conducta del trabajador o su formación profesional se le cierra una puerta a su desarrollo como persona, por la simple adscripción a un grupo indeseado por la empresa. Se le coloca en una posición de inferioridad, de desigualdad de oportunidades respecto a los trabajadores encuadrados en otras categorías (por ejemplo, de otras confesiones religiosas); en definitiva, se le produce un daño²³⁷⁰. Cuanto más sistemática sea la política de la empresa (por ejemplo, despidos reiterados sobre la misma categoría o despidos en grupo), mayor será el proceso de estigmatización de esta categoría de trabajadores.

La utilización de medidas empresariales que obvien o anulen la libertad de pensamiento del trabajador, que ponderen el factor rentabilidad económica por encima de la libertad ideológica o religiosa, no sólo constituye una afrenta a su dignidad, sino que lo despersonaliza. Al relacionarse la empresa con el trabajador sin tener en cuenta su singularidad, en este caso sus convicciones religiosas, sin que concurra un motivo constitucionalmente aceptable, se traspasa la frontera que marca la dignidad de cada individuo²³⁷¹; se coarta su libertad de elección, se obstaculiza el libre desarrollo de la personalidad²³⁷². Se configura al trabajador, en la mayoría de casos de origen

²³⁷⁰ "Our identity is partly shape by recognition or its absence, often by the misrecognition of others, and so a person or group of people can suffer real damage, real distortion, if the people or society around them mirror back to them a confining or demeaning or contemptible picture of themselves. Nonrecognition or misrecognition can inflict harm, can be a form of oppression, imprisoning someone in a false, distorted, and reduced mode of being". TAYLOR: *Multiculturalism and the politics...*, op. cit., p. 25. Dicho autor reitera la idea en pp. 36-37.

²³⁷¹ "La conciencia de cada hombre es finita y limitada por causas genéticas, sociales e histórico-individuales; de ahí que permanezca inevitable y fatalmente distinta de cualquier otra; de ahí que permanezca inevitable y fatalmente distinta de cualquier otra, pese a la posible y necesaria comunicación entre esas conciencias. Esa es la frontera y la dignidad de cada hombre en su singularidad personal". RAHNER: *Tolerancia, libertad...*, op. cit., pp. 16-17.

²³⁷² "La dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho de libertad de conciencia van de la mano: la dignidad de la persona, consecuencia de la singularidad del ser humano y de su libertad de elección y el libre desarrollo de la personalidad para llegar a ser con mayor plenitud lo que uno es, son base y fundamento de la libertad de conciencia, y de ahí que el derecho de libertad de conciencia ser consagrado como el derecho más básico de los derechos fundamentales". LEMA TOMÉ: *Laicidad e integración...*, op. cit., p. 22. Al respecto, la STC 192/2003, de 27 de octubre (BOE 26 de noviembre de 2003), que trata de la concepción y finalidad del derecho a disfrutar de las vacaciones, analiza el significado del concepto de dignidad del trabajador. De esta manera se afirma que "una concepción del derecho del trabajador a las vacaciones retribuidas como la mantenida en las resoluciones judiciales impugnadas equivale a desconocer la dignidad personal del trabajador, entendida ésta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de «autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (STC 53/1985, de 11 de abril, F. 8), así como el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Recordemos una vez más que «la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un «minimum» invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» [SSTC 120/1990, de 27 de junio, F. 4, y 57/1994, de 28 de febrero, F. 3 A)] (Fundamento Jurídico Séptimo). Así, el máximo intérprete de la Constitución llega a una relevante conclusión: "La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a

extracomunitario y de nivel formativo bajo, como un elemento más del proceso de producción, se cosifica²³⁷³, se convierte en mera mercancía, se le configura como mera fuerza de trabajo²³⁷⁴. El trabajador se convierte en un bien sustituible, fungible²³⁷⁵, intercambiable por otro individuo con capacidad de producción parecida²³⁷⁶, pero que no exteriorice peculiaridades de conciencia, como ocurría con modelos de sistema productivos como el taylorismo y el fordismo que convertían al trabajador en una máquina más bajo un manto de racionalismo que impedía cualquier atisbo de creatividad o intervención de la personalidad por parte del operario²³⁷⁷. En el mejor de los casos el trabajador deviene un sujeto de una relación jurídica de naturaleza patrimonial y

mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal de la buena fe".

²³⁷³ Dicha "cosificación" del ser humano repugna a cualquier concepción de dignidad desde los mismos orígenes del humanismo. Ya en el siglo XVIII se afirmaba: "No hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repute como cosa". BECCARIA: *De los delitos...*, op. cit., p. 69.

²³⁷⁴ "Nuestro sistema de valores constitucionales no permite la consideración de la persona del trabajador unilateral y exclusivamente como una mera fuerza de trabajo, determinada hasta en su salud por la voluntad unilateral del empresario aplicando patrones de eficiencia económica estricta. La rentabilidad económica, el mercado, no puede ser la clave fundamental porque ello supondría derivar de la persona, del ser humano, al Homo oeconomicus utilitarista, pulverizando las normas y los valores que las inspiran y que contienen, hasta hacerlos coincidir con el universo de los poderes del mercado. Ello sucedería, dicho simplemente, si admitiéramos que el empresario puede prescindir del trabajador enferme porque no le es productivo o económicamente rentable, como si de una máquina averiada, o ya inservible, se tratase" (STSJ de Madrid nº 632/2006, de 18 de julio, JUR 2006, 279688, Fundamento de Derecho Décimo).

²³⁷⁵ Se puede definir "cosa fungible" como "la que en el tráfico mercantil puede sustituirse por otra: aceite, vino, dinero, ejemplares en rústica de un libro. Son cosas muebles que suelen determinarse según su número, medida o peso". AAVV: *Diccionario de términos jurídicos*. 1ª edición. Granada: Comares, 1994. MONTOYA MELGAR rechaza frontalmente la idea de la fungibilidad de los trabajadores como consecuencia de su oposición a calificar a la relación laboral como una relación jurídica de naturaleza patrimonial ordinaria. De esta forma, es del parecer que "lejos de ser el contrato de trabajo un vínculo patrimonial más, y el trabajo un bien o mercancía como otra cualquiera, y el trabajador un sujeto más de un vínculo obligatorio más, el hecho del trabajo y la persona del trabajador presentan su peculiarísima identidad en cuanto, respectivamente, objeto y sujeto del contrato laboral". MONTOYA MELGAR: *La buena fe en el derecho...*, op. cit., pp. 28 y ss. La falta de distinción entre las personas, su uniformización, su homogeneización en su modo de pensar y actuar es contraria a la misma naturaleza humana, a la persona como ser consciente de sí misma: "todo lo que existe, posee un valor, es un ser dotado de distinción; por eso se afirma, se sostiene. Pero la forma más alta de autoafirmación, la que por sí misma se distingue perfecta, feliz y buena, es la conciencia". FEUERBACH: *La esencia...*, op. cit., p. 58.

²³⁷⁶ El término alemán "Gastarbeiter" ("trabajador invitado"), con el que se designaba a los trabajadores extranjeros que nutrieron de fuerza de trabajo a Alemania a partir de los años sesenta del siglo XX, es un buen ejemplo de cómo un trabajador se le puede conceptual estrictamente como mano de obra. En dicho caso el problema vino dado principalmente por el hecho de que dichos trabajadores debían trabajar en Alemania de forma temporal, mientras las necesidades productivas subsistieran. Dicha temporalidad se convirtió en permanencia, con lo que ello conlleva en materia de arraigo para un trabajador que reside en un país extranjero. Sobre una buena descripción de dicho fenómeno y la problemática jurídica que plantea vid. WALZER: *Spheres of justice...*, op. cit., pp. 56-61.

²³⁷⁷ "Both Taylorism and Fordism were significant in the history of work because they had no room for spirituality in the secular rationality of workplace activity. Industrialization in general and the de-skilling of work by Taylorism treated the human body as a machine to be controlled. Creativity and intellectual engagement were lost for the average worker, and with these the «spirit» or inherent meaning of the work was lost too". LAMBERT III: *Spirituality...*, op. cit., p. 26.

ordinaria; en el peor un mero objeto²³⁷⁸. En definitiva, se convierte al trabajador discriminado en un medio, medido por su utilidad económica²³⁷⁹, se instrumentaliza²³⁸⁰, se

²³⁷⁸ La mayoría de las confesiones religiosas defienden la dignidad del trabajo, y enfatizan a la persona como sujeto de dicho trabajo. En palabras de la Encíclica "Laborem Exercens": "El hombre debe someter la tierra, debe dominarla, porque como «imagen de Dios» es una persona, es decir, un ser subjetivo capaz de obrar de manera programada y racional, capaz de decidir acerca de sí y que tiende a realizarse a sí mismo. Como persona, el hombre es pues sujeto del trabajo. Como persona él trabaja, realiza varias acciones pertenecientes al proceso del trabajo; éstas, independientemente de su contenido objetivo, han de servir todas ellas a la realización de su humanidad, al perfeccionamiento de esa vocación de persona, que tiene en virtud de su misma humanidad". Y resulta indiferente la tipología de trabajo que se realice, intelectual o manual por ejemplo, lo importante es el sujeto, el trabajador: "El cristianismo, ampliando algunos aspectos ya contenidos en el Antiguo Testamento, ha llevado a cabo una fundamental transformación de conceptos, partiendo de todo el contenido del mensaje evangélico y sobre todo del hecho de que Aquel, que siendo Dios se hizo semejante a nosotros en todo, dedicó la mayor parte de los años de su vida terrena al trabajo manual junto al banco del carpintero. Esta circunstancia constituye por sí sola el más elocuente «Evangelio del trabajo», que manifiesta cómo el fundamento para determinar el valor del trabajo humano no es en primer lugar el tipo de trabajo que se realiza, sino el hecho de que quien lo ejecuta es una persona. Las fuentes de la dignidad del trabajo deben buscarse principalmente no en su dimensión objetiva, sino en su dimensión subjetiva".

²³⁷⁹ El concepto de dignidad en relación a los derechos humanos de los trabajadores desecha todo intento de calibrar el "valor" de cada trabajador según su utilidad económica e independientemente de su posición contractual o jurídica en general: "Los principios que reflejan los derechos humanos representan opciones morales que hunden sus raíces en el concepto de dignidad del ser humano como persona. Por consiguiente, son derechos morales de «orden superior» y constituyen criterios de juicio más fundamentales que el derecho consuetudinario, contractual estatutario e incluso constitucional. Los derechos humanos son una especie de derechos morales, inherentes a la persona por su naturaleza humana y no porque sean otorgados a adquiridos por leyes especiales o acuerdos contractuales. O por la utilidad social o económica de la persona". GROSS: "Los derechos de los trabajadores...", en AAVV: *Derechos laborales y de Seguridad Social...*, op. cit., p. 300.

²³⁸⁰ Para Kant, en su célebre reflexión, "el hombre y en general todo ser racional existe como un fin en sí mismo, no simplemente como un medio para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre al mismo tiempo como un fin". KANT: *Fundamentación para una metafísica...*, op. cit., p. 114. Según un célebre pasaje "en el reino de los fines todo tiene o bien un precio o bien una dignidad. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad" (pp. 123-124). Sobre dicha visión kantiana se ha afirmado lo siguiente: "Para Kant, el respeto a uno mismo y el respeto a otros manan del mismo principio. El deber de respetar es un deber que tenemos hacia las personas por tratarse de seres racionales, portadores de humanidad. No tiene que ver con quién sea cada uno en particular. Hay una diferencia entre el respeto y otros lazos humanos. El amor, la simpatía, la solidaridad y el compañerismo son sentimientos morales que nos acerca más a uno que a otros. Pero la razón de que debemos respetar la dignidad de las personas no tiene nada que ver con lo que de particular puedan tener. El respeto kantiano no es como el amor. No es como la simpatía. No es como la solidaridad o el compañerismo. Amamos a nuestro cónyuge y a los miembros de nuestra familia. Sentimos simpatía por personas con las que nos identificamos. Sentimos solidaridad hacia nuestros amigos y camaradas. Pero el respeto kantiano es un respeto a la humanidad en cuanto tal, por la capacidad racional que reside, indiferenciada, en todos. Esto explica por qué violarlo en mi propio caso es tan rechazable como violarlo en otros. Explica además por qué el principio kantiano del respeto se acomoda a las doctrinas de los derechos humanos universales. Para Kant, la justicia requiere que respetemos los derechos humanos de cualquier persona, viva donde viva o la conozcamos poco o mucho, simplemente porque es un ser humano, capaz de servirse de la razón y, por tanto, digna de respeto". SANDEL: *Justicia: ¿hacemos...*, op. cit., p. 142. Y se puede añadir aquí, precisamente las características citadas por dicho autor hacen que la ética kantiana sea tan adecuada de acomodar a las relaciones laborales, pues el empresario y trabajador no están en principio unidos por un lazo de amistad o de parentesco, sino por una relación jurídica de naturaleza contractual. Y la posición de subordinación

le disocia de su humanidad. Es decir, todo lo contrario a la exigencia ética a la que se ha hecho referencia al definir el concepto de “dignidad”. Se niega el principio de igualdad, bien entendido²³⁸¹, y la actuación empresarial se erige como lesiva de la dignidad. No sólo es injusto el criterio de diferenciación, sino también el resultado de la conducta²³⁸².

No se debe perder de vista, como ya se advirtió, que la empresa puede actuar por varias razones, como son los prejuicios o como consecuencia de la existencia de estereotipos (a su vez resultado, quizás, del mero desconocimiento de las consecuencias reales de las creencias o de las fronteras del art. 16 CE); o por razones de rentabilidad, al considerarse que ciertos trabajadores con creencias religiosas pueden ser menos productivos. Ahora bien, también se ha indicado que la actuación puede venir motivada por razón de presionar al conjunto de trabajadores para que no ejerzan sus derechos relacionados con la libertad religiosa; como advertencia de lo que puede ocurrir si alguien entorpece la producción por razones de conciencia. Dicho tipo de medida ha de calificarse como indeseable para una sana política de gestión de personal en la empresa por dos razones. En primer lugar, tal y como se ha argumentado, será discriminatoria a todas luces para el trabajador directamente afectado por la medida; y, en segundo lugar, y aunque parezca una contradicción en sus propios términos, las medidas de presión afectan de forma indirecta e indiscriminada sobre todos los trabajadores de la misma categoría, provocándose que el medio laboral sea percibido como un entorno hostil.

La utilización de medidas disuasorias conlleva dos efectos colaterales asociados. El primero de ellos es que la tradicional desigualdad de las partes existente en el contrato de trabajo, que es justamente una característica que el Derecho del Trabajo intenta reequilibrar como una de sus misiones fundamentales, es directamente perjudicada. A mayor presión, mayor desigualdad entre las partes. Por lo tanto, ante esta situación provocada indirectamente por una conducta inconstitucional, el Derecho del Trabajo debería disponer de mecanismos suficientes para constituirse en garante de un nuevo reequilibrio.

En el caso de aplicación de medidas empresariales dirigidas sistemáticamente contra trabajadores con unas creencias determinadas, o lo que es lo mismo, la reiteración de un trato diferenciador, es más fácil de apreciar la “carga” lesiva y discriminatoria que en un solo caso aislado. Por ejemplo, si no se asciende a una mujer a un puesto de trabajo de responsabilidad, ello puede ser debido a factores plenamente legítimos. Pero cuando se detecta que no se asciende nunca a mujeres, que se las margina, a pesar de que consta su igual preparación y experiencia respecto a sus compañeros masculinos, es cuando se empieza a poner en evidencia una política empresarial contraria a que las mujeres

del trabajador dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, que le coloca en una tesitura de evidente vulnerabilidad, provoca que sea necesario ir analizando la ejecución del contrato para detectar si se produce o no una eventual lesión de la dignidad del trabajador.

²³⁸¹ *"El auténtico reconocimiento no exige que se pierda la individualidad, sino que supone ver la igualdad y la autonomía, encontrar la humanidad en y a través de los diferentes rasgos específicos que caracterizan la vida de una persona y «traducen su humanidad, abstractamente universal, en una humanidad concreta».* La igualdad no se consigue por medio de esta pretendida neutralidad liberal, por la vía de la absoluta irrelevancia pública de las diferencias culturales, sino por la toma en consideración por parte de las instituciones de estas especificidades, condiciones (...), para que los individuos puedan ser tratados como iguales". DE LUCAS MARTÍN: *Globalización e identidades...*, op. cit., pp. 59-60.

²³⁸² Extremos que hacen que la conducta empresarial tenga que ser necesariamente calificada como discriminatoria, según los parámetros utilizados, en la ya clásica obra, por RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER Y FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación...*, op. cit., p. 92.

ocupen puestos de responsabilidad, una política que sitúa permanentemente a las mujeres en una posición peyorativa lesiva de su dignidad, ya que dicha política debería ser considerada contraria a la paridad en la estimación social que debe prevalecer entre hombres y mujeres²³⁸³.

2.5. Discriminación indirecta y discriminación refleja por motivos religiosos

Es posible que, en ocasiones, no sea fácil advertir si se está produciendo o no la discriminación descrita, pues el empresario discriminador intentará llevar a cabo su política de empresa con la mayor cobertura legal posible en aras de ocultar su propósito antijurídico. Eso puede incluir discriminar indirectamente a los trabajadores cuya permanencia en la empresa no sea deseable debido a sus creencias religiosas. La discriminación indirecta consiste en normas, procedimientos y prácticas que son a primera vista neutrales, pero cuya aplicación afecta de manera desproporcionada a los miembros de un determinado colectivo²³⁸⁴.

El tratamiento idéntico de los trabajadores que profesen unas determinadas creencias religiosas otorgado en un contexto de desventaja preexistente perpetuará o exacerbará la discriminación. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos desarrolló por tal razón el concepto de "*disparate impact*", que es de especial interés a la hora de tratar eventual conductas discriminatorias por razón de las creencias religiosas de los trabajadores²³⁸⁵.

²³⁸³ Afectación de la dignidad y marginación (individual y social) van de la mano: "*En el plano individual, toda discriminación adquiere un «carácter humillante», inconciliable con el respeto debido a la dignidad humana; y en el plano social, la discriminación coloca a los individuos y grupos sociales víctimas de la discriminación en una situación de exclusión y marginación, cuyas consecuencias desventajosas se manifiestan en la negación o en la especial dificultad de disfrutar de bienes y derechos. La lucha contra las discriminaciones sintetiza así y de manera ejemplar los valores de la idea misma de derecho fundamental: el respeto a la dignidad de las personas, a su consideración como seres humanos, y la instauración de un orden social justo*". VALDÉS DAL-RÉ: "Persona del trabajador...", en AAVV: *La igualdad ante la ley...*, op. cit., p. 1322.

²³⁸⁴ TOMEI: "Análisis de los conceptos...", op. cit., p. 443. Asimismo, AGUILERA RULL, Ariadna: "Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto en el *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres". *InDret*, 2007, núm. 396. Versión electrónica: www.indret.com; y REY MARTÍNEZ: "El derecho fundamental...", en AAVV: *La discriminación por razón de sexo...*, op. cit., pp. 55-69. Es de destacar que el concepto de discriminación indirecta, que ya fue previsto, en la Ley 62/2003, ha sido ampliamente recogido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Antes de su positivación, el Tribunal Constitucional había introducido en su doctrina jurisprudencial, a partir de la STC 145/1991, de 1 de julio (BOE 22 de julio de 1991), los conceptos de igualdad de trato, discriminación indirecta o acoso, utilizados habitualmente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En dicho sentido NUÑEZ – CORTÉS CONTRERAS, Pilar Y GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo: "(Des) Igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores con responsabilidades familiares: realidad actual y soluciones – parciales – planteadas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres (I)". *Tribuna Social*, 2006, núm. 192, pp. 28-29; MORENO MÁRQUEZ, Ana: "La discriminación directa e indirecta en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en AAVV: *Comentarios laborales de la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 81-129; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*. 1ª edición. Barcelona: Cedecs, 2002, pp. 55-64; SERRA CRISTÓBAL, Rosario: "La discriminación indirecta por razón de sexo", en AAVV: *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 365-398.

²³⁸⁵ De hecho, en Estados Unidos, a pesar de la larga tradición existente en materia de igualdad, no sólo se ha tardado en garantizar una efectiva igualdad entre blancos y negros en las empresas

Dicha doctrina jurisprudencial fue aludida por primera vez en la sentencia dictada en el caso *Griggs v. Duke Power Co*, 401 US 424 (1971). En dicho asunto una compañía eléctrica cuya plantilla era formada por trabajadores blancos y negros, vetaba el trabajo a los candidatos de raza negra en ciertos puestos de trabajo. Al entrar en vigor en 1964 la *Civil Rights Act*, de la que se habla en otro apartado, que prohibía la exclusión de los trabajadores por razón de su raza, la compañía estableció entonces como requisito de acceso o cambio de departamento el poseer una titulación académica mínima (*high school*) y superar dos exámenes de aptitud, unos tests que ninguna relación guardaban con el puesto de trabajo a desempeñar, sino que se trataba de pruebas de inteligencia general. Tampoco el requisito académico requerido tenía relación alguna con las tareas a desempeñar. No obstante, dicha medida que pudiera parecer neutral a simple vista no lo era, pues los trabajadores negros tenían una formación académica menor que sus homólogos blancos al haber sufrido las consecuencias de un sistema educativo en el que primaba el principio de segregación por razas y en el que las escuelas destinadas a los estudiantes de raza negra eran de inferior calidad. Es más, quedó acreditado que los trabajadores que prestaban servicios sin dicha formación académica y sin haber sido sometidos a los tests habían desempeñado sus funciones de manera satisfactoria.

Dicha doctrina ha sido "importada" a varios países y ordenamientos jurídicos, incluida la legislación comunitaria, bajo el concepto de "discriminación indirecta". Tal plasmación del concepto se ha llevado a cabo de diferentes formas, pero se puede afirmar que consta de tres elementos característicos²³⁸⁶:

- 1) Igual tratamiento.
- 2) Impacto desproporcionadamente excluyente en una categoría que comparte una característica protegida. En el presente caso, los trabajadores que profesan ciertas convicciones religiosas²³⁸⁷.
- 3) Ausencia de una justificación razonable. A diferencia de la discriminación directa, la discriminación indirecta permite que pueda ser justificada por el empresario, lo que constituye una característica de gran relevancia.

de dicho país, sino que, por ejemplo, no se empezó a contratar abogados judíos en los bufetes estadounidenses hasta los años 60 del pasado siglo XX. Por lo tanto, incluso en la "cuna" de la libertad religiosa, la discriminación por creencias religiosas en el ámbito laboral ha estado al orden del día hasta tiempos recientes. NUSSBAUM: *Liberty of conscience...*, *op. cit.*, pp. 26-27.

²³⁸⁶ FREDMAN: *Discrimination law...*, *op. cit.*, pp. 154-155, y 177 y siguientes. Sobre la posibilidad de justificación en la discriminación indirecta *vid.* 190-196.

²³⁸⁷ En un voto particular contenido en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 US ___ (2015) se enfatizan las diferencias entre una discriminación llevada a cabo de forma intencional y el impacto excluyente: "*The terms «intentional discrimination» and «disparate impact» have settled meanings in federal employment discrimination law. «[I]ntentional discrimination . . . occur[s] where an employer has treated a particular person less favorably than others because of a protected trait.» Ricci v. DeStefano, 557 U. S. 557, 577 (2009) (internal quotation marks and alteration omitted).*«[D]isparate-impact claims,» by contrast, «involve employment practices that are facially neutral in their treatment of different groups but that in fact fall more harshly on one group than another and cannot be justified by business necessity.» *Raytheon Co. v. Hernandez, 540 U. S. 44, 52 (2003) (internal quotation marks omitted).*Conceived by this Court in *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U. S. 424 (1971), this «theory of discrimination» provides that «a facially neutral employment practice may be deemed illegally discriminatory without evidence of the employer's subjective intent to discriminate that is required in a disparate-treatment case,» *Raytheon, supra*, at 52–53 (internal quotation marks and alteration omitted)".

Por otro lado, el art. 28.1.c) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social entiende que hay discriminación indirecta "*cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios*".

Por las razones antedichas, la falta de ascenso de grupo profesional o de aumento de sueldo de un trabajador que profese determinada religión quizás no parezca a primera vista discriminatoria. Además, puede ser complejo analizar la afectación real de los miembros de la categoría social. La medida empresarial puede aparecer formalmente motivada por otras causas. Por ejemplo, el empresario que ha decidido rebajar la media de edad de los trabajadores empleados y, por lo tanto, quiere extinguir los contratos de los mayores de cincuenta años, naturalmente no lo hará constar en la carta de despido. Buscará una cobertura legal o, ni siquiera eso, y optará por reconocer la improcedencia de los despidos, aprovechándose del limitado control jurisdiccional de la extinción del contrato de trabajo que brinda actualmente el ordenamiento laboral. Pero tanto en el caso de despidos individuales de trabajadores mayores de cincuenta años como en de trabajadores que profesen determinadas creencias, tras el análisis del despido en el contexto del centro productivo o de la empresa, puede aflorar la verdadera causa. Dicho despido puede ser entonces contextualizado, apareciendo como un despido más en una cadena de despidos o medidas desfavorables motivadas por un ambiente hostil a determinadas creencias o prácticas religiosas.

En muchas ocasiones es difícil demostrar la discriminación indirecta cuando se provoca una exclusión desproporcionada, pero no absoluta²³⁸⁸. Como se dijo en su momento, éste puede ser precisamente el supuesto que en el relación a los trabajadores que profesen ciertas creencias. La finalidad última es frecuentemente la máxima rentabilidad, por lo tanto, este tipo de decisiones se suele tomar tras un estudio de costes. Por razón de costes es probable que no se vaya a despedir de esta manera a los trabajadores con mucha antigüedad acumulada y/o con retribuciones elevadas. En estos casos se estudiará si es posible afectar a trabajadores de manera que se minimicen las repercusiones económicas para la empresa. De este modo, es probable que las medidas sean tomadas contra colectivos como son los trabajadores jóvenes, los inmigrantes y las mujeres, o que reúnan todas las características citadas; normalmente con salarios bajos, poca antigüedad y contratos de duración determinada²³⁸⁹. En estos casos el coste de hacer frente a un despido que sea declarado improcedente puede ser muy asequible para la empresa y, además, servir como ejemplo para el resto de trabajadores del mismo colectivo, que tendrá miedo de perder su puesto de trabajo, especialmente en un contexto de crisis económica. No se olvide que en estos casos no devengarán salarios de

²³⁸⁸ TOMEI: "Análisis de los conceptos...", *op. cit.*, p. 443.

²³⁸⁹ De hecho, así lo demuestran los estudios empíricos: "*La destrucción neta de puestos de trabajo afectó durante el año 2012 y en la zona euro a 1.350.000 personas y en mayor medida en el caso de los varones, los jóvenes entre 15 y 29 años, los extranjeros comunitarios y las personas con nivel educativo bajo*". CARRASCO CARPIO: "La vulnerabilidad de los inmigrantes...", *op. cit.*, p. 7. Aunque la autora no cita a la categoría de "mujeres", sí en otras partes del trabajo, ello no significa que las mujeres no estén expresamente afectadas por las pérdidas de empleo en las otras categorías mencionadas.

tramitación, a menos que se declare la nulidad de la extinción contractual. Además, tales colectivos probablemente tendrán un poder adquisitivo menor y una formación profesional inferior que el resto de la plantilla, lo que les impedirá sostener largas disputas judiciales.

Un buen instrumento para determinar si existe discriminación indirecta puede ser el método estadístico²³⁹⁰. Aunque el citado método no pueda tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes cuando se ejecuta una medida empresarial, ya que las motivaciones son en su gran mayoría de naturaleza cualitativa, no objetivable (por ejemplo, la negativa a dimitir del puesto de trabajo a cambio de una cantidad pactada, la promesa de ser contratado en la próxima campaña o la existencia de trabajadores dispuestos a realizar el mismo trabajo por un sueldo menor), en cambio sí que puede tomar en consideración información muy útil al efecto y que se desprenda de la documentación laboral preceptiva o de los mismos datos estadísticos que posea la empresa. Por ejemplo, número de despidos calificados como improcedentes, modalidad de contrato de los afectados, etc.

Se debe partir de la base de que en un ambiente no discriminatorio habrá una distribución normal o anodina en la empresa de hombres y mujeres; grupos étnicos y religiosos; heterosexuales y homosexuales; personas con discapacidad o sin discapacidad. La existencia de una infrarrepresentación de las citadas tipologías de trabajadores constituye un indicio de que pudieran existir obstáculos, por ejemplo, para ser contratados o para ser promocionados de grupo profesional.

La prueba estadística en relación a la citada metodología es especialmente útil para detectar prácticas discriminatorias informales o que utilizan una formalidad meramente instrumental como pueden ser políticas retributivas que se apliquen de forma desventajosa a determinada categoría de trabajadores con ciertas creencias religiosas; o respecto las casi siempre subjetivas políticas de contratación, que se basan en criterios no precisamente formalizados por escrito y sin que sea aplicable un protocolo transparente.

La prueba estadística puede arrojar una imagen cuantitativamente perfecta, pero sus resultados a veces no son concluyentes o simplemente induce a pensar que existe una discriminación cuando no se da tal supuesto²³⁹¹. Así, puede acreditar que los trabajadores de cierta raza, y que probablemente profesan una determinada religión, están equivalentemente repartidos por todos los puestos de trabajo de una empresa, sin diferenciación de los trabajadores de la cultura, etnia y religión mayoritarias. No obstante, a veces la prueba estadística aunque cuantitativamente correcta, es deficitaria desde el punto de vista cualitativo. Imagínese que la citada distribución equivalente de los trabajadores de la minoría racial y religiosa es debida a que simplemente han sido asimilados por la empresa. Dicha asimilación, que consiste en un proceso predominantemente unidireccional tendente a eliminar en lo posible la cualidad de

²³⁹⁰ A pesar de la indudable utilidad de dicho método, ni es frecuente en la práctica forense, ni está previsto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Al respecto *vid.* PÉREZ DEL RÍO, Teresa: "La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación para el debate". *Revista de Derecho Social*, 2007, núm. 37, p. 244.

²³⁹¹ Un ejemplo claro sobre la problemática de la prueba estadística en casos de discriminación indirecta se examina en la STEDH de 13 de noviembre de 2007, caso D.H. y Otros contra la República Checa (JUR 2007, 329300).

“diferente”²³⁹², puede ser 1) voluntaria, los trabajadores simplemente se comportan como el resto de trabajadores sin exteriorizar sus convicciones religiosas o vestir de acuerdo con sus costumbres para no perder oportunidades laborales o a la vista de la imposibilidad de progresar profesionalmente; o 2) involuntaria, por existir una política asimilacionista en la empresa que prohíbe vestir de cierta forma (normas de uniformidad que no tienen en cuenta las tradiciones y costumbres de las minorías) o que impone un código de conducta occidentalizado y que corresponde a la visión del mundo de la cultura mayoritaria del país. En dicho caso, si se comparan las estadísticas en un momento anterior y un momento posterior, dicha prueba acreditará que ha existido un cambio cuantitativo a mejor, pero no explicará las causas o la permanencia de una situación discriminatoria²³⁹³.

Además, puede existir una causa de justificación que deseche la existencia de una práctica discriminatoria cuando los resultados numéricos otorguen cifras que indiquen *a priori* lo contrario. Tal y como se ha indicado, precisamente la discriminación indirecta se caracteriza frente a la directa porque admite una justificación. Por ejemplo, en una ciudad pueden existir candidatos a un trabajo con parecidos niveles de formación profesional y que profesan respectivamente creencias hindúes y musulmanas. La empresa convoca unas pruebas objetivas de acceso y que plasman los requerimientos reales del trabajo a desempeñar, y resulta que finalmente accede al puesto un 80% de trabajadores musulmanes y sólo el 20% de trabajadores hindúes. En tal caso, aunque las estadísticas puedan llevar a pensar que existe una discriminación indirecta, ya que la categoría "trabajadores hindúes" sufre una desventaja desproporcionada, lo cierto es que la empresa sólo deberá acreditar que tal impacto está causado por motivos razonables y alejados de cualquier conducta discriminatoria. La prueba de acceso, legítimamente ejecutada, habría determinado de forma individual y objetiva los candidatos más idóneos. Lógicamente, si en futuras pruebas se repitiesen los resultados significaría que algún elemento de dicho acceso en principio neutral se habría erigido como un elemento discriminatorio.

A veces dicho elemento es fácil de determinar y la prueba estadística sólo hace que confirmarlo. Por ejemplo, en una ciudad existe un buen número de potenciales candidatos para un puesto de trabajo que guardan escrupulosamente el sábado como día de descanso (principalmente judíos y adventistas del Séptimo Día). Si se convocan las pruebas de acceso al puesto de trabajo en sábado, lógicamente la prueba estadística

²³⁹² "La asimilación presupone la superioridad de las pautas culturales del poder dominante, que se considera legitimado a imponer su cultura sobre los restantes grupos y especialmente sobre los grupos de los inmigrados. Mediante la exigencia de someterse a la asimilación cultural, se controla e incluso se exige de quien se acerca al grupo con la petición de los más elementales derechos que se despoje de los elementos constitutivos de su cultura diferente; se le impone que se identifique y se adhiera sin reticencias a las reglas de los dominadores, asumiendo cuanto antes sus costumbres, lengua, mentalidad, etc. El inmigrado se transforma a sí mismo hasta convertirse en otro asimilado, con derechos similares a los ciudadanos de primera (cultura dominante), pero a cambio de abandonar su identidad cultural que le mantenía como ciudadano de segunda". CABEDO MANUEL: *Filosofía y cultura...*, op. cit., pp. 104-105. Dicha definición y caracteres del concepto de asimilación se ajusta perfectamente al contexto de la empresa, donde se constata una realidad de pluralidad cultural, donde existe un poder de dirección (empresarial) y donde se puede configurar un grupo de trabajadores de primera (pertenecientes a la cultura mayoritaria) y otro de segunda (pertenecientes a culturas minoritarias y probablemente de origen extracomunitario).

²³⁹³ FREDMAN: *Discrimination law...*, op. cit., p. 16 y pp. 177 y siguientes. La citada autora describe las problemáticas más comunes que pueden surgir a la hora de utilizar estadísticas en el marco de la tutela antidiscriminatoria (pp. 183 y siguientes).

demostrará que de los candidatos que han sido escogidos no habrá probablemente ningún trabajador que profese la religión judía o que sea adventista. En este supuesto será fácil determinar el elemento distorsionador y que cause el impacto desproporcionado. En la mayoría de casos no será tan fácil, y menos acreditarlo.

La discriminación refleja, interpuesta o por asociación, es una tipología de discriminación de creación jurisprudencial. La STJUE de 17 de julio de 2008, asunto 303/06, caso S. Coleman contra Attridge Law (TJCE 2008, 176), es revolucionaria por el hecho de que se trata de un caso de discriminación en el que la persona discapacitada no es quien sufre la discriminación, sino que quien es discriminada es su madre. La madre de la persona con discapacidad es discriminada en su puesto de trabajo como administrativa precisamente por razón de cuidar de su hijo. Por lo tanto, no se está ante una discriminación indirecta, sino ante una discriminación refleja, interpuesta o por asociación.

2.6. Aplicación y funciones de la tutela antidiscriminatoria

Si el ordenamiento jurídico no fuera capaz de detener las prácticas discriminatorias por motivo de creencias religiosas, existiría un riesgo real de que pudieran extenderse y perpetuarse fuera del centro de trabajo, en sectores concretos o por todo el Estado, convirtiéndose en una verdadera pauta social en el ámbito laboral y, por ende, peligraría cualquier intento de alcanzar una verdadera inclusión de los trabajadores con creencias religiosas minoritarias (en muchas ocasiones de origen inmigrante), que percibirían, con razón, que su estatus es diferente por reputarse inferior al de los trabajadores pertenecientes a la población dominante que profesan creencias religiosas mayoritarias²³⁹⁴. O sea, se darían las circunstancias idóneas para que se traspasara el hecho individual y aislado del centro de trabajo concreto, y se alcanzara una proyección social más generalizada, lo que tendría un efecto devastador para determinados colectivos de trabajadores, que sufrirían así un proceso paulatino de marginación y guetización, proceso inherente a la exclusión del mercado de trabajo. Un ejemplo bien conocido, y que debe ser evitado a toda costa por una sociedad que se pretenda democrática, lo constituyen las denominadas *banlieues* que rodean ciudades como París, formadas por trabajadores y desempleados de creencias musulmanas principalmente; o muchas de las barriadas donde residen los trabajadores turcos y sus familias en Alemania, que por definición suelen profesar asimismo creencias musulmanas²³⁹⁵. El no

²³⁹⁴ "En muchos países occidentales hemos pasado de una primera fase, en la que el secularismo fue un logro que se obtuvo con mucho esfuerzo rechazando alguna forma de dominación religiosa, a una fase de tan gran diversidad de creencias básicas, religiosas o no, que solo un claro enfoque sobre la necesidad de equilibrar libertad de conciencia e igualdad de trato puede permitirnos formarnos un juicio de la situación. Si no, corremos el peligro de limitar innecesariamente la libertad religiosa de las minorías inmigrantes con la fuerza de nuestras soluciones institucionales históricas, a la vez que enviamos a esas mismas minorías el mensaje de que en modo alguno gozan de un estatus igual al de la mayoría dominante tradicional". TAYLOR: "Por qué necesitamos...", en AAVV: *El poder de la religión...*, op. cit., p. 52.

²³⁹⁵ Un buen retrato de la discriminación que sufrieron (y sufren) un gran número de trabajadores turcos en la Alemania de los años ochenta del siglo XX, extremo que puede ser extrapolado a otros países, épocas y nacionalidades, puede examinarse en WALLRAFF, Günter: *Cabeza de turco*. 2ª edición. Barcelona: Anagrama, 1987. Se trata de un trabajo de investigación en el que el periodista alemán se hizo pasar por un trabajador turco durante un tiempo para poder comprobar con sus propios ojos las condiciones de vida y trabajo de miles de turcos que prestaban servicios en Alemania

reconocimiento óptimo del derecho a la libertad religiosa en el puesto de trabajo y, por ende, la discriminación sistemática de los trabajadores con convicciones religiosas conlleva sin duda que los trabajadores con fuertes convicciones religiosas, si no son marginados del mercado de trabajo, opten por prestar servicios en empresas que estén guiadas por códigos religiosos (no necesariamente empresas de tendencia) similares a los suyos, fenómeno en auge en países como los Estados Unidos, lo que puede provocar un fenómeno acusado de "guetización laboral". Empieza a ser cada vez más evidente que los trabajadores con convicciones religiosas no quieren escindir su vida entre unos largos lapsos de tiempo que transcurren en un puesto de trabajo en el que deben obviar sus más íntimas convicciones, y el resto del tiempo en el que las pueden recuperar como ciudadanos, cuando tienen la fortuna de ser reconocido como tales por el Estado en el que residen²³⁹⁶.

Antes se ha avanzado que una actuación discriminatoria de naturaleza sistemática por parte de una empresa tendría probablemente como objetivo las subcategorías anteriormente mencionadas, que son normalmente las más débiles jurídica y económicamente: mujeres y jóvenes, de convicciones religiosas minoritarias, por lo que asimismo estarán formadas probablemente por inmigrantes extracomunitarios o españoles de primera generación²³⁹⁷. En el caso de los extranjeros extracomunitarios es conocido que, por diversos factores (falta de formación, dinámica del sistema de autorizaciones administrativas de trabajo, creencias religiosas diferentes a las de la mayoría, etc.), habitualmente sus tasas de desempleo son muy superiores a las de los trabajadores nativos, extremo que se agrava rápidamente en situación de crisis económica. Para dichos trabajadores extracomunitarios, el acceso al trabajo es la clave para su integración, mejor su inclusión, para salvaguardar la cohesión social, mucho más vulnerable en estos casos y para poder acceder a la ansiada ciudadanía, de la que carecen en muchas ocasiones. La pérdida de empleo o la imposibilidad de acceder al mercado de trabajo provocan en el trabajador inmigrante efectos añadidos a los que sufriría un trabajador nativo: alteración de su estatus jurídico que pueden provocar una situación de irregularidad administrativa (con lo que ello conlleva en la afectación de sus derechos), exposición a medidas de carácter sancionador, imposibilidad de seguir remitiendo remesas económicas a los familiares en el país de origen y que dependen económicamente de dicha fuente de ingresos, etc.²³⁹⁸ Mientras buena parte de los

²³⁹⁶ "An employee at John Deere or Microsoft does not have the same opportunity to connect faith and work as a small business owner does. Some devout Christians might argue that Christians should work only in settings where it is possible to be a 100 percent Christian all of the time (and certainly this is the same argument made by some Orthodox Jews) since work in a secular setting could require a radical segmentation of the worker's life in which faith and work never connect". LAMBERT: *Spirituality...*, op. cit., pp. 77-78.

²³⁹⁷ CHACÓN RODRÍGUEZ: *La "España Inmigrante"...*, op. cit., por ejemplo p. 136. Si a tales factores se añaden la edad o un bajo nivel de estudios la debilidad aumenta.

²³⁹⁸ RAMOS QUINTANA: "Acceso al mercado de trabajo...", op. cit., p. 30. Con razón, dicha autora apunta que "las dificultades de los trabajadores migrantes para encontrar empleo en período de crisis, en razón de la contracción del número de ofertas de trabajo, aumentan debido a la aparición de mensajes y dogmas identitarios y prácticas de discriminación" (pp. 31-32). Aunque la autora no lo menciona expresamente, sin duda la profesión de unas creencias religiosas diferentes a las del empresario o a las de la mayoría de los trabajadores de dicha empresa, especialmente cuando dicha profesión es significativamente visible (por ejemplo, a través de la indumentaria o de símbolos), agravarán probablemente los efectos de los citados dogmas identitarios y la acentuación de prácticas discriminatorias. Por tal razón, muchos trabajadores optan por no hacer visibles sus creencias, por ejemplo, en el caso de los sijs, y más cuando ciertas organizaciones

derechos de una persona dependen de su nacionalidad, en el sentido más tradicional de los Estados-nación europeos, será del todo imposible hacer frente con solvencia a los retos de una sociedad pluricultural²³⁹⁹.

La extensión por todo el sector de actividad, en otros ámbitos o por todo el país de este tipo de prácticas discriminatorias tendría un efecto muy negativo sobre la igualdad de oportunidades de las subcategorías mencionadas, un arrinconamiento de la población activa con creencias minoritarias²⁴⁰⁰. ¿Qué futuro laboral le espera a un joven inmigrante con poca formación y que por razones religiosas ha de llevar una indumentaria que le diferencia nítidamente de otros candidatos a un puesto de trabajo “diseñado” para autóctonos, según el canon de la mayoría, o trabajadores inmigrantes con aspecto occidental? Si el ordenamiento jurídico no le proporciona una protección eficaz desde el momento de la contratación y hasta que el contrato se extinga está condenado a una rotación laboral perpetua y a aspirar a trabajos de baja categoría profesional (subempleo, economía sumergida)²⁴⁰¹. Se iniciaría un círculo vicioso que tendría como principal característica el ataque frontal al derecho al trabajo, la estabilidad en el empleo, y la promoción y formación profesionales de estos colectivos. O peor aún, la asimilación y aculturación de masas de trabajadores desesperados, que por la fuerte presión a la que estarían sometidos (falta de entrada de ingresos en la unidad familiar, marginación, eventual irregularidad administrativa, etc.), optarían a abandonar sus creencias y adoptar totalmente las mayoritarias. Por tales razones, en una democracia pluralista consecuente incluso estaría indicada, en ocasiones y de forma no generalizada, la siempre discutida (por sus efectos colaterales e imprevistos sobre las comunidades que se quiere ayudar) discriminación positiva²⁴⁰².

políticas difunden mensajes agresivos respecto los inmigrantes en relación a su supuesta responsabilidad de empeorar las tasas de desempleo.

²³⁹⁹ "Es preciso garantizar la universalidad y la igualdad de los derechos humanos más allá de la ciudadanía nacional. Entiéndase conceptual o terminológicamente como «ciudadanía post-nacional» o como ciudadanía cosmopolita». MONEREO PÉREZ: "Las políticas de inmigración...", *op. cit.*, p. 29.

²⁴⁰⁰ La afectación grupal, a la que ya se hizo referencia, se produciría en este caso extramuros de la empresa.

²⁴⁰¹ De hecho, existen datos empíricos sobre la discriminación sufrida por personas que utilizan cierta indumentaria que exterioriza sus convicciones religiosas. Por ejemplo, se ha detectado en la Unión Europea en reiteradas ocasiones: "*Beside the legislative level, there is evidence that Muslim women wearing the headscarf experience discrimination as a 'visible minority' on grounds of gender and religion. A report by the European Commission entitled 'Tackling Multiple Discrimination' reports the case of a nurse who is continuously confronted with prejudices and negative comments by her colleagues and clients because of wearing the headscarf. Furthermore, some cases of denying a specific job to women with headscarf lack sufficient justification and may therefore be regarded as discriminatory. The exclusion of women wearing the headscarf from jobs that involve customer contact is a case in point. An incident which occurred in Austria clearly illustrates a case of intersectional discrimination. There, an employer of a cleaning company threatened some female employees that he would withdraw their social security payments if they would not remove their headscarves*". AAVV: *Migrants, minorities and employment...*, *op. cit.*, p. 76.

²⁴⁰² "Una democracia pluralista de verdad no ha de renunciar a la cohesión, a la integración; pero no ha de reducirla a un intento de asimilación que exija abjurar de cualquier manifestación de diversidad en la medida en que no se ajuste al canon de lo que es verdadero, de lo que es mayoritario. Una democracia pluralista de verdad ha de aceptar, muy al contrario, la necesidad de negociar todas las posiciones en el espacio público desde la particularidad de cada una de ellas, y por eso extenderá la inclusión más allá del vínculo de la nacionalidad y de la identidad cultural (...). Una democracia pluralista de verdad ha de tener en cuenta las asimetrías existentes entre los miembros de la comunidad política, en lo que se refiere a la diversidad cultural o nacional. Pero no renuncia a discriminar entre ellas, a distinguir entre diversidad como hecho e igualdad como

En pocas palabras, si la categoría social de trabajadores que profesan ciertas creencias religiosas, habitualmente unida a características étnicas y culturales muy concretas y fácilmente identificables²⁴⁰³, adquiere una magnitud superior a una empresa determinada (la empresa constituye un ser social que se inserta en su entorno y constituye parte de la "esfera pública")²⁴⁰⁴; el efecto estigmatizador en relación a dichos trabajadores aumenta exponencialmente, lo que podría conllevar su marginación del mercado de trabajo²⁴⁰⁵ (un buen indicador de ello podría detectarse en las tasas de desempleo)²⁴⁰⁶. Es necesario tener en cuenta que la tutela antidiscriminatoria no sólo se justifica por la prohibición de conductas concretas, sino que supone también una corrección de situaciones discriminatorias objetivas existentes en la sociedad²⁴⁰⁷, como puede ser la plena inserción

respuesta normativa; igualdad en estas sociedades multiculturales será igualdad compleja, aquella que exige tratar de manera desigual situaciones que lo son en honor de una igualdad que no sea ni homogeneidad ni pura fórmula vacía (igualdad puramente formal)". DE LUCAS MARTÍN: Globalización e identidades..., op. cit., p. 63.

²⁴⁰³ "Among the questions inextricably intertwined with religious rights and religious liberty is one of ethnic identity, which in many countries throughout the world is virtually conterminous with the rights of religious minorities". WOOD: "An apologia for religious...", en AAVV: *Religious human rights...*, op. cit., p. 481.

²⁴⁰⁴ "Los intereses de los trabajadores, idénticos o próximos entre sí a causa de su común posición objetiva dentro del contrato de trabajo (de todos los contratos de trabajo), sin perjuicio claro es de las diferentes condiciones materiales y percepciones psicológicas propias de cada supuesto particular, no se limitan al ámbito inmediato del intercambio de trabajo por salario (la empresa o el centro de trabajo), sino que proyectan su alcance al conjunto del sistema económico y social como consecuencia del doble perfil de un mismo hecho: 1) que las relaciones laborales constituyen el soporte real de las relaciones de producción y económicas en general; y 2) que, por ello, las relaciones laborales, lejos de ser formaciones aisladas o socialmente no representativas, integran una estructura generalizada y se erigen así en elemento caracterizador (emblema o arquetipo) del entero sistema económico social. Y lo mismo habría que señalar, por su parte, para los empresarios". PALOMEQUE LÓPEZ: *Derecho del Trabajo...*, op. cit., p. 46. Dicho entramado social precisamente es el que puede generalizar conductas discriminatorias localizadas en un inicio en una concreta empresa o centro de trabajo.

²⁴⁰⁵ La posición del individuo en el mercado de trabajo determina en buena medida su posición social. Para el individuo que sólo dispone de la venta de su fuerza de trabajo como medio para poder subsistir (que es el caso de la mayoría de ciudadanos y de los sujetos que ni siquiera son considerados ciudadanos) la integración en el mercado de trabajo conlleva la autosuficiencia; y con la autosuficiencia es posible la autodeterminación y la libertad. En una economía de mercado, la integración en el mercado de trabajo facilita, en definitiva y por mucho que habitualmente se afirme lo contrario, el ejercicio de los derechos fundamentales. Por contra, la exclusión del mercado de trabajo conlleva dependencia, falta de libertad y mayores dificultades para ejercer dichos derechos fundamentales. PÉREZ DEL RÍO: "La Ley Orgánica de Igualdad...", op. cit., p. 223.

²⁴⁰⁶ Por ejemplo, en un estudio empírico llevado a cabo en Inglaterra y Gales con datos de 1999 a 2001 se ha podido detectar la relación entre ser musulmán y una mayor tasa de desempleo, aunque es difícil separar si tales tasas desfavorables van unidas a las creencias religiosas, a la etnicidad de los trabajadores o a ambos factores a la vez: "Using data from the 2001 Census, we find that Muslims tend to have lower employment rates than those with no religion, although it is difficult to fully separate the effects of religion and ethnicity". CLARK, Ken y DRINKWATER, Stephen: *Ethnic minorities in the labour market. Dynamics and diversity*. 1ª edición. Manchester: University of Manchester, 2007, pp. 15-17. Asimismo, dicho estudio evidencia la relación entre ser musulmán y tener un trabajo de peor calidad, y el factor de ser mujer como elemento discriminatorio acumulado al de la religión: "Where there is some variation in religion, being Muslim was associated with poorer employment outcomes for many ethnic groups and that this penalty was greater for women. Since the vast majority of Pakistanis and Bangladeshis are Muslims, it was not possible to identify a separate effect of religion for these groups. Nevertheless, part of the explanation for their lower employment rates may relate to their religious affiliation" (p. 45).

²⁴⁰⁷ RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER Y FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación...*, op. cit., p. 82.

laboral de determinados colectivos de trabajadores en el mercado de trabajo²⁴⁰⁸. El Derecho ha de garantizar que el trabajador pueda desarrollarse libremente teniendo en cuenta su identidad personal, su conciencia individual, formada por sus características inherentes (por ejemplo, raza u origen étnico) y los elementos no inherentes, escogidos por el individuo y que no son definitivos (por ejemplo, creencias religiosas)²⁴⁰⁹, tanto dentro como fuera del puesto de trabajo.

Ha de tenerse en cuenta que los trabajadores que pertenezcan a minorías religiosas parten normalmente de una posición inicial más desventajosa que otros trabajadores de cultura, lengua y creencias mayoritarias. Normalmente partirán de una situación de desventaja para acceder a unos mismos bienes: educación, vivienda, bienes culturales, etc. A esas limitaciones de acceso a recursos materiales e inmateriales hay que añadir el más que probable menosprecio a que será sometida su identidad cultural, su lengua y creencias minoritarias, el modo de vestir y sus costumbres "raras", diferentes al canon occidental del país. Así, la discriminación a que son sometidos desde un inicio provoca una situación de desventaja y estigmatización, que a la vez es asumida por el grupo y provoca mayor discriminación y aun mayores dosis de estigmatización²⁴¹⁰.

Por lo tanto, la tutela antidiscriminatoria debe ser aplicada en dos momentos diferenciados: *ex ante*, antes de que se produzca la discriminación en el centro de trabajo o empresa, o en un nivel superior; pero también *ex post*, cuando la discriminación ya se ha producido en la empresa o trasciende la empresa y se empieza a objetivar a una escala generalizada o ya se ha asentado dicha discriminación (discriminación estructural o permanente). Así, la doctrina ha señalado que la tutela antidiscriminatoria en una situación ideal debería incluso actuar antes de producirse la conducta discriminatoria, ya que posee tres funciones²⁴¹¹:

²⁴⁰⁸ En opinión de GARCÍA MURCIA "los problemas de igualdad de trato y no discriminación en el empleo no son más que un reflejo de los problemas más generales de composición y ordenación de la sociedad en su conjunto. Guste o no, la plena integración social sólo se consigue mediante la inserción laboral, es decir, mediante el acceso, en condiciones de igualdad, al sistema productivo, al mercado de trabajo o al mundo profesional". GARCÍA MURCIA, Joaquín: "Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales", en AAVV: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, p. 386.

²⁴⁰⁹ "La identidad personal, o más precisamente aun, la conciencia de la propia identidad, está compuesta por elementos dados, no elegidos, de los que la persona es portadora al margen de su voluntad (cuerpo, raza, lugar de nacimiento, contexto cultural inicial, etc.), y también por otros, libremente asumidos, por los que la persona opta en el ejercicio de su autonomía. En otras palabras: la identidad personal, el núcleo más íntimo y profundo del ser humano, es a la vez «algo dado» y «posibilidad abierta», y su felicidad pasa por la autorrealización de sí mismo, pudiendo actuar en coherencia con lo que verdaderamente es y se siente". El rol del Derecho es garantizarlo. LEMA TOMÉ: *Laicidad e integración...*, op. cit., p. 195. El Derecho ha de llevar a cabo dicha tarea con todos los instrumentos jurídicos disponibles, por lo que no sólo se deberá limitar a la tutela antidiscriminatoria, sino que también deberá velar por la vigencia del derecho fundamental a la libertad religiosa en la relación laboral y por la posibilidad de optar por la objeción de conciencia si se dan las circunstancias jurídicas adecuadas.

²⁴¹⁰ "Lo peor es que esta presión acaba interiorizada por los miembros del grupo minoritario, que acaba aceptando que su identidad, su lengua, lejos de ser un bien, constituye un obstáculo para su desarrollo personal. Por este motivo, la vulnerabilidad se transmite al reconocimiento y garantía de estos derechos en términos de discriminación". DE LUCAS MARTÍN: *Globalización e identidades...*, op. cit., p. 82.

²⁴¹¹ PÉREZ DEL RÍO: "La Ley Orgánica de Igualdad...", op. cit., pp. 224-225.

1) Preventiva: intenta actuar en el medio social para evitar que se produzca la conducta discriminatoria²⁴¹². La norma permite a los individuos y a los poderes públicos identificar qué conductas son constitutivas de discriminación. En relación al mundo del trabajo, siempre será mejor que el legislador prevea y evite las disintonías entre trabajo y derecho a la libertad religiosa y la empresa asimismo lo tenga en cuenta *ex ante*, que tener que acomodar posteriormente la situación, extremo que puede ser más gravoso para la empresa y para otros trabajadores, y lógicamente más desagradable para el afectado si se materializa un conflicto laboral con tintes discriminatorios. En un país democrático debería ser posible que el derecho a la libertad religiosa se desarrollara en el máximo de su extensión en el mayor número de supuestos sin tener que "acomodar" a las minorías.

Tal función preventiva sería de gran interés en relación a la manera en que en España se ha enfocado y se está enfocando la política migratoria. Si no hay duda de que la migración que afecta a España se ha laboralizado, tanto las leyes de extranjería (que deberían mutar a "leyes de ciudadanía") como el Derecho del Trabajo deberían prever normas de carácter antidiscriminatorio enfocadas especialmente al colectivo de trabajadores migrantes. La razón es muy simple: la normativa administrativa de extranjería y la situación objetiva del mercado de trabajo español han conllevado que dicho grupo de personas sean especialmente el blanco de todo tipo de conductas discriminatorias²⁴¹³. Desde dicho prisma resulta claro que el legislador debería estar guiado en un primer momento por estudios sociológicos y jurídicos, incluidos los empíricos, que ayudaran a determinar dónde exactamente y con qué frecuencia se producen las conductas discriminatorias. La posterior labor legislativa entonces sería efectiva en dos sentidos: el primero, porque iría dirigida a la raíz del problema que se pretende resolver; y en segundo lugar, sin vulnerar el principio de neutralidad religiosa que debe guiar la acción del Estado, se fortalecerían los valores democráticos que

²⁴¹² Por ejemplo, en un estudio empírico llevado a cabo en Inglaterra y Gales con datos de 1999 a 2001 se ha podido detectar que una persona perteneciente a una minoría étnica y/o religiosa de una zona pobre de una localidad puede padecer peores condiciones laborales que otra persona de la misma zona sin dichos atributos, lo que aconseja una actuación decidida de las Administraciones públicas: "*While all ethnic groups have lower employment rates in disadvantaged areas, the size of this effect was greater for ethnic minorities. This suggests that a white individual, with a given level of human capital and other characteristics, living in an area with a particular level of deprivation, would have a higher employment rate than an identical individual from an ethnic minority in an equally deprived area. This might reflect a number of factors, including greater racial discrimination in particular type of area and the unobservable attributes of local areas and/or individuals. Taken together, our findings on education, religion and the deprived nature of neighbourhoods suggests additional sources of ethnic diversity to be aware of and additional mechanisms through which carefully targeted policies may reduce ethnic inequalities*". CLARK y DRINKWATER: *Ethnic minorities in the labour...*, *op. cit.*, p. 46. Es interesante destacar que el citado estudio detectó que las personas de Bangladesh, del Paquistán o de raza negra eran los más penalizados desde un punto de vista laboral; mientras que los trabajadores de origen chino o indio eran los que menos, conclusiones que pueden ayudar a implementar de manera más eficaz políticas contra la discriminación (pp. 47-48).

²⁴¹³ Se ha apuntado que el derecho antidiscriminatorio podría ser el instrumento jurídico óptimo dadas las circunstancias: "*La regulación jurídico – legal de la inmigración en relación al mercado de trabajo bien debería de valorarse y enjuiciarse desde el nuevo derecho antidiscriminatorio o bien se debería cambiar la concepción económico – laboral de la inmigración de escasa cualificación*". MONEREO PÉREZ y TRIGUERO MARTÍNEZ: "El modelo de política jurídica...", *op. cit.*, p. 20.

compartan los ciudadanos²⁴¹⁴. En este sentido preventivo pueden ser de gran relevancia las guías de buenas prácticas²⁴¹⁵, los códigos de conducta, los programas de Responsabilidad Social de la empresas, el denominado *soft law*, etc.

2) Tutelar: eliminación de actuaciones discriminatorias por parte de los órganos administrativos y jurisdiccionales, y reparación o resarcimiento de las víctimas. Un instrumento jurídico entre preventivo y tutelar se puede localizar, por ejemplo, en el apartado primero del art. 22 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo: "*Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo. Los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciasen carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta*".

3) Promocional: más allá de la actividad sancionadora, se fomenta activamente la remoción de los obstáculos con la finalidad de que la igualdad de los individuos sea real y efectiva. Tal y como afirma la doctrina inglesa, "*a right to equality might be an empty promise if it requires each individual victim of discrimination to conduct proceedings against a particular defendant, particularly if the defendant is her employer, the factual and legal issues complex, and the remedy limited to compensation. A wholehearted commitment to equality might well require far more imaginative legal structures, including not just prohibitions of discriminatory behaviour or practices, but positive duties to promote equality*"²⁴¹⁶.

La actuación *ex ante* es precisamente la acción de naturaleza jurídica o extrajurídica que otorga sentido a las llamadas medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas (las llamadas *affirmative action* del Derecho anglosajón). Éstas actúan antes de que se

²⁴¹⁴ "If a constitutional regime takes certain steps to strengthen the virtues of toleration and mutual trust, say by discouraging various kinds of religious and racial discrimination (in ways consistent with liberty of conscience and freedom of speech), it does not thereby become a perfectionist state of the kind found in Plato or Aristotle, nor does it establish a particular religion as in the Catholic and Protestant states of the early modern period. Rather, it is taking reasonable measures to strengthen the forms of thought and feeling that sustain fair social cooperation between its citizens regarded as free and equal. This is very different from the state's advancing a particular comprehensive doctrine in its own name". RAWLS: *Political liberalism...*, op. cit., p. 195.

²⁴¹⁵ Según el código *Best Practices for Eradicating Religious Discrimination in the Workplace* de la U.S. Equal Employment Opportunity Commission las buenas prácticas del empresario en esta materia son las siguientes: 1) *Employers can reduce the risk of discriminatory employment decisions by establishing written objective criteria for evaluating candidates for hire or promotion and applying those criteria consistently to all candidates*; 2) *In conducting job interviews, employers can ensure nondiscriminatory treatment by asking the same questions of all applicants for a particular job or category of job and inquiring about matters directly related to the position in question*; 3) *Employers can reduce the risk of religious discrimination claims by carefully and timely recording the accurate business reasons for disciplinary or performance related actions and sharing these reasons with the affected employees*; 4) *When management decisions require the exercise of subjective judgment, employers can reduce the risk of discriminatory decisions by providing training to inexperienced managers and encouraging them to consult with more experienced managers or human resources personnel when addressing difficult issues*; 5) *If an employer is confronted with customer biases, e.g., an adverse reaction to being served by an employee due to religious garb, the employer should consider engaging with and educating the customers regarding any misperceptions they may have and/or the equal employment opportunity laws*. Tales buenas prácticas empresariales son completadas por consejos en materia de acoso y las buenas prácticas de los trabajadores.

²⁴¹⁶ FREDMAN: *Discrimination law...*, op. cit., p. 4.

produzca la conducta discriminatoria y, por lo tanto, con anterioridad a que sea necesaria una medida antidiscriminatoria de naturaleza represora²⁴¹⁷.

En definitiva, el ordenamiento jurídico ofrece una disparidad de normas de fuentes muy diversas (tanto estatales como internacionales, especialmente normativa comunitaria) que tienen por finalidad que la relación laboral se desarrolle de forma óptima, con total respeto de la libertad religiosa de los ciudadanos-trabajadores. Se trata de normas generales que intentan garantizar el derecho a la libertad religiosa en realidades sociales muy diferentes y que han de aplicarse a casos concretos, a conflictos creados por individualidades. Es tarea del jurista, con la inestimable ayuda previa del legislador, realizar una tarea tan delicada como es armonizar mediante la razonable aplicación de reglas generales, incluidas las referidas a la tutela antidiscriminatoria, los intereses creados por individualidades irrepetibles, con su propio sistema de creencias y dotados de una dignidad inviolable, que en conjunto forman la pluralidad existente en el medio social que conforma la empresa.

Una vez falla la prevención y se materializa la conducta discriminatoria, son de aplicación los mecanismos de tutela antidiscriminatoria, con las consecuencias jurídicas que correspondan según el supuesto. A modo de ejemplo, nulidad del despido si se está ante la extinción del contrato; nulidad de la decisión empresarial ex art. 17 ET²⁴¹⁸, en relación al art. 4.2.c) ET; y/o aplicación de las sanciones previstas en el art. 8 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Dicha norma califica como falta muy grave las siguientes conductas:

- Apartado 11: *“Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”*.

- Apartado 12: *“Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”*.

²⁴¹⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *La protección jurídico laboral...*, op. cit., pp. 46-55.

²⁴¹⁸ Aunque no realizaba alusión alguna de forma expresa al derecho a la libertad religiosa, el art. 57 de la Ley de contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931 se puede considerar un precepto equivalente al actual art. 17 ET, ya que su contenido era el siguiente: *“Es nulo todo pacto que limite, en daño de cualquiera de las partes, el ejercicio de los derechos civiles y políticos, así como la renuncia, hecha por el trabajador, antes o después de la celebración del contrato, de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidentes en el trabajo, perjuicios ocasionados por incumplimiento del contrato o cualesquiera otros beneficios establecidos por la Ley”*. Como se puede apreciar, el precepto transcrito mezcla el remedio previsto ante eventuales pactos que vulneren los derechos de ambas partes (por lo tanto, a diferencia del precepto estatutario se protege asimismo el derecho a la libertad religiosa del empresario), con la prohibición de irrenunciabilidad de derechos.

- Apartado 13 bis: *“El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”*²⁴¹⁹.

Tal y como advierte el art. 28.1.d) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, constituye acoso *“toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”*. Y según el art. 28.2 *in fine* de la misma ley *“el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se consideran en todo caso actos discriminatorios”*. Por lo tanto, jurídicamente hay que equiparar el acoso por razón de religión o convicciones a una conducta discriminatoria, con las consecuencias jurídicas que ello comporta. Al respecto, hay que tener en cuenta que el art. 4.2.e) ET reconoce el derecho del trabajador al *“respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”*.

En su caso, al tratarse de la vulneración de un derecho fundamental, el trabajador afectado podrá resarcirse de los daños y perjuicios que la conducta discriminatoria le haya podido ocasionar. No se olvide que los arts. 177 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, regula la modalidad especial cuyo objeto es la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. La sentencia dictada en el marco de dicha modalidad procesal tendrá el siguiente contenido (arts. 182 y 183 LRJS):

- 1) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.
- 2) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada.
- 3) Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados
- 4) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u

²⁴¹⁹ El acoso es definido por el Derecho comparado de los países de la Unión Europea como *“any unwanted conduct related to protected grounds (including religion or belief) and manifested physically, verbally, or in any other manner, that has the effect of violating the dignity of a person and of creating a hostile, offensive, or intimidating environment”*. DOE: *Law and religion...*, op. cit., p. 72.

omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

Si otro trabajador es el sujeto activo del acoso por razón de creencias religiosas, respecto a sus compañeros o incluso respecto al mismo empresario, si se reúnen las circunstancias de gravedad y culpabilidad, el citado empresario podrá proceder a su despido disciplinario de acuerdo con lo establecido en el art. 54.2.g) ET, que considera constitutivo de incumplimiento contractual "*el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa*".

En los casos más graves se podría incurrir en los tipos penales previstos en el Título VII y que comprende los delitos contra la integridad moral (arts. 173 y siguientes).

Es evidente que en ocasiones, como se puede observar a lo largo de la presente investigación, los organismos, autoridades y órganos jurisdiccionales que han de velar para que las conductas discriminatorias por motivos religiosos realicen interpretaciones que dejan resquicios, o incluso dejan la puerta abierta, a que dichas conductas se materialicen. La Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 9 de abril de 1997, caso *Stedman contra el Reino Unido*, es un ejemplo de cómo un ordenamiento dirigido a evitar conductas discriminatorias, como es la Convención Europea de Derechos Humanos, a veces falla a la hora de evitar conductas discriminatorias en las relaciones laborales por causa de una interpretación excesivamente rígida y formalista, que arroja un resultado en la práctica de evidente discriminación por razones religiosas. En el supuesto analizado por dicha Decisión una trabajadora inglesa prestaba servicios en una agencia de viajes. Al poco tiempo de trabajar en dicha agencia, la empresa requirió a dicha trabajadora y a otros compañeros que debían trabajar algunos domingos, extremo que acató y así trabajó en varios domingos. El 27 de abril de 1992 advirtió a la empresa con un mes de antelación que no iba a trabajar más los domingos, pues no estaba preparada para ello y consideraba que los domingos debían dedicarse a actividades no comerciales, familiares y religiosas (consta que su marido trabajaba de lunes a viernes). El 7 de mayo de 1992 la empresa le notificó que su contrato de trabajo iba a ser novado y que desde entonces el domingo se convertiría en un día ordinario de trabajo. Los trabajadores que prestaran servicios los domingos tendrían derecho a otro día de descanso durante la semana y así iban a trabajar cinco días a la semana. La trabajadora se negó a firmar la novación del contrato e informó a la empresa de que iba a seguir prestando servicios bajo las condiciones contractuales del contrato original. En fecha 4 de junio de 1992 fue despedida por no querer suscribir la novación del contrato.

Por lo tanto, está claro que no se trata de una objeción de conciencia, pues la trabajadora no incumple ninguna obligación jurídica por razón de sus convicciones religiosas, como mucho podría haber un despido discriminatorio por razón de las convicciones religiosas de la trabajadora. No obstante, la Comisión entiende que es de aplicación la doctrina vertida en la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 3 de diciembre de 1996, caso *Konttinen contra Finlandia*, que sí se trató de un caso de objeción de conciencia (despido de un trabajador adventista del Séptimo Día que se ausentó en

varias ocasiones del puesto de trabajo vulnerando sus obligaciones horarias). De este modo, la Comisión entiende que *“likewise in the present case the applicant was dismissed for failing to agree to work certain hours rather than her religious belief as such and was free to resign and did in effect resign from her employment”*. Además, la Comisión realiza una interpretación de la Convención claramente obstaculizadora de la eficacia *inter privatos* del derecho a la libertad religiosa: *“A fortiori the United Kingdom cannot be expected to have legislation that would protect employees against such dismissals by private employers”* (según la legislación del Reino Unido sólo podían ser impugnado ante la jurisdicción los despidos de relaciones laborales cuya duración hubiera tenido un mínimo de dos años). Si el Reino Unido no tiene motivo alguno para disponer de una legislación que fiscalice los despidos que puedan estar motivados por causas religiosas y la Convención ha de ser interpretada de forma que los empresarios privados pueden despedir a un trabajador porque se niega a firmar una modificación de su contrato porque el clausulado es contrario a sus convicciones religiosas²⁴²⁰ y tal conducta según la Comisión no supone discriminación alguna, resulta que de la doctrina de la hoy extinta Comisión se desprende que pueden materializarse fácilmente conductas discriminatorias en las relaciones laborales sustentadas en las empresas privadas.

Por el contrario, en la STEDH de 12 de abril de 2007, caso Ivanova contra Bulgaria, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el despido de la trabajadora, profesora de ingeniería de nacionalidad rusa que prestaba servicios en una escuela pública rusa, fue motivado por sus creencias religiosas. De los hechos probados se desprende que la trabajadora era miembro de la organización religiosa “Palabra de Vida” de creencias evangélicas, una organización perseguida por las autoridades búlgaras, al igual que otras muchas, por no profesar las creencias religiosas tradicionales del país. El Tribunal considera que el nuevo director de la escuela, designado por la Administración, utilizó el Derecho laboral como pretexto para extinguir el contrato de la trabajadora por entender que realizaba un proselitismo ilícito, que por otro lado nunca se probó. En esta sentencia se puede comprobar cómo, más allá de los formalismos del Derecho del Trabajo utilizados por la empresa como mera cobertura, en este supuesto el Tribunal hace aflorar las causas del despido, que son consideradas vulneradoras del derecho a la libertad religiosa de la trabajadora y del derecho a no ser discriminada por razones religiosas.

Se puede decir que la tutela antidiscriminatoria ha de ayudar de manera decisiva a que efectivamente se alcance una igualdad sustancial, no meramente formal, de todos los trabajadores, sean cuales sean sus convicciones religiosas, que compartan su jornada en un centro de trabajo. Tal igualdad sustancial debe ir dirigida a alcanzar cuatro dimensiones u objetivos²⁴²¹:

- 1) Dimensión redistributiva: romper el círculo de desventaja asociado al estatus o a una categoría social concreta.
- 2) Dimensión de reconocimiento: promocionar la dignidad eliminando los estigmas, estereotipos y la humillación por la pertenencia a la categoría social.

²⁴²⁰ Según argumenta la Comisión: *“On the facts of this case the applicant was dismissed for refusing to work on a Sunday. The dismissal was not based on her religious convictions as such, but on the fact she refused to sign a contract which contained terms (working on a Sunday), with which she disagreed”*.

²⁴²¹ FREDMAN: *Discrimination law...*, op. cit., pp. 25 y siguientes.

3) Dimensión transformadora: tender a la acomodación de la diferencia para la consecución de un cambio estructural.

4) Dimensión participativa: promocionar la participación integral de los miembros de la categoría social en la sociedad, en los ámbitos sociales y políticos.

3. TRABAJADORES EXTRACOMUNITARIOS: NORMATIVA DE EXTRANJERÍA, TITULARIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

En varios apartados de la investigación se analizan aspectos diversos de los trabajadores extracomunitarios con creencias religiosas, pues se trata de una categoría de trabajadores multifacética desde un prisma social, pero también jurídico. Así pues, ahora es menester completar su tratamiento desde otro punto de vista: la normativa de extranjería y la jurisprudencia constitucional sobre la titularidad de los derechos fundamentales de los extranjeros.

Tal y como apunta su compleja denominación, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (que sustituyó la vetusta Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España), concreta un haz de derechos y libertades que podrán disfrutar los extranjeros de origen extracomunitario que se encuentren en España y a los que no se les aplique el régimen jurídico más beneficioso de los familiares de ciudadanos comunitarios (art. 1.3), de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

En los arts. 2 bis y 2 ter se definen los rasgos de la política migratoria y los principios que deben guiar la integración de los inmigrantes. De la lectura de ley se desprende que la integración del inmigrante debe venir precedida por un delicado equilibrio entre el respeto a los valores comunes que emanan de la Constitución y el respeto a la diferencia²⁴²². Según el primer apartado del art. 2 bis, todas las Administraciones públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto de principios, entre otros, como la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo; la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía; la efectividad del principio de no discriminación y el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España ("*en los términos previstos en la Ley*"); la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes reconocen a todas las personas, es decir, entre ellos el

²⁴²² CASTRO JOVER, María Adoración: "La integración de los inmigrantes. La educación como instrumento para formar ciudadanos", en AAVV: *Inmigración, minorías y multiculturalidad*. 1ª edición. Lejona: Adoración Castro, 2006, p. 104. La autora desarrolla en este trabajo cómo la educación se erige como uno de los instrumentos con mayor potencial para la integración real de los inmigrantes. En el mismo sentido teniendo en cuenta una perspectiva intercultural del sistema educativo *vid.* LETURIA NAVARRO, Ana: "Educación para la inclusión en un modelo intercultural de gestión de la diversidad", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013, pp. 81-112.

derecho a la libertad religiosa y la prohibición de discriminación; la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social²⁴²³.

Por otro lado, el art. 2 ter establece los principios que han de guiar la integración de los inmigrantes. Sin ánimo de exhaustividad, son de destacar principios como los siguientes:

- Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley. Entre esas identidades y culturas ha de suponerse incluidas las convicciones religiosas, aunque el precepto nada dice al respecto.

- Las Administraciones públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, en condiciones de igualdad de trato. Nótese como entre los diferentes ámbitos de participación social se omite nuevamente las creencias religiosas, a pesar de citarse los más relevantes ámbitos sociales.

En el Título I de la LO 4/2000 está dedicado a los derechos y libertades de los extranjeros. Hay que tener en cuenta, no obstante, que dicha Ley fue reformada profundamente por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²⁴²⁴. De hecho, la reforma fue tal, que sólo quedaron cuatro artículos inmodificados²⁴²⁵. A diferencia de la LO 4/2000 en su versión original, la nueva LO 8/2000 condicionó el disfrute de los derechos a la situación administrativa del extranjero²⁴²⁶.

El art. 3.1 LO 4/2000 en su versión actual afirma que *“los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos*

²⁴²³ Con el art. 2 bis "se trata de proteger a estar personas extranjeras en relación a los nacionales y comunitarios, asegurándoles una igualdad de derechos, que también aparece como clave para la integración social de los mismos. MONEREO PÉREZ y TRIGUERO MARTÍNEZ: "Las personas extranjeras inmigrantes...", *op. cit.*, p. 48.

²⁴²⁴ La promulgación de la LO 4/2000 se produjo en un contexto de descalificación de su contenido, de ahí su inmediata reforma; una reforma que, como después evidenció el Tribunal Constitucional, no hizo prevalecer los derechos fundamentales de los extranjeros: "Puede afirmarse que en materia tan sensible como la inmigración y extranjería, una de las cuestiones cruciales del siglo que ahora se inaugura marcado por los procesos globalizadores que atraviesan el planeta, ha primado la «la razón de Estado», la lógica política condicionada por el «gobierno de los hombres» con su particular miopía en asuntos de tanta trascendencia. En detrimento de la «razón jurídica», representada por el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, en este caso, de los inmigrantes y de los extranjeros. Ha primado una visión deformada de los derechos de ciudadanía, en un afán de exacerbar los sentimientos identitarios de los españoles en un momento de fragilidad del Estado nación y del principio de soberanía, frente a la concepción universalista e internacionalista de los derechos de personalidad". MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *Tolerancia y derechos fundamentales...*, *op. cit.*, p. 224.

²⁴²⁵ La evolución de la legislación de extranjería en el lapso temporal comprendido entre 1985 a 2008 puede consultarse en CHACÓN RODRÍGUEZ: *La «España inmigrante»...*, *op. cit.*, pp. 167-175.

²⁴²⁶ "El pilar sobre el que se constituyó el estatuto jurídico de la persona inmigrante extranjera fue sobre su situación administrativa, de tal forma que si presentaba una regularidad administrativa podía ejercer un conjunto de derechos considerables, mientras que si presentaba una irregularidad administrativa casi no existía como persona, al verse reducidos drásticamente los mismos". MONEREO PÉREZ y TRIGUERO MARTÍNEZ: "Las personas extranjeras inmigrantes...", *op. cit.*, p. 21.

establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”. Ahora bien, la ley establece dos reglas hermenéuticas:

1) Se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce la LO 4/2000 en condiciones de igualdad con los españoles (art. 3.1 *in fine*). Es lo que la misma ley denomina “criterio interpretativo general”, con lo que se viene a reconocer que al fin y al cabo se tendrán en cuenta los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional a la hora de delimitar el ejercicio de los derechos fundamentales como si de españoles se tratara²⁴²⁷.

2) Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España (art. 3.2). Dicha previsión no deja de ser una mera plasmación del art. 10.2 CE.

Más interesante a los presentes efectos es la advertencia que lleva a cabo el art. 3.2 *in fine*. Si en una primera parte el precepto hace alusión a la antedicha regla interpretativa, a renglón seguido realiza la siguiente advertencia: “(...) *sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas*”. Es decir, en contra de todo criterio sistemático, el legislador ha mezclado una regla interpretativa con una norma que pretende regular el ámbito de aplicación del derecho fundamental en cuestión. De hecho, si se examina bien el precepto, el legislador va más allá, y establece una norma de ponderación para el caso de que ante el ejercicio del extranjero de su derecho a la libertad religiosa o libertad ideológica, proceda la limitación de dichos derechos en favor de otros derechos fundamentales, aunque la redacción no sea en modo alguno afortunada. Para que tenga sentido el precepto, debe interpretarse que cuando se refiere a “*las mismas*” está haciendo alusión a “*las normas relativas a los derechos fundamentales*”; y no a “*la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas*”.

Ahora bien, si se interpreta de dicho modo el precepto, como parece lo correcto, resulta que el legislador ha pretendido llevar a cabo una curiosa plasmación de las reglas generales de delimitación de los derechos fundamentales cuando dichos derechos entran en conflicto entre ellos. Que un ciudadano extracomunitario lleve a cabo una conducta que esté amparado por el derecho a la libertad religiosa o por la libertad ideológica, y que pueda entrar en conflicto con otro derecho fundamental constituye un supuesto frecuente. Así pues, ha de interpretarse que el legislador ha pretendido recordar que el ejercicio de los derechos a la libertad religiosa e ideológica tiene límites. Y tal como está redactado el precepto parece claro que se refiere a supuestos que causan gran alarma social como puede ser el caso, por ejemplo, de la ablación genital femenina de menores, supuesto en que colisionaría frontalmente el art. 16.1 con el art. 10.1, 14 y 15, todos de la

²⁴²⁷ En el caso de colisión de derechos cuando quien los ejerce es una persona de origen extracomunitario se ha criticado que la pura aplicación formal de las reglas generales de delimitación de los derechos conllevan resultados diferentes que en el caso de que quien ejerza el derecho sea un español: “*La democracia plural, tomada en serio, exige mucho más que la reiteración de las respuestas tradicionalmente formuladas frente a los conflictos de la libertad individual. No basta con la solución kantiana, porque no se juega sólo en el ámbito de la conjugación de la libertad de cada uno con la libertad del otro. El problema es el déficit constitutivo de ese juego de libertades, los límites que son los presupuestos de exclusión de los otros, un déficit que la democracia liberal no quiere examinar, revisar*”. DE LUCAS MARTÍN: “Superar el vínculo de nacionalidad...”, *op. cit.*, pp. 35-36.

Constitución. Así pues, el legislador de forma poco hábil simplemente ha enfatizado que el art. 16.1 CE no otorga carta de naturaleza a toda conducta llevada a cabo por ciudadanos extracomunitarios en España; aunque curiosamente no ha citado el orden público, institución limitadora por antonomasia de los derechos fundamentales cuando intervienen elementos de extranjería y cuya interpretación, normalmente inflexible en el caso de la Administración, ha sido siempre problemática²⁴²⁸. Obviamente, el legislador tampoco ha optado por insertar ninguna exención *secundum legem* previendo que probablemente serán las personas de origen extracomunitario las que tendrán más posibilidades que el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa colisione con otros derechos o bienes.

El art. 23 de la LO 4/2000 desarrolla el art. 14 CE en materia antidiscriminatoria, y dicha plasmación legal se lleva a cabo de una forma muy completa. En el apartado primero se define qué entiende el legislador por “discriminación”: *“todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”*. Por lo tanto, en el ámbito de aplicación del precepto debe encuadrarse sin duda toda conducta llevada a cabo en el seno de la relación laboral. El apartado segundo está dedicado a enunciar a modo de ejemplo supuestos de hecho concretos en que se entendería *ex lege* que concurre una conducta discriminatoria. Es interesante el supuesto previsto en el subapartado c): *“Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”*. A pesar del desafortunado redactado del precepto, hay que entender que todos los extranjeros que pretendan acceder al trabajo, estén en situación administrativa regular o no, quedan amparados por la tutela antidiscriminatoria por motivos ideológicos o religiosos, tal y como se argumentará por razón de la doctrina constitucional que reconoce el ejercicio de derechos fundamentales, incluida la prohibición de la discriminación, a todas las personas sin excepción.

Recuérdese que el Tribunal Constitucional ha afirmado en varias ocasiones que los derechos fundamentales ligados a la dignidad humana (art. 10.1 CE), entre ellos la libertad religiosa y la ideológica, pueden ser ejercidos, sin más límites que los ordinarios para todo tipo de derecho fundamental, tanto por los extranjeros en situación regular, como por los extranjeros que estén residiendo en España irregularmente. Asimismo, también es de aplicación a ambas tipologías de extranjeros la tutela antidiscriminatoria contenida en el segundo inciso del art. 14 CE. Naturalmente, existen suficientes datos

²⁴²⁸ *“La principal característica de la sociedad multicultural es el incremento de las diferencias significativas (habría que decir más bien el incremento de algunos rasgos culturales diferentes, empezando por la diversidad religiosa). Esto plantea un reto a los mismos supuestos de la visión formalista del derecho, sobre todo en aquello que se refiere a la igualdad, a la «gestión de la diferencia». La solución tradicional ha sido exhibir la cláusula «de orden público», pero no siempre se advierte el carácter convencional y dinámico (en una palabra, cambiante) de esta noción, que no puede ser presentada como un límite objetivo, definitivo e inmutable”*. DE LUCAS MARTÍN: *Globalización e identidades...*, op. cit., pp. 86-87.

empíricos que demuestran que entre el reconocimiento formal de la prohibición de la discriminación de los trabajadores extranjeros de origen extracomunitario y su situación real existe un largo camino por recorrer²⁴²⁹, ya que, como se deja constancia en la presente investigación, los trabajadores extracomunitarios de origen más modesto sufren una constante discriminación en todos los ámbitos relacionados con el mercado de trabajo, también en cuanto al ejercicio de su derecho a la libertad religiosa²⁴³⁰.

Dicho esto, cabe indicar que el art. 23.2.e) contiene una definición de discriminación indirecta: *“todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”*.

Una vez tratados los derechos reconocidos a los trabajadores extracomunitarios en la legislación sectorial de extranjería, se continuará la presente exposición con los derechos a la igualdad y la prohibición de discriminación reconocidos en el art. 14 CE. Una vez examinados dichos derechos en relación a los trabajadores extracomunitarios, y a partir de dicha explicación se fijará la posición que ocupa el derecho a la libertad religiosa en relación a tal tipología de trabajadores²⁴³¹.

De una primera lectura del art. 14 CE salta a la vista que dicho precepto parece dirigido solamente a los ciudadanos españoles. En relación a dicha referencia exclusiva a los españoles, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 13.1 CE²⁴³², del que se infiere un status jurídico constitucional especial para los extranjeros, y la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha matizado la literalidad de la norma. No obstante, el estudio del ámbito subjetivo de aplicación del precepto, es, *de facto*, la plasmación de la efectiva coexistencia de dos normas. Ello es así porque la jurisprudencia constitucional ha diferenciado el ámbito subjetivo de aplicación del principio general de igualdad y el de la prohibición de discriminar.

En cuanto a la aplicación del principio de igualdad a los extranjeros²⁴³³, es obligado citar la relevante STC 107/1984, de 23 de noviembre (BOE 21 de diciembre de 1984), que como trasfondo trata de un supuesto de hecho en materia laboral. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional clasifica por vez primera los derechos constitucionales en tres

²⁴²⁹ Las confesiones religiosas son conscientes de ello y en tal sentido se han ido posicionando. Es el caso de la Encíclica "Laborem Exercens": *"La emigración por motivos de trabajo no puede convertirse de ninguna manera en ocasión de explotación financiera o social. En lo referente a la relación del trabajo con el trabajador inmigrado deben valer los mismos criterios que sirven para cualquier otro trabajador en aquella sociedad. El valor del trabajo debe medirse con el mismo metro y no en relación con las diversas nacionalidades, religión o raza"*.

²⁴³⁰ Por tal motivo, se ha afirmado con razón que *"la regulación jurídico-legal de la inmigración en relación al mercado de trabajo, debería de valorarse y enjuiciarse o bien desde el nuevo derecho antidiscriminatorio o bien cambiar la concepción económico-laboral de la inmigración de escasa cualificación presente en nuestra sociedad"*. MONEREO PÉREZ y TRIGUERO MARTÍNEZ: "Las personas extranjeras inmigrantes...", *op. cit.*, p. 47.

²⁴³¹ Sobre el estatuto de derechos de la persona inmigrante extranjera en España *vid.* MONEREO PÉREZ: "Las políticas de inmigración...", *op. cit.*, pp. 53-64. Asimismo *vid.* MONEREO PÉREZ y TRIGUERO MARTÍNEZ: "Las personas extranjeras inmigrantes...", *op. cit.*, pp. 50-59.

²⁴³² "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

²⁴³³ *Vid.* FLORES GIMÉNEZ, Fernando: "Igualdad y discriminación en los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los extranjeros", en AAVV: *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 99-119.

grupos, según el grado de igualdad en su disfrute por los ciudadanos extranjeros residentes en España en relación a los españoles (término comparativo), idea que, básicamente, se ha ido manteniendo en la jurisprudencia posterior:

1) Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros: Son los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, y que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. Entre ellos, por ejemplo, el derecho a la libertad ideológica o el derecho a la libertad religiosa²⁴³⁴.

2) Derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros: Los reconocidos en el artículo 23 de la CE, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene.

3) Derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes: En este caso, es constitucionalmente admisible la diferencia de trato respecto a los españoles en cuanto su ejercicio. La titularidad pertenece al extranjero, por lo tanto, al legislador sólo le es permitido modular el contenido del Derecho, condicionar su ejercicio, pero respetando en todo caso su contenido esencial. Por lo tanto, el principio general a la igualdad pertenecería a este grupo²⁴³⁵.

En el caso tratado por la citada sentencia del Tribunal Constitucional, la igualdad pretendida por el extranjero lo era para la contratación laboral, es decir, en relación, al derecho al trabajo, que sólo es reconocido constitucionalmente a los españoles (artículo 35 CE). Al no existir tratado ni ley que establecieran la igualdad entre españoles y extranjeros para ejercer dicho derecho, se desestima el recurso del extranjero²⁴³⁶.

La sentencia comentada es referida a un extranjero con una situación administrativa regular para residir en España. Sin embargo, hay que constatar que ciertos derechos, los que están ligados a la condición humana (a la dignidad humana, artículo 10.1 CE),

²⁴³⁴ La doctrina alemana es del mismo parecer: "Los derechos fundamentales liberales y sociales tienen la forma de normas generales que se dirigen a los ciudadanos en su calidad de «seres humanos» (y no sólo como miembros de un Estado). Incluso aunque los derechos humanos se hacen efectivos en el marco de un ordenamiento jurídico nacional, fundamentan en ese marco de validez derechos para todas las personas, no sólo para los ciudadanos". HABERMAS: *La inclusión del otro...*, op. cit., pp. 175-176.

²⁴³⁵ En este sentido vid. GIMÉNEZ GLÜCK, David: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2004, pp. 39 y ss.

²⁴³⁶ En opinión del Tribunal Constitucional, el artículo 13.1 CE no supone que "se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades «que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley» de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles" (Fundamento Jurídico Tercero).

pueden pertenecer tanto a extranjeros en situación regular, como a extranjeros que estén residiendo en España irregularmente²⁴³⁷.

Pocos años después, la STC 115/1987, de 7 de julio (BOE 29 de julio de 1987), dictada por el Pleno y recaída en el procedimiento de inconstitucionalidad contra la Ley 7/1985 promovido por el Defensor del Pueblo, perfila la doctrina establecida en la STC 107/1984. De esta manera, los españoles y extranjeros se encuentran en una posición de igualdad respecto a la titularidad y ejercicio de los derechos vinculados a la dignidad de las personas. En dicha categoría debe encuadrarse sin duda alguna los derechos a la libertad religiosa e ideológica reconocidos en el art. 16 CE.

En cuanto a la titularidad de los derechos que la Constitución reconoce indistinta y genéricamente a españoles y extranjeros, aunque no se encuentren vinculados a la dignidad humana, ésta corresponde por igual a españoles y extranjeros. No obstante, el legislador puede configurar condicionantes al ejercicio de dichos derechos. Por otro lado, el legislador orgánico es libre de extender a los extranjeros la titularidad de los derechos que la Constitución atribuye a los españoles y de establecer las condiciones de su ejercicio. Por último, los derechos establecidos en el art. 13.2 CE pertenecen exclusivamente a los españoles. Si el legislador quiere extender su titularidad y ejercicio a los extranjeros, será necesaria la reforma de la Carta Magna²⁴³⁸.

A partir de la STC 94/1993, de 22 de marzo (BOE 27 de abril de 1993), el Tribunal Constitucional entiende que el legislador orgánico, que posee una facultad constitutiva respecto a los extranjeros en los derechos no imprescindibles para la preservación de la dignidad humana y los atribuidos exclusivamente a los españoles, no está limitado por el contenido constitucionalmente garantizado de cada uno de los derechos, sino por los tratados internacionales ratificados por España²⁴³⁹.

La doctrina expuesta respecto a los derechos imprescindibles para la preservación de la dignidad humana enlaza con el derecho a no ser discriminado. En el caso de la discriminación concurre siempre una afectación de la dignidad humana. Por lo tanto, en cuanto al derecho a disfrutar de la tutela antidiscriminatoria, el extranjero en situación regular o irregular disfrutará del mismo régimen jurídico que los españoles. El problema consiste en delimitar en qué casos hay afectación de la dignidad humana y en cuáles no. Está claro que si la desigualdad se produce en relación a los supuestos listados en el segundo inciso del art. 14 CE (entre ellos la raza, la religión o la opinión), lo que podría ser denominado como “discriminaciones típicas” el extranjero tendrá el derecho a la tutela antidiscriminatoria en las mismas condiciones que tendría un español. En cuanto al resto

²⁴³⁷ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón: “Los derechos laborales individuales y de Seguridad Social de los inmigrantes”, en AAVV: *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 58 y ss.

²⁴³⁸ TAJADURA TEJADA, Javier: “Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2004, núm. 7, pp. 16 y ss. Dicho autor resalta la importancia del voto particular de la sentencia comentada, pues “una vez más, aquel voto particular revistió, en cierta medida, el carácter de pionero o precursor de interpretaciones mayoritarias en el futuro”.

²⁴³⁹ La STC 236/2007, de 7 de noviembre (BOE 10 de diciembre de 2007), pronunciada por el Pleno, centra su importancia en el hecho de que se plantea por primera vez la inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos a una concreta tipología de extranjeros, los que no dispongan de autorización de estancia o residencia en España. Como ya ocurrió en la STC 115/1987, se formularon votos particulares.

de supuestos, deberá estarse a la casuística jurisprudencial del Tribunal Constitucional²⁴⁴⁰.

En definitiva, puede afirmarse entonces, que la tutela antidiscriminatoria por motivos de raza, religión u opinión será de aplicación por igual a todos los trabajadores extracomunitarios en las mismas condiciones que al resto de trabajadores, estén en España en situación administrativa irregular o no; e igual ocurre con el derecho a la libertad religiosa, que se postula de todas las personas sin excepción, porque se funda asimismo en la dignidad humana²⁴⁴¹.

Así, el derecho a la libertad religiosa se puede encuadrar en la categoría que FERRAJOLI denomina "derechos de las persona o derechos de la personalidad", en los que engloba a los derechos humanos, uno de los cuales sería precisamente tal derecho a la libertad religiosa. Los derechos humanos son derechos cuya titularidad ostentan todas las personas por el hecho de serlo, independientemente de su ciudadanía o su capacidad de obrar. Por el contrario, los derechos civiles son derechos también de la misma categoría pero cuyo ejercicio requiere de la capacidad de obrar. La categoría "derechos de las persona o derechos de la personalidad" es confrontada a la de "derechos del ciudadano o de ciudadanía" que engloba a los derechos públicos, que requieren la condición de ciudadano para ser ejercitados, aunque de forma independiente a la capacidad de obrar; y los derechos políticos, que requieren la conjunción de los dos requisitos, o sea, ser ciudadanos y poseer la capacidad de obrar²⁴⁴².

²⁴⁴⁰ Por ejemplo, la STC 94/1993, de 22 de marzo (BOE 27 de abril de 1993), en relación a los derechos de libre circulación y residencia (artículo 19 CE), establece que dichas libertades no son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. Por lo tanto, es lícito que las leyes y tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en el país. Sin embargo, la sentencia aclara que las medidas que se tomen en materia de libre circulación de personas deben fundarse en una Ley y "aplicarla en forma razonada y razonable".

²⁴⁴¹ En relación al derecho a la libertad religiosa *vid.* BARRERO ORTEGA: *La libertad religiosa...*, *op. cit.*, pp. 162-165. Asimismo respecto a la titularidad del derecho a la libertad religiosa: "Dada su naturaleza de derecho humano constitucionalizado y su elementalidad integrante de la dignidad propia de toda persona, será éste un derecho indistintamente atribuido a nacionales y extranjeros. Así resulta, en efecto del tenor directo de la Constitución integrado ex artículo 10.2 por el conjunto amplio de textos (y, en su caso, resoluciones de ellos derivadas) iusinternacionales. La titularidad de derechos (fundamentales) por parte de extranjeros plantea, no obstante, más allá de la jurídica, una compleja problemática cultural en último extremo sólo (di)soluble en el seno de una sociedad tolerante, que no indiferente o indolente. La extranjería puede llegar a alcanzar en consecuencia cierta significación por lo que al ejercicio (de algunas de las manifestaciones) del derecho fundamental a la libertad religiosa (así, por ejemplo, en el ámbito escolar) se refiere". LÓPEZ CASTILLO: "Acerca del derecho...", *op. cit.*, p. 89.

²⁴⁴² FERRAJOLI: *Los fundamentos de los derechos...*, *op. cit.*, p. 293.

4. LIBERTAD RELIGIOSA, TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON ESPECIALIDADES: MENORES Y AU-PAIR

4.1. Trabajadores menores, libertad religiosa y tutela antidiscriminatoria

Es necesario realizar la oportuna matización en relación a la titularidad y ejercicio del derecho a la libertad religiosa de los trabajadores menores de edad, y la aplicación de la tutela antidiscriminatoria prevista en segundo inciso del art. 14 CE²⁴⁴³.

De acuerdo con el art. 7.b) ET podrán contratar la prestación de su trabajo “*los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo*”. A continuación, *in fine*, aclara dicho precepto: “*Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación*”.

Así también, téngase en cuenta que los arts. 316 y siguientes del Código Civil regulan la figura de la emancipación. Dicha regulación hay que ponerla en relación con el art. 323 CC, que afirma que “*la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor*”. De esta manera, si el mayor de dieciséis años es emancipado tendrá capacidad de obrar plena para prestar servicios.

El menor de dieciséis años es incapaz de contratar desde un punto de vista laboral. Así, lo que constituye una norma de orden público laboral de carácter absoluto (con la excepción del trabajo de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos) que limita la autonomía privada y no incorpora grandes cambios a la regulación preconstitucional²⁴⁴⁴, el art. 6.1 ET establece una edad mínima para poder trabajar: “*Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años*”. También se entiende de esta forma *a sensu contrario* de lo establecido en el art. 7.1 ET. Recuérdese que el Principio 9 de la Declaración de los Derechos del Niño, Proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, establece la siguiente prohibición: “*El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral*”. Por otro lado, el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ya establece que “*se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la*

²⁴⁴³ Sobre esta temática puede consultarse VALERO HEREDIA, Ana: *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. Para un estudio de los derechos religiosos y la minoría de edad desde el punto de vista del Derecho estadounidense *vid.* COONS, John E.: “The religious rights of children”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Religious perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996, pp. 157-174.

²⁴⁴⁴ GARCÍA VALVERDE: *Menores y jóvenes trabajadores...*, *op. cit.*, pp. 1 y 87. Dicha autora señala cómo la protección estatutaria ha superado incluso la normativa internacional en la materia, señaladamente el Convenio nº 138 OIT.

explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil".

La doctrina entiende que el emancipado por matrimonio mayor de catorce años, supuesto previsto en los arts. 314.3 y 316 CC, puede contratar su trabajo. Es decir, que dichos preceptos del Código Civil modifican lo prescrito en el citado art. 6.1 ET, que, por cierto, fue redactado con anterioridad a los preceptos antedichos del Código Civil²⁴⁴⁵. Además, el art. 2.1 *in fine* de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que *"las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor"*.

Una excepción al trabajo de menores de dieciséis años puede encontrarse en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. La participación de menores dieciséis años en espectáculos públicos requerirá la autorización excepcional de la autoridad laboral, y no podrá suponer un peligro para su salud física, ni para su formación profesional y humana (art. 2.1).

Una vez expuesta la regulación sobre la capacidad de obrar en el contrato de trabajo, es menester analizar la titularidad del derecho a la libertad religiosa por parte de los trabajadores menores de edad y su ejercicio. Se debe partir del contenido del art. 6.1 de la LO 1/1996: *"El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión"*.

Asimismo, no se puede desconocer la Convención sobre los derechos del niño, adoptada y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989²⁴⁴⁶, tal y como recoge el primer párrafo del art. 3 de la Ley Orgánica 1/1996: *"Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social"*. En el mismo sentido, también hay que tener en cuenta la Declaración de los Derechos del Niño, Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

El art. 2.1 de la Convención es gráfico en relación a las creencias religiosas: *"Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes"*

²⁴⁴⁵ En este sentido *vid.* ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, p. 121.

²⁴⁴⁶ Dicho Tratado fue publicado en el BOE de 31 de diciembre de 1990.

legales”²⁴⁴⁷. En concreto, el art. 14.1 reconoce el derecho a la libertad religiosa: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”. Asimismo, en su art. 32.1 se reconoce el derecho del niño a no desempeñar un trabajo que le pueda ser nocivo para su desarrollo espiritual o moral. Por otro lado, el Principio 10 de la Declaración de los Derechos del Niño, precepto que cierra dicha Declaración, se expresa del siguiente modo: “El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes”.

Prima facie resulta patente que aquellos trabajadores mayores de catorce años emancipados podrán ejercer sin ningún tipo de especialidad el derecho a la libertad religiosa, pues si tienen plena capacidad de obrar a efectos laborales no tendría sentido limitarles el ejercicio de un derecho fundamental, aunque inespecífico, en el seno de la relación laboral y cuya titularidad, por lo tanto, no puede discutirse. Tampoco parece que haya ningún impedimento jurídico para que los trabajadores mayores de dieciséis y menores de dieciocho que sean autorizados a trabajar por su representante legal puedan ejercer su derecho a la libertad religiosa de forma plena. En tal dirección apunta el art. 7.b) ET *in fine*: “Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación”. Por otro lado, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha afirmado en su Resolución de fecha 3 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2380) que debe presumirse a los menores de edad, pero mayores de dieciséis años, capacidad de discernimiento suficiente²⁴⁴⁸, doctrina que ha sido reiterada en la más reciente Resolución de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3631)²⁴⁴⁹.

La duda podría surgir en relación a los trabajadores menores de dieciséis años no emancipados y que presten servicios como artistas en espectáculos públicos, de acuerdo con el anteriormente citado Real Decreto 1435/1985. Según el art. 2.1 *in fine* de la norma

²⁴⁴⁷ Similar precepto contiene el Principio 1 de la Declaración de los Derechos del Niño: “El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia”.

²⁴⁴⁸ “Todo ello, unido al propio tenor literal del artículo 625 del Código Civil y a la interpretación a contrario del 626 del Código Civil, permite entender el precepto en el sentido de proclamar como regla general la aptitud de toda persona que tenga capacidad natural de entender y querer, para aceptar donaciones salvo específica declaración legal en contra, como por ejemplo la recogida en el artículo 626 del Código Civil, y es indudable que en el menor, mayor de dieciséis años, se presupone legalmente aquel grado de discernimiento (vid. artículos 92-2.º, 164-4.º, 231, 273 «*in fine*», 317, 319, 320, etc., del Código Civil), salvo enfermedad física o psíquica que ni se presume ni puede operar automáticamente (artículo 199 del Código Civil)” (Fundamento de Derecho Cuarto).

²⁴⁴⁹ “Puede afirmarse que, tanto la legislación de protección de menores como la jurisprudencia, parten en la actualidad del principio de que los menores, según sus condiciones de madurez y con las limitaciones establecidas por el legislador, tienen capacidad para el ejercicio de derechos por sí mismos, tanto en su esfera personal como patrimonial, sin necesidad de intervención de sus representantes legales” (Fundamento de Derecho Segundo).

aludida, será cualquiera de los progenitores²⁴⁵⁰ o el tutor el que celebrará el contrato de trabajo una vez obtenida la autorización de la autoridad laboral y el que eventualmente ejercerá cualquiera de las acciones derivadas de dicho contrato: *“Concedida la autorización, corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; asimismo, corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato”*. El requisito del consentimiento del menor se aviene con lo preceptuado en el art. 154 CC: *“Si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”*; el art. 162 CC *in fine*: *“Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio”*; el art. 9 de la LO 1/1996, que regula el derecho del menor a ser oído; o el art. 12.1 de la Convención sobre los derechos del niño: *“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”*²⁴⁵¹.

Así pues, parece claro que el menor de dieciséis años no emancipado no posee capacidad de obrar en relación al contrato de trabajo, y que sólo se requiere su consentimiento para participar como artista en un espectáculo público si tuviere suficiente juicio; es decir, madurez para discernir y entender el haz de derechos y obligaciones que derivan de una prestación de servicios de tal naturaleza. Ahora bien, el art. 162.1 CC reconoce cierta autonomía al menor no emancipado en relación a sus derechos y según su grado de madurez. Así, se establece que no es necesaria la representación de progenitores o tutores que ostenten la patria potestad en relación a *“los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”*.

Pues bien, con la finalidad de disipar cualquiera duda en relación a la titularidad del derecho por parte de los menores de edad, el Tribunal Constitucional ha declarado en su sentencia nº 141/2000 que los menores de edad son titulares plenos del derecho a la libertad religiosa²⁴⁵²: *“Desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodiado, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”* (Fundamento Jurídico Quinto). Al mismo tiempo, los poderes públicos y los órganos jurisdiccionales tendrán un deber de vital importancia, el de *“velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y*

²⁴⁵⁰ Realmente la norma habla de “padre”, pero debe entenderse obviamente cualquiera de los progenitores que ostente la patria potestad.

²⁴⁵¹ En unos principios similares se basa el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (BOE 21 de febrero de 2015).

²⁴⁵² Al respecto *vid.* BARRERO ORTEGA: *La libertad religiosa...*, *op. cit.*, pp. 165-173; o PORRAS RAMÍREZ: *“La libertad religiosa como derecho fundamental...”*, en AAVV: *Derecho y factor...*, *op. cit.*, pp. 37-41.

no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño»²⁴⁵³.

En este caso debe quedar bien claro que tanto el representante legal del menor como dicho menor son titulares cada uno de ellos del correspondiente derecho a la libertad religiosa. Así pues, puede surgir un conflicto entre ambos derechos, o con otros derechos diferentes al de libertad religiosa, que deberá ser solucionado de forma ponderada: *“Frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)”. De este modo, cuando se produce este tipo de conflictos entre progenitor o tutor y menor, la solución deberá tener en cuenta de forma preponderante el interés superior del menor, amén de otros factores en juego. Dicha doctrina, ha sido reiterada en la STC 154/2002, de 18 de julio (BOE 7 de agosto de 2002), dictada por el Pleno (Fundamento Jurídico Noveno). Dicha sentencia es especialmente interesante porque recoge un supuesto de hecho de un menor de trece años que, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa, denegó una transfusión de sangre que le causó la muerte²⁴⁵⁴.*

Tal doctrina del Tribunal Constitucional ha de ser entonces trasladada a la relación laboral. Recuérdese que el art. 2.1 *in fine* de la Ley 1/1996 establece que *“las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”*. De este modo, se puede afirmar lo siguiente respecto al menor de dieciséis años no emancipado que preste servicios como artista en un espectáculo público y cuyo derecho a la libertad religiosa se vea vulnerado. Si su libertad religiosa se ve vulnerada por el empresario u otros trabajadores, se deberá examinar si tiene suficiente madurez para prestar su consentimiento y externalizar su opinión en relación al conflicto. Si no tiene madurez suficiente, será su representante legal quien deberá llevar a cabo las acciones oportunas de acuerdo con su propio criterio y según el interés superior del menor a su cargo, pues el menor obviamente no podrá externalizar su criterio cuando no sea capaz de aprehender de forma suficiente la situación planteada. En este caso será de aplicación lo preceptuado en el art. 154 CC: *“La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica”*. Dicha regulación

²⁴⁵³ Al respecto, es interesante una sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en que se examinaba el caso de unos menores de edad Testigos de Jehová que repartían y vendían publicaciones de su confesión religiosa en la vía pública. Dicha sentencia discute la problemática planteada por la ponderación entre el derecho de los menores de edad a la libertad religiosa y las obligaciones y prohibiciones dimanadas de la regulación laboral del trabajo infantil. Se trata de la sentencia dictada en el caso *Prince v. Massachusetts*, 321 US 158 (1944).

²⁴⁵⁴ Sobre dicha problemática trasladada al ámbito del Derecho de la Seguridad Social (reintegro de gastos médicos) puede examinarse, por ejemplo, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) núm. 553/2007 de 16 mayo (AS 2007, 2468). La STSJ de Madrid núm. 633/2008 de 9 junio (AS 2008, 1759) trata de idéntica problemática; sin embargo es de resaltar el conflicto que se produce entre las convicciones religiosas del paciente y la *lex artis* de los facultativos.

encuentra su precepto correlativo en el art. 6.3 de la LO 1/1996, que especifica el modo de actuación del representante legal del menor en relación a la libertad religiosa e ideológica: *“Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”*. Nótese como la norma utiliza el término “cooperación”, y no “representación”, ya que en puridad no es posible representar al menor en el ejercicio de un derecho fundamental. Así pues, los padres o tutores toman las decisiones, pero no como representantes del menor, sino en ejercicio de los deberes correspondientes a la patria potestad, presidida por el interés superior del menor²⁴⁵⁵. Si existe conflicto de intereses entre el menor y su representante legal, podría entrar en juego el art. 162.2 CC, que excluye la representación legal de los progenitores o tutores cuando exista conflicto de intereses. El art. 163 CC es claro al respecto: *“Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad”*. La Resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3631) define cuándo concurre conflicto de intereses: *“El legislador toma en consideración el conflicto de intereses en relación con cada asunto concreto (cfr. artículos 163 y 299.1º del Código Civil), por lo que deben ser valoradas las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004). Y para determinar que existe conflicto de intereses deberá concluirse que es razonable entender que la satisfacción por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos”* (Fundamento de Derecho Tercero). En todo caso, cuando concurren otros intereses legítimos junto con el interés superior del menor habrá que tener en cuenta el art. 2.4 LO 1/1996.

Por el contrario, si el menor tiene suficiente madurez, puede iniciar por sí mismo, y al tratarse de un derecho personalísimo que corresponde a la esfera más íntima y espiritual de la persona, las acciones que entienda oportunas y de acuerdo con el criterio formado por el propio menor sin necesidad de cooperación alguna, en utilización del término utilizado en el anteriormente examinado art. 6.3 de la LO 1/1996. La doctrina antedicha aclara que el menor puede ejercer directamente su derecho a la libertad religiosa, como titular pleno.

Las limitaciones en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa del menor están reguladas expresamente en el art. 6.2 de la LO 1/1996: *“El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás”*. Pero a las limitaciones habituales del derecho en cuestión hay que añadir las especialidades que pudieran prever los tratados internacionales suscritos por España y el resto de la legislación reguladora de los menores (art. 3 de la LO 1/1996). El art. 14.3 de la Convención sobre los derechos del niño establece los límites al ejercicio del derecho: *“La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el*

²⁴⁵⁵ MORENO ANTÓN, María: “Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial”, en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: lustel, 2009, pp. 247-248.

orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

Así, como ya se ha comentado anteriormente, el interés superior del menor puede ser un elemento que otorgue cierta expansión al derecho a la libertad religiosa del trabajador menor cuando entre en conflicto con otros intereses del empresario u otros trabajadores. Al respecto, el art. 2.1 de la citada LO 1/1996 advierte que *“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”*²⁴⁵⁶. Asimismo, el art. 2.2.d) establece que a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, sin perjuicio de los criterios establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto, se tendrá en cuenta *“la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”*.

En conclusión, en el supuesto estudiado hay que afirmar que el trabajador menor es siempre titular pleno de su derecho a la libertad religiosa, tenga capacidad de obrar plena o limitada para contratar. Al tratarse de un derecho personalísimo, podrá ejercitar las acciones que a su derecho convengan sin necesidad de representación alguna; pero el ejercicio de las facultades que le confiere dicho derecho en el seno de la relación laboral se verán condicionadas cuando no posea la madurez suficiente, que necesitará de la intervención de su representante legal, siempre y cuando no exista conflicto de intereses.

Además, al menor le es de aplicación sin matizaciones la tutela antidiscriminatoria prevista en el segundo inciso del art. 14 CE. En este sentido se manifiesta el art. 3 de la LO 1/1996, que reitera la prohibición de toda discriminación motivada *“por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social”*. Asimismo, el art. 2.2 de la Convención sobre los derechos del niño establece a través de un precepto programático una especialidad de tutela antidiscriminatoria: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”*.

Hay que indicar que por las razones antes expuestas (titularidad plena del derecho a la libertad religiosa), el menor que presta servicios por cuenta ajena puede ejercer también el derecho a la objeción de conciencia, al tratarse de un derecho derivado del citado derecho a la libertad religiosa.

²⁴⁵⁶ El criterio del "interés superior del menor" ya era acogido por la Declaración de los Derechos del Niño. Así, el Principio 2 se expresa en los siguientes términos: *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*. Por otro lado, el Principio 7 reitera respecto a los padres: *“El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”*.

Por último, según el art. 9 quinquies.2.a) de la LO 1/1996 el menor (también por tanto el menor trabajador) tiene como deber social "*respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales o pertenencia a determinados grupos sociales, o cualquier otra circunstancia personal o social*".

4.2. Au-pair y libertad religiosa

Entre las fronteras del trabajo asalariado y el intercambio de servicios se puede encontrar la figura jurídica del "au-pair", es decir, de los trabajos a la par. Dicha prestación de servicios siempre ha sido conflictiva por solaparse frecuentemente con la relación laboral especial del servicio en el hogar familiar (art. 2.1.b ET), ya que el contenido de la relación jurídica posee a veces unos límites muy difusos, al ejecutarse la prestación de servicios dentro del hogar familiar²⁴⁵⁷.

El régimen jurídico del trabajo a la par se ha llevado a cabo en el Acuerdo del Consejo de Europa de 24 de noviembre de 1969, que posteriormente fue ratificado por Bélgica, Dinamarca, Francia, la República Federal de Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Noruega y Suiza. España ratificó el Acuerdo el 24 de junio de 1988²⁴⁵⁸. Posteriormente se ha aprobado la Resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores de 15 de junio de 1989 referente a la colocación au-pair²⁴⁵⁹.

El art. 2.1 del Acuerdo define qué se entiende por "colocación au-pair": "*Es la acogida temporal, en una familia y a cambio de determinados servicios, de jóvenes de países extranjeros que desea mejorar sus conocimientos lingüísticos y tal vez profesionales, así como su cultura general, adquiriendo un mejor conocimiento del país en el que son acogidos*".

En el art. 9 del Acuerdo se especifica qué servicios prestará la persona colocada como "au-pair": "*La persona colocada "au-pair" prestará servicios a la familia de acogida, que consistirán en la participación en las tareas domésticas diarias*". En pocas palabras, el objeto de esta figura jurídica es casi idéntico en cuanto a las tareas a prestar que en el supuesto de los empleados al servicio del hogar familiar: "*El objeto de esta relación laboral especial son los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos*" (art. 1.4 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre que regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar).

Precisamente, por tal similitud entre la persona colocada a la par y el empleado del hogar, la normativa de esta última figura realiza una exclusión en los siguientes términos:

²⁴⁵⁷ Vid. RUIZ CASTILLO, María del Mar y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan: "El trabajo no retribuido", en AAVV: *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2007, pp. 511-516.

²⁴⁵⁸ BOE núm. 214, de 6 de setiembre de 1988.

²⁴⁵⁹ BOE núm. 152, de 27 de junio de 1989.

“No se entenderán comprendidas en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza laboral, las relaciones de colaboración y convivencia familiar, como las denominadas «a la par», mediante las que se prestan algunos servicios como cuidados de niños, la enseñanza de idiomas u otros de los comprendidos en el artículo 1.4, siempre y cuando estos últimos tengan carácter marginal, a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos” (art. 2.2 del RD 1620/2011).

Es evidente que la persona colocada a la par no es un trabajador por cuenta ajena, pero al compartir elementos con los empleados al servicio del hogar familiar también comparten problemas comunes (por ejemplo, prestación de servicios en un lugar tan poco permeable a la fiscalización de las autoridades como es el hogar familiar)²⁴⁶⁰. No obstante por su configuración, la prestación de servicios a la par reúne unas características que hace la persona que los presta pueda ser más vulnerable que un empleado del hogar, que será una persona especialmente protegida por el ordenamiento jurídico laboral.

La persona que prestará servicios a la par será una persona entre diecisiete y treinta años (art. 4.1 del Acuerdo); será siempre extranjera y casi con seguridad estará lejos de su núcleo familiar (art. 2.1 del Acuerdo); será una persona en proceso de formación, pues el objeto de la colocación es adquirir conocimientos lingüísticos, culturales e incluso profesionales (arts. 2.1 y 8.2 del Acuerdo); se alojará probablemente en el hogar familiar en el que presta servicios (art. 8.1 del Acuerdo). En definitiva, la persona que prestará servicios a la par será *per se* una persona en situación de especial vulnerabilidad.

Dicha vulnerabilidad, trasladada a los efectos de la libertad religiosa, puede significar que la persona colocada a la par pueda tener dificultades para ejercer su derecho a la libertad religiosa. Piénsese, por ejemplo, que la familia de acogida ofrecerá la comida (art. 8.1 del Acuerdo), por lo que si se trata de una familia de creencias diferentes a la persona colocada a la par pueden producirse conflictos jurídicos evidentes (la familia ofrece derivados del cerdo para comer y la persona a la par es musulmana y por lo tanto no puede tomar dicha tipología de alimentos). Al respecto, y como se ha dejado dicho en otro momento, la persona colocada a la par, tanto si se trata de un ciudadano comunitario como extracomunitario, será titular del derecho a la libertad religiosa en igualdad de condiciones que los ciudadanos españoles, aunque en esta ocasión no se pueda hablar de derecho inespecífico al no estar ante una relación laboral, ni ordinaria ni especial. Por lo tanto, dicho derecho a la libertad religiosa deberá modularse según las circunstancias que concurran en un hogar familiar que, por definición, es ajeno al de la persona colocada a la par. Así, el derecho a la libertad religiosa de la persona colocada a la par pueda entrar en conflicto con el derecho a la libertad religiosa de los miembros de la familia de acogida o con otros derechos fundamentales (por ejemplo, derecho a la intimidad).

Los Estados parte fueron conscientes que la prestación de servicios a la par conlleva unas relaciones interculturales acentuadas, muy marcadas, en las que personas de muy

²⁴⁶⁰ La relación entre la institución familia y la aplicación de las leyes ha sido tradicionalmente difícil por definición: “By its nature (...) the family is pluralistic, plastic and private; it is thus difficult to locate precisely its place within a world of law that is typically rationalistic, rule-oriented, rigid, and public”. COONS: “The religious rights...”, en AAVV: *Religious human rights...*, op. cit., p. 161.

diferentes culturas y tradiciones han de interactuar con familias de características culturales y posiblemente religiosas muy diferentes. Desde dicho punto de vista, el Acuerdo no olvidó los aspectos religiosos a la hora de regular los descansos, extremo que sí es olvidado a menudo en el ámbito legislativo laboral. De este modo, el art. 3.2 del Acuerdo afirma que *“la persona colocada (au pair) dispondrá como mínimo de un día libre completo a la semana. Al menos uno de los días libres de cada mes deberá ser un domingo, y se le darán las mayores facilidades para participar en actos religiosos”*. Como se puede comprobar, los Estados parte, en su totalidad Estados formados por una mayoría de población de creencias cristianas, mostraron una preocupación especial para que el domingo gozara de una protección especial en cuanto día festivo. A dicha constatación cabe objetar que la persona colocada a la par no tiene porque sostener creencias cristianas, tratándose por ejemplo de una persona con creencias judías o musulmanas, por lo que en dicho caso el establecimiento del sábado o el viernes como día festivo “inamovible” les facilitaría en mayor medida que pudieran asistir a los actos religiosos preceptivos. Por otro lado, no cabe olvidar que dentro de las denominaciones cristianas se encuentran algunas cuyos preceptos prohíben prestar servicios los sábados (por ejemplo, adventistas del séptimo día, que realizan una observancia muy rígida del *Shabbath*). Así, el establecimiento del domingo como día especialmente protegido puede entrar en contradicción en frecuentes ocasiones con la intención del legislador de facilitar la participación en actos religiosos, que no tienen por qué tener lugar en domingo.

Por el contrario, el hecho de que la persona colocada a la par no deba prestar servicios en tareas domésticas más allá de cinco horas diarias (art. 9 del Acuerdo) naturalmente facilitará que la persona creyente pueda organizar su asistencia a actos religiosos con mayor flexibilidad que en el caso de un trabajador por cuenta ajena que preste servicios a jornada completa durante cuarenta horas semanales.

Cabe suponer que si la familia de acogida es especialmente creyente, al insertarse la persona colocada a la par en el seno de dicha familia, con tareas que puede incluir la educación de los hijos, lo más probable es que se escoja un perfil lo más compatible posible con sus creencias religiosas. Y en este supuesto, al no tratarse de una relación laboral, la prohibición de discriminación ha de matizarse, pues resulta razonable y legítimo que una familia busque una persona para cuidar de sus hijos y permanecer en su hogar con unas creencias religiosas similares o como mínimo compatibles con su modo de ser.

Resulta evidente que las circunstancias en que se prestarán servicios serán muy parecidas a las que rodean la prestación de servicios en el seno de una empresa de tendencia; obviamente salvando las diferencias que existen entre una familia, en el que resaltan derechos como el de la intimidad o la educación de los hijos, y una empresa con un concreto ideario.

CAPÍTULO VI: LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN ORGANIZACIONES DE TENDENCIA O IDEOLÓGICAS

1. RELACIÓN LABORAL Y EMPRESA DE TENDENCIA O IDEOLÓGICA CON PERFIL RELIGIOSO

1.1. Delimitación conceptual de la empresa de tendencia

El supuesto habitual con el que suele topar el jurista es el caso en el que los trabajadores hagan valer las facultades derivadas del derecho a la libertad religiosa frente a un sujeto, normalmente el empresario (aunque pudiera ser frente a otros trabajadores), que a su vez contrapone otros derechos o intereses ajenos al ámbito religioso (por ejemplo, el derecho a dirigir y organizar la empresa con la máxima libertad), con los cuales entran en contradicción y de ahí surge el conflicto jurídico. Ahora bien, a veces el trabajador ejercita sus derechos (a la libertad religiosa u otros) frente a empresarios cuyas acciones están guiadas por una determinada confesión religiosa o ideario. Pero no sólo sus acciones están guiadas por dicho ideario, sino que de forma característica su actividad principal consiste precisamente en eso: sostener y difundir el ideario. En dicho caso, aunque obviamente no se trata del único supuesto posible, como ya se ha visto anteriormente, son los posicionamientos religiosos empresariales los que pueden vulnerar los derechos fundamentales de sus trabajadores, o modularlos²⁴⁶¹. Dicho presupuesto es el que se materializa precisamente en el caso de las empresas de tendencia; de tendencia o ideario religioso claro está. Es decir, si las empresas normalmente acomodan sus servicios y condiciones de trabajo respectivamente a sus clientes y a sus trabajadores, en este caso son los trabajadores los que en parte deben adaptarse a la configuración ideológica de la empresa y los "clientes" de dicha empresa²⁴⁶².

La denominada empresa ideológica o de tendencia no está expresamente regulada ni definida en el ordenamiento español, aunque la doctrina jurisprudencial sí ha reconocido su virtualidad, así como la doctrina de los autores²⁴⁶³. Como se ha señalado por la STC

²⁴⁶¹ "A teacher in a church-related college is threatened with loss of tenure, shunned, and virtually or actually driven out because academic rights are always secondary to religious claims as these are being guarded and professed by the momentarily-in-power leaders or that religion who support and represent the authority but never freedom in such a college (...) Here, as elsewhere, it is the religion itself that produces the need for defenders of religious freedom". MARTY: "Religious dimensions...", en AAVV: *Religious human rights...*, op. cit., p. 5. El autor lista una serie de supuestos en los que es la religión la que se erige como un elemento vulnerador de derechos.

²⁴⁶² Un ejemplo de adaptación del profesional a las convicciones religiosas de sus clientes en la Modernidad: "In the Rhineland town of Oppenheim, midwives showed a remarkable willingness to accommodate their clients: at the insistence of the town council, Protestant midwives agreed to perform emergency baptisms, when necessary, for Catholic parents, while Catholic midwives agreed not to perform them if the parents were Protestant". KAPLAN: *Divided by faith...*, op. cit., p. 254. En las empresas de tendencia es el trabajador quien en parte se acomoda a la empresa y a sus clientes en materia religiosa.

²⁴⁶³ Algunas reflexiones doctrinales sobre esta tipología de empresas pueden localizarse incluso antes de la entrada en vigor de la Constitución bajo la denominación de "empresas de vinculación finalística": "Especial importancia adquiere la consideración de los eventuales efectos disciplinarios de las actuaciones políticas o, en general, sociales del trabajador. De no mediar conexión laboral

106/1996, de 12 de junio (BOE 12 de julio de 1996): "es necesario poner de relieve que este Tribunal sólo se ha referido al concepto de «ideario del Centro» en relación con Centros docentes privados, lo que no significa, desde luego, que existan otro tipo de empresas, centros, asociaciones u organizaciones que puedan aparecer hacia el exterior como defensoras de una determinada opción ideológica. Nuestro ordenamiento carece de una legislación expresa que a las mismas se refiera y, por lo tanto, no existe una delimitación a priori de este tipo de empresas" (Fundamento Jurídico Tercero).

De este modo, la doctrina española se ha servido en buena parte de las tesis doctrinales de otros países, especialmente de la alemana que es pionera en esta materia. El ordenamiento jurídico alemán no sólo reconoce y regula la figura de la empresa de tendencia, sino que goza de bastante experiencia respecto a los conflictos que pueden surgir a partir de su participación en el tráfico jurídico, debido a la especial posición jurídica de algunas confesiones religiosas en dicho ordenamiento. Para la doctrina alemana la empresa de tendencia puede ser definida del siguiente modo: "*Betrieb, der unmittelbar und überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen, künstlerischen Bestimmungen oder Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung i.S.v. Art. 5 GG dient*"²⁴⁶⁴. Se trata de una definición derivada del art. 118 de la Betriebsverfassungsgesetz, norma que recoge esta figura jurídica.

Aunque la empresa de tendencia no es reconocida de forma expresa en el ordenamiento español, puede afirmarse que sí es reconocida tácitamente, pues de algunos preceptos constitucionales, que en ocasiones deben complementarse por preceptos que los desarrollan legalmente, se desprende la posibilidad de su existencia y operatividad en el tráfico jurídico:

- Partidos políticos: art. 6 CE.
- Sindicatos y asociaciones empresariales: art. 7 CE.
- Confesiones religiosas: art. 16.1 y 3 CE.
- Libertad de creación de centros docentes: art. 27.6 CE.
- Derecho a la libre comunicación de información por cualquier medio de difusión: art. 20.1 CE.
- Amplio derecho de asociación: Art. 22 CE.

La empresa de tendencia religiosa encuentra sus fundamentos jurídicos en el art. 16.1 y 3 CE, y el art. 6 LOLR²⁴⁶⁵.

(...) carecen de consecuencias laborales. Las llamadas empresas de vinculación finalística implican un sector de excepción al respecto; tal carácter adquieren si el empresario les ha señalado unas determinadas finalidades a conseguir, no accesibles sin una mayor vinculación de los participantes en la «producción» que la exigida ordinariamente. El titular de la «empresa económica» puede tener interés, por las razones que sea (...) en el logro de objetivos concretos. Normalmente (...) tal condicionamiento teleológico presidirá la actividad de las empresas al servicio de motivos ideales, no orientadas a la obtención de lucro; no determina, sin embargo, la mera presencia de una motivación remota no crematística la necesidad de considerar a una empresa incluida en la categoría dogmática de la vinculación teleológica". CREMADES: *La sanción disciplinaria...*, op. cit., pp. 186-187.

²⁴⁶⁴ AAVV: *Fachlexikon Recht*. 1ª edición. Münster: Alpmann, 2004, p. 1279.

²⁴⁶⁵ "El derecho al establecimiento de cláusulas de salvaguarda de identidad religiosa se encuentra recogido en nuestro derecho en el art. 6 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de

A falta de una definición legal, la doctrina española ha definido de varias maneras qué puede entenderse por empresa de tendencia, unas aportaciones que pueden ser resumidas del siguiente modo: *"aquellas organizaciones cuya finalidad es realizar programas ideológicos o de creencia; las empresas con fines políticos, religiosos, sindicales o culturales o cuya actividad es indisoluble de un determinado postulado ideológico; empresas o actividades que implican la defensa o, cuando menos, el acatamiento de unos determinados principios ideológicos; las empresas creadoras o sustentadoras de una determinada ideología en función de la cual existen y cuya propia estructura organizativa no es sino una forma de manifestación de aquélla y también las empresas privadas que suministran bienes o servicios de componente exclusivamente ideológico"*²⁴⁶⁶.

Por lo tanto, posibles empresas ideológicas pueden ser las siguientes: centros docentes privados, empresas informativas, confesiones religiosas, organizaciones sindicales y patronales, partidos políticos, etc²⁴⁶⁷. Aquí sólo se tratará de empresas de tendencia relacionadas con confesiones religiosas, las que sustentan y difunden un *ethos* religioso.

De dichas definiciones se desprende que aunque se utilice la noción de "empresa ideológica" no significa que el mismo concepto de "empresa" sea una noción neutra o no posea connotación ideológica alguna. Ya que la misma noción de empresa en una economía de mercado está imbuida, por ejemplo, de elementos del liberalismo clásico. O menos aun significa que una empresa cualquiera no posea su propia "cultura empresarial", que se erija como un elemento diferenciador en cuanto su manera de operar en el mercado o en relación a otros aspectos y que la diferencia de otra empresa como si de su propio ADN empresarial se tratara. Lo que ocurre es que la cultura empresarial es un elemento más de las empresas ordinarias, de aquellas que se han constituido para obtener lucro de operar en el mercado. En cambio, las empresas de tendencia tienen como finalidad esencial sostener la ideología o credo que se trate, también en el mercado. Ese es su "producto", su actividad principal, su *core business*.

No se debe confundir la empresa de tendencia de tipo religioso, con las empresas simplemente guiadas por las creencias religiosas de sus dirigentes o sus propietarios que se identifican con cierta religión, pero que no proveen servicios relacionados con sus

1980 y consiste fundamentalmente en el derecho de las confesiones religiosas, como grupos cualificados por una determinada ideología o concepción del mundo (religiosa) que son, a mantener y conservar frente a todo su propia identidad, es decir, a desarrollar sus fines según sus propias convicciones". MORENO BOTELLA, Gloria: *La libertad de conciencia del trabajador en las empresas ideológicas confesionales*. 1ª edición. Madrid: Fundación Universitaria Española, 2003, p. 102.

²⁴⁶⁶ BLAT GIMENO: *Relaciones laborales en empresas...*, op. cit., p. 66.

²⁴⁶⁷ "El ejercicio del derecho de libertad ideológica y religiosa del trabajador queda en cierta manera condicionada si su actividad se desarrolla en las llamadas empresas de tendencia. Estas se caracterizan por estar impregnados sus fines y actividades de ideales éticos o morales, ideológicos o religiosos, que presuponen la adhesión, por parte del trabajador dependiente, a esa concepción del mundo inspiradora denominada «tendencia». Entre ellas puede situarse entidades como los partidos políticos, los sindicatos, las empresas periodísticas, las confesiones religiosas..., así como las instituciones que éstas creen para la consecución de sus fines. La adscripción de una empresa a esta categoría depende de un requisito básico: que sirva de medio o mecanismo para la divulgación de ese ideal o ideología; puede además servir a la producción de bienes o servicios, pero esta actividad se subordina siempre a la principal de manifestación y difusión de ideas o concepciones determinadas". MOTILLA DE LA CALLE, Agustín: "El derecho a discriminar en las relaciones laborales; excepciones a la prohibición general a discriminar por motivos ideológicos o religiosos en Europa". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2013, núm. 158, p. 100.

creencias. Se trata de un fenómeno muy común en los Estados Unidos y que ha sufrido una gran expansión²⁴⁶⁸. Son negocios que proveen al mercado de bienes y servicios convencionales²⁴⁶⁹, pero basan su gestión en principios religiosos; pero no dependen en caso alguno de ninguna iglesia o confesión establecida, aunque habitualmente colaboran desinteresadamente con ellas. Imagínese por ejemplo que una empresa de transportes está dirigida por unos propietarios de cierta confesión religiosa cristiana. A partir de sus principios cristianos, muchos de ellos inferidos de la Biblia, gestionarán el día a día de la empresa, lo que puede afectar a aspectos muy variados: el trato a proveedores, como se gestionan los créditos, las cartas y presentaciones, los obsequios, la manera de cerrar los tratos, si se saluda y cómo se saluda a los clientes en determinadas festividades, los días prevalente de descanso semanal, etc²⁴⁷⁰.

Es muy importante que dichos negocios y empresas guiados por la ética religiosa de sus propietarios no se confundan con las empresas de tendencia religiosa, porque frente al Derecho del Trabajo son y han de ser tratadas como empresas ordinarias. Así, el trato con sus trabajadores se ha de guiar de forma neutral y no se pueden beneficiar de las excepciones y especialidades que a veces son de aplicación a las empresas de tendencia por sus especiales circunstancias²⁴⁷¹. Imagínese que unos propietarios dirigen

²⁴⁶⁸ Los denominados "negocios cristianos" han sido muy seguidos por los medios de comunicación por sus especiales características y su auge: "*One of the most interesting among these models is the explicit effort to align business practices with Christian principles. A growing number of companies describe themselves as «Christian businesses» or otherwise warrant the moniker by their self-professed efforts to be guided by the Bible, prayer, and a strict code of ethics. The model of the Christian company is so well known that it has been featured in the Wall Street Journal (1985), Fortune (1987), U.S. News and World Report (1995), and Time (2005). Each of these publications has recognized that evangelicals are increasingly flexing their economic strength*". LAMBERT III: *Spirituality...*, o. cit., p. 54.

²⁴⁶⁹ La mayoría de confesiones defienden la posibilidad de intervenir en el tráfico económico, aunque sin olvidar los principios de cada confesión, que suelen incluir la protección de la dignidad de las personas. En el caso de la Iglesia Católica se puede observar la constitución pastoral *Gaudium et spes* Concilio Vaticano II): "*También en la vida económico-social deben respetarse y promoverse la dignidad de la persona humana, su entera vocación y el bien de toda la sociedad. Porque el hombre es el autor, el centro y el fin de toda la vida económico-social*" (63).

²⁴⁷⁰ Ejemplos de "negocios cristianos" en los Estados Unidos: "*Examples of Christian companies include many prominent retailers and other firms in the United States today. The trucking company Covenant Transportation offers Bible studies at its corporate headquarters and displays pro-life messages on every truck. Touch1 Communications, a small telecommunications company in southern Alabama, has used its marketing literature to proclaim the Christian message and thus accentuate the Christian orientation of the company, including what that means for customer service. While employment discrimination based on religion is illegal, the alignment of Christian faith and for-profit businesses is clearly possible*". LAMBERT III: *Spirituality...*, op. cit., p. 57.

²⁴⁷¹ Es relevante no confundir los términos, porque en caso contrario no se aplicarían correctamente las categorías jurídicas que correspondan. Así respecto las empresas de tendencia se ha afirmado: "*En estos casos, nos encontramos con empresarios especialmente vigilantes, que pueden ser sindicatos o partidos políticos, o asociaciones culturales, que desarrollan actividades cristianas, musulmanas, esotéricas... En realidad, actualmente muchas empresas no tienen como único objetivo la producción y la venta, sino que imponen, a su vez, un nuevo tipo de conformismo, un modelo de trabajador «correcto», integrado, disponible, por lo cual se considera normal llevarse a casa, al final de la jornada o al final de la semana, el trabajo no finalizado, de vestirse con los colores de la empresa, de vivir al ritmo de la empresa. El desarrollo de la «cultura de empresa» y más recientemente de la temática de la «responsabilidad social de la empresa», con su soporte normativo en valores jurídicos más inciertos que su propia función ideológica (registros de entrada, tarjetas, códigos personales...), participan de la absorción de la persona asalariada por su vida laboral*". AUVERGNON, Philippe: "Poder de dirección y respeto a la persona asalariada", en AAVV: *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. 1ª edición. Madrid: La Ley 2005, pp.

su empresa de acuerdo con los principios éticos de su ideología política; colocan en el mercado productos y servicios convencionales; la empresa no depende de ningún partido político. Es evidente que no se tratará de una empresa ideológica, por lo que el trato con los trabajadores deberá ser neutral y no podrán tener en cuenta (ni se podrá indagar) sobre la ideología de los miembros de la plantilla. Como igual ocurrirá con la empresa ordinaria guiada por principios éticos de naturaleza religiosa, los propietarios no podrán indagar sobre la religión de sus trabajadores, ni discriminarlos por dicha razón. La religión de los trabajadores será indiferente porque en el mercado no se colocan productos y servicios religiosos, sino convencionales.

Los empresarios están legitimados, lo contrario sería materialmente inevitable y constitucionalmente inaceptable, para guiar sus negocios de acuerdo con sus principios éticos, que pueden ser religiosos, ideológicos, filosóficos, etc. Lo que ocurre es que en ocasiones la plasmación de dicha forma de guiar los negocios se materializa de forma más o menos patente en la "cultura empresarial" de la compañía, y si se superan ciertos límites se puede afectar la libertad religiosa o la ideológica de los trabajadores, o incurrir en discriminación. Un ejemplo claro es la sentencia dictada por un Tribunal estadounidense en el caso *Young v. Southwestern Savings and Loan Association*, 509 F.2d 140 (5th Cir. 1975). Los trabajadores de una empresa eran obligados a asistir a unas reuniones mensuales para tratar aspectos laborales. No obstante, cada reunión se iniciaba con una pequeña charla y oración dirigida por un ministro baptista. Para la trabajadora demandante la reunión era contraria a sus convicciones agnósticas por lo que decidió no asistir más. El Director de Personal le conminó a asistir o que dimitiera. La trabajadora se sintió despedida por ser obligada a asistir a unas reuniones contrarias a sus convicciones, extremo ratificado por el Tribunal, quien entendió que el Director de Personal debiera haber ofrecido alguna opción alternativa a la trabajadora²⁴⁷². Así, cuando las convicciones de los empresarios se convierten en omnipresentes en la estructura empresarial que dirigen es fácil que se acabe vulnerando el derecho de los trabajadores a la libertad religiosa en su vertiente negativa, o que simplemente se les discrimine por no compartir la misma visión del mundo.

El seguimiento de normas religiosas por parte de empresarios y empresas no tiene que erigirse necesariamente en un obstáculo para llevar a cabo negocios, ni reputarse como un elemento negativo, ya que es constitucionalmente legítimo (amparándose en el derecho a la libertad de empresa y en el de libertad religiosa al mismo tiempo) si se respetan los derechos fundamentales de los trabajadores. Al contrario, hay multitud de ejemplos a lo largo de la historia en el que pertenecer a una confesión religiosa y seguir sus preceptos otorga una clara ventaja competitiva (las tesis weberianas sobre el origen del capitalismo son un buen ejemplo de ello); extremo especialmente importante para las minorías religiosas. Un ejemplo evidente es el de la industria y comercio de diamantes por parte de judíos en la ciudad de Nueva York (*the diamond district*), donde el 95% de

34. Han de diferenciarse bien las nociones de "empresa ideológica", "cultura de empresa" y "responsabilidad social empresarial". Especialmente la última noción es muy dinámica y en continua construcción, pero que afecta sólo a las empresas ordinarias, no a las de tendencia. Las empresas de tendencia tienen como fin su propio credo, su sostenimiento, su difusión. En cambio, la empresa privada tiene como uno de sus fines principales la obtención del lucro, pero para ello construye una cultura empresarial y como la obtención del lucro no es su único fin, también puede construir un programa de responsabilidad social empresarial que reconoce que la empresa actúa en un medio social, no en un mundo aparte.

²⁴⁷² PALOMINO LOZANO: *Las objeciones de conciencia...*, op. cit., pp. 210-213.

los negocios están en manos de judíos, que poseen una tradición en el sector que se remonta a varios siglos en el pasado. Así, la identidad religiosa otorga confianza al resto de operadores económicos que interactúan, ya que saben de antemano cuál va a ser el comportamiento a seguir y cuál va a ser el grado de honestidad. Como muestra de la confianza que conlleva pertenecer a la misma minoría religiosa (incluso a las mismas instituciones como el *Diamond Dealers Club*), entre los *brokers* y cortadores de diamantes se facilitan los diamantes en depósito con un mínimo de burocracia. Si no existiera una red de confianza basada en la identidad religiosa la misma tipología de operación requeriría mayores costes, pues serían necesarios mecanismos de seguridad superiores, primas de seguro más altas y instrumentos contractuales más sofisticados y farragosos. El *Diamond Dealers Club* no está formado exclusivamente por judíos, sino que hay otros miembros de distintas confesiones religiosas, pero en un número mucho menor. Si en las oficinas individuales de los negocios son fácilmente observables fotos de Israel, elementos decorativos típicamente judíos o retratos de los líderes; el *Diamond Dealers Club* cumple funciones de diversa naturaleza: las inherentes al sector del diamante obviamente, pero también como un club social y como una organización filantrópica. Al mismo tiempo, promueve el estudio de la Torá y del Talmud, regula el calendario del sector honorando el Sabat y el resto de festividades religiosas, tiene en cuenta la comida Kosher y promueve una atmósfera donde el Yiddish es la primera lengua de interlocución. En relación al tráfico comercial, el Club opera un sistema de arbitraje obligatorio y con fuerza vinculante, que a la práctica se asemeja a un tribunal religioso judío (*Bit Den*), y que tiene por resultado, como es tradicional en muchas comunidades judías, que todas las disputas sean resueltas dentro de la comunidad sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales comunes. Dicho sistema de resolución de conflictos asegura que el tráfico comercial y jurídico opere de forma óptima con la mayor confianza de los intervinientes, ya que el no seguimiento de alguna regla provocaría un enorme rechazo social dentro de la comunidad²⁴⁷³. Un fenómeno asimismo muy interesante y que merece especial atención es el concepto del "empresariado étnico", muy relacionado frecuentemente con el empresariado guiado por reglas o principios religiosos, por lo que es estudiado en el apartado correspondiente de la presente investigación.

Así pues, la construcción dogmática del concepto de "empresa de tendencia" lleva a aparejada dos consecuencias:

1) Especial reconocimiento y protección del ejercicio del derecho a la libertad religiosa por el empleador: en un grado superior al de los empresarios que simplemente guían sus negocios a partir de sus convicciones religiosas. El reconocimiento de la existencia de empresas de tendencia y su especial protección por el ordenamiento jurídico es una muestra más y encuentra su sentido en una sociedad cada vez más plural.

2) Modulación cualitativa de los derechos fundamentales del trabajador: es la otra cara de la moneda. Cuanto más amplio sea el derecho a la libertad religiosa de la empresa, en este caso de tendencia, más posibilidad de limitaciones habrá respecto los derechos de los trabajadores que colisionen con dicha libertad. Es una modulación "cualitativa" porque el ejercicio del derecho a la libertad religiosa por parte del trabajador en el seno de la relación laboral ya lleva a aparejada por sí mismo una modulación intrínseca por el contexto donde se ejerce. Si el ejercicio del derecho en la empresa ordinaria hay que

²⁴⁷³ LAMBERT III: *Spirituality...*, *op. cit.*, pp. 72-73.

matizarlo, más aun en el supuesto de la empresa de tendencia. Dicha limitación no sólo afecta al derecho a la libertad religiosa del trabajador, sino que afecta a otros derechos individuales como el derecho a la libertad de expresión²⁴⁷⁴, la libertad ideológica o la prohibición de discriminación.

Que la empresa de tendencia se distinga por sostener un credo o un sistema de ideas religiosos, y esa sea su principal actividad, no resulta un obstáculo para que las confesiones religiosas puedan crear instituciones o empresas que se dediquen a producir bienes o prestar servicios y que asimismo puedan ser calificadas, si se dan los requisitos para ello, como empresas de tendencia. Lo que ocurre es que para que puedan ser consideradas empresas de tendencia su actividad deberá estar condicionada, subordinada y ser instrumental al fin principal de la confesión religiosa, que es sostener y difundir sus postulados religiosos²⁴⁷⁵. Si dichas instituciones prestan servicios y producen bienes que colocan en el mercado con el único fin de obtener beneficios, sin relación alguna con la difusión del credo religioso ni subordinarse a dicho fin, deberán ser tratadas como el resto de empresas que actúan en el mercado.

El art. 6.1 LOLR reconoce la autonomía de las confesiones para organizarse y actuar en el tráfico jurídico: *"Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación"*.

A partir de dicho reconocimiento de la autonomía de las confesiones se les reconoce en el apartado segundo del mismo art. 6 LOLR un derecho derivado de tal facultad de autoorganización: *"Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas podrán crear y fomentar, para la realización de sus fines, Asociaciones, Fundaciones e Instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general"*.

²⁴⁷⁴ "La libertad de expresión no tiene la misma amplitud para todos los ciudadanos. Entre los factores que estrechan o ensanchan su ejercicio está el oficio de su titular: determinadas profesiones, actividades o cargos políticos confieren a sus titulares un plus o un minus respecto del régimen general de los derechos fundamentales de expresión e información del común de los ciudadanos. Más genéricamente, la mera cualidad de ser trabajador - en el sentido amplio del término, que comprende no sólo a los vinculados por contrato laboral, sino a los sujetos por contrato de arrendamiento de servicios o por cualquier otra relación de dependencia derivada de trabajo remunerado - comporta un estatus obligacional que modula su libertad de comunicación dejándola reducida respecto de los niveles generales que habitualmente y en abstracto puede ejercer el ciudadano". GARCÍA NORIEGA: *Límites a la libertad...*, op. cit., p. 29. Una modulación cualificada del derecho a la libertad de expresión se produce en el contexto de la empresa de tendencia.

²⁴⁷⁵ En dicho sentido: *"El hecho de que las confesiones religiosas, o las instituciones que creen, puedan ser consideradas empresas de tendencia está vinculado a la libertad de las iglesias y comunidades a divulgar su propio credo y a la plena autonomía de aquellas reconocidas por el Estado. En todo caso, aunque la actividad de las instituciones creadas por las confesiones puede ser también de producción o intercambio de bienes o servicios, para que sean consideradas como empresas de tendencia debe evidenciarse que tal actividad se subordina y es instrumental del fin principal, la divulgación del mensaje religioso"*. MOTILLA DE LA CALLE: "El derecho a discriminar...", op. cit., p. 101.

No obstante, desde el prisma del Derecho del Trabajo lo que resulta en un primer momento trascendente es analizar si el ente, institución, asociación u organización, guarde la forma jurídica que guarde, puede ser considerado empresario o empresa empleadora de acuerdo con lo establecido en el art. 1 ET, apartados primero y segundo, y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. Es decir, una vez se establezca que se está ante un empleador, y se constata que existe una relación jurídico-laboral con un verdadero trabajador por cuenta ajena, es cuando se deberá determinar si tal empresa puede ser considerada de tendencia o no. Por un lado, al Derecho laboral le resultan indiferentes o caen fuera de su objeto de regulación aquellas relaciones jurídicas establecidas entre dos personas jurídicas o físicas, que no tengan una naturaleza laboral; y, por otro lado, es tradicional que en el Derecho laboral se considere empresario quien de forma material, real, actúa como tal, indiferentemente de su forma jurídica. En ocasiones no es nada fácil constatar si existe una verdadera relación laboral entre empresa de tendencia y sus simpatizantes, creyentes o adheridos²⁴⁷⁶. En tales circunstancias el Derecho laboral también deberá quedar al margen si existe en el ordenamiento jurídico alguna norma que de forma expresa excluya una relación jurídica por mucho que de forma material concurren *a priori* las notas tradicionales de laboralidad; una norma que se sea jurídicamente apta para llevar a cabo dicha exclusión²⁴⁷⁷.

Así pues, una vez constatada que existe relación laboral entre una empresa y un trabajador, lógicamente una vez descartada que existe alguna norma que excluya la relación del ámbito laboral (por ejemplo, ministros de culto de la Iglesia Católica), habrá que determinar si se está ante una empresa de tendencia. Si se trata de una empresa que se dedica fundamentalmente a difundir sus postulados religiosos o los de una confesión concreta estará claro que se trata de una empresa de tendencia²⁴⁷⁸.

²⁴⁷⁶ Por ejemplo, se ha discutido en varias ocasiones si entre un sindicalista y su sindicato pueda existir una relación laboral. En tal sentido STS de 7 octubre 2005 (RJ 2005, 8105), STSJ del País Vasco núm. 2821/2007, de 30 octubre (AS 2008, 194), STSJ del País Vasco de 10 julio 2007 (AS 2008, 169), STSJ de Canarias núm. 1466/2009, de 29 octubre (AS 2010, 623), la STSJ del País Vasco núm. 2111/2013 de 3 diciembre (AS 2014, 1310), la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 septiembre 2012 (JUR 2012, 323847) o la STSJ del País Vasco núm. 285/2015 de 10 febrero (JUR 2015, 117700), que contiene un interesante voto particular. De dicha jurisprudencia se desprende que se puede simultanear sin problema la relación laboral entre trabajador y empresa de tendencia, con la relación de carácter asociativo.

²⁴⁷⁷ Por ejemplo, en la STSJ del País Vasco de 10 julio 2007 (AS 2008, 169) el Tribunal afirma que no está vinculado a un precepto contenido en los Estatutos de un sindicato que excluye del ámbito aplicativo de la relación laboral a las personas que realizan ciertas funciones para la organización (Fundamento Jurídico Sexto). En un sentido parecido respecto a la no vinculación por los Estatutos en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 septiembre 2012 (JUR 2012, 323847). En cambio, en otras ocasiones los Estatutos internos de la empresa de tendencia resultan tan relevantes como para motivar la extinción contractual del trabajador, como acontece en la STSJ de Galicia núm. 2647/2011 de 13 mayo (JUR 2011, 206631, Fundamento Jurídico Segundo *in fine*).

²⁴⁷⁸ "Las organizaciones-soporte ideológico existen precisamente en función de una específica ideología, de tal manera que son institucionalmente expresivas de la misma (...). Son empresas a las que es difícil darles el nombre de tales porque no puede decirse con claridad que se dediquen a la producción de bienes y servicios para lanzarlos al mercado, que, sin embargo, es la característica común al resto de las empresas, incluidas las que tienen ese componente ideológico a las que se ha hecho referencia (periódicos y escuelas principalmente, cuando tengan una determinada adscripción ideológica). Las organizaciones-soporte de una ideología son «empresas» en las que el desarrollo de una idea permite su posterior reflejo en las conciencias de los individuos y les pueden inducir a la acción, y, de ese modo, alcanzar la realización de sus intereses y contribuir a su propia potenciación como ser individual". APARICIO TOVAR: "Empresas ideológicas y derechos...", en AAVV: *Autoridad y democracia...*, op. cit, p. 86.

Dicho análisis jurídico se complicará cuando se trate de una empresa creada por una iglesia o confesión que preste servicios o produzca productos, porque en tal caso habrá que determinar si tales actividades que son características de una empresa ordinaria están subordinadas de forma instrumental a la difusión de un credo religioso concreto. Y tal constatación no es nada fácil de llevar cabo conforme los entramados de instituciones y los servicios prestados son cada vez más complejos²⁴⁷⁹. La empresa de tendencia es una manifestación del derecho a la libertad religiosa en su vertiente colectiva; en cambio la empresa ordinaria actúa bajo el derecho constitucional a la libertad de empresa. Y a veces pueden encontrarse empresas ordinarias guiadas por principios ético-religiosos de sus dirigentes y propietarios; y en ocasiones las empresas de tendencia actúan en el tráfico jurídico²⁴⁸⁰. Algunas formalidades pueden ayudar a determinar si la entidad de que se trata es una empresa de tendencia, por ejemplo la constitución de una fundación de acuerdo con el Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, sobre Fundaciones religiosas de la Iglesia Católica, pero, como siempre ocurre en el Derecho laboral, lo realmente relevante serán las actividades que lleven a cabo en el tráfico jurídico, su realidad material.

En ningún caso sería admisible que las confesiones religiosas, o empresas instrumentales de aquellas, actuaran en el mercado como si de empresas ordinarias se trataran, obteniendo un lucro, y aprovechándose de las ventajas que puntualmente les ofrece el ordenamiento jurídico como una manifestación más de la libertad religiosa. Ello no sólo constituiría una competencia desleal amparándose en normas jurídicas que les son más favorables que al resto de empresas para fines diferentes para los cuales han sido diseñadas, sino que el mismo tiempo se estarían limitando indebidamente los derechos de los trabajadores, cuyos derechos fundamentales no se benefician de la misma amplitud cuando son ejercidos en el contexto de empresas de tendencia²⁴⁸¹.

En la STC 106/1996, de 12 de junio (BOE 12 de julio de 1996) se examina la controversia de una auxiliar de clínica que presta servicios para un hospital que, a su vez, está regido por una orden religiosa. En opinión del Tribunal hay que discernir para quién se prestan los servicios: "*La doctrina sentada por este Tribunal, en efecto, puede ser aplicable a la*

²⁴⁷⁹ Por ejemplo, hay empresas de tendencia que ofrecen servicios a otras empresas ideológicas, como son los seguros para misioneros. GILL: *The political origins...*, op. cit., p. 30, nota al pie 7.

²⁴⁸⁰ "Los titulares de entidades económicas estarían facultados, de un lado, a demandar de los poderes públicos estímulos económicos y financieros, así como a no tener que soportar imposiciones que no sean estrictamente económicas - es decir, que de existir esas exigencias exclusivamente versarán sobre criterios de licitud o no de la actividad y de la gestión -. Y, de otro lado, estarían legitimados para dotar o no a las empresas de un ideario, en la medida en que son también titulares - en su modalidad individual o colectiva (artículo 16.1 CE) - del derecho a la libertad de creencias y de religión. La empresa con ideario religioso sería, pues, una manifestación del derecho a la libertad religiosa, ubicada en la esencial esfera del agere licere (...)". SALAS PORRAS: "El poder de dirección...", op. cit., p. 8.

²⁴⁸¹ En el mismo sentido: "*La sustentación de una determinada ideología por algunas empresas no quiere decir que toda empresa instrumental de los partidos políticos, sindicatos y organizaciones religiosas pueda pretender esgrimir un interés como para permitir una comprensión de algunos derechos de libertad ideológica de los trabajadores a su servicio. Para que tal cosa se produzca es necesario que la empresa de que se trate sea institucionalización de alguno de los derechos fundamentales, de tal manera que el interés empresarial puede ser atendible para competir en alguna medida los derechos de libertad ideológica de los trabajadores si es directamente expresivo de ese concreto derecho, pero no porque se derive del de la organización a la que sirve de instrumento*". APARICIO TOVAR: "Empresas ideológicas y derechos...", en AAVV: *Autoridad y democracia...*, op. cit., p. 90.

entidad titular, en cuanto portadora de una ideología, respecto a los trabajadores vinculados por contrato laboral con ella. Pero no puede entenderse que lo sea también respecto a aquellos trabajadores que prestan sus servicios en una empresa que aun siendo instrumental o subordinada de aquélla posee una finalidad y desarrolla una actividad social que es distinta. Pues lo relevante en un supuesto como el presente no es el propósito o la motivación subjetiva de la entidad titular -que ciertamente ha podido crear tal empresa al servicio de su ideario- sino el público reconocimiento de la función social que cumple el Centro donde se presta el trabajo, que en este caso es la hospitalaria. Lo que implica, en definitiva, que no puede extenderse de forma incondicionada al Centro sanitario el ideario propio de la entidad titular, aun admitiendo tanto el carácter religioso de la entidad titular del hospital como que dicho Centro se halla al servicio de una finalidad caritativa" (Fundamento Jurídico Cuarto).

Una vez constatada la existencia de una relación laboral entre empresa de tendencia y trabajador que presta servicios para ella, es cuando el derecho a la libertad religiosa de dicha empresa puede actuar como un límite de cierta envergadura como para modular en buena parte los derechos fundamentales de dicho trabajador: derecho a la libertad de expresión, el propio derecho a la libertad religiosa²⁴⁸², el derecho a la intimidad, etc. O incluso, que se prevean excepciones a la prohibición de discriminar.

Así, se llega a una interesante conclusión, cual es que la noción de empresa de tendencia religiosa, como construcción dogmática, encuentra su sentido al permitir a la empleadora desplegar en su máxima extensión el derecho a la libertad religiosa. Y para que pueda desplegarse en su máxima extensión tal derecho en el ámbito laboral es del todo necesario que se limiten en un grado superior de lo habitual los derechos y bienes de las personas con las que interactúen, especialmente los de los trabajadores. De ahí la importancia de calificar correctamente una empresa como empresa de tendencia. Por un lado, es la forma de garantizar en lo posible su derecho fundamental a la libertad religiosa; y, por otro lado, es el modo de justificar jurídicamente la modulación de algunos derechos de los trabajadores, que de otra forma no podrían ser alterados del mismo modo en caso de colisión y cuando se lleve a cabo la oportuna operación de ponderación.

²⁴⁸² Se ha calificado al derecho a la libertad religiosa en el contexto laboral como ambivalente, puesto que puede ser ejercido por el trabajador, pero también por la empresa: "*Su repercusión sobre la esfera personal del individuo resulta palmaria, pero a diferencia de otros derechos fundamentales el art. 16 CE tiene un contenido ambivalente, en la medida que puede ser alegado no sólo por el trabajador con el propósito de que sus derechos sean respetados, sino también por el empresario con un objetivo contrario. En efecto, y como es bien sabido, las denominadas empresas ideológicas o de tendencia se caracterizan por propugnar un determinado ideario, en ocasiones de contenido religioso; tales directrices han sido consideradas como legítima razón empresarial para adoptar decisiones perjudiciales basadas en la incompatibilidad de la esfera personal del individuo con los principios defendidos por el empleador*". RODRÍGUEZ CARDO: *Poder de dirección empresarial...*, op. cit., p. 32. De hecho, tal fenómeno también ocurre con otros derechos, que son ejercidos por la empresa o los trabajadores a veces de forma que unos derechos limitan los de los otros, como es la libertad ideológica o el derecho a la libre expresión. Una idea parecida a la antedicha ambivalencia es manifiesta en cierto modo por la doctrina estadounidense: "*Religion and spirituality in the workplace often refer to a religion or spirituality of the workplace. I have suggested that a critical distinction can be made between the beliefs and practices of individual employees, on the one hand, and the rituals and ethos of the organization, on the other*". HICKS: *Religion and the workplace...*, op. cit., p. 113.

1.2. Prohibición de discriminación y contratación de los trabajadores en las empresas de tendencia religiosa

Cuando se ha tratado del derecho a no manifestar las creencias religiosas que ampara a cualquier trabajador, desde las fases precontractuales hasta una vez extinguido el contrato, se ha hecho referencia al art. 1.2 del Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación, que establece que *"las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación"*. A su vez, como transposición del art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, el art. 34.2 Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social afirma que las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona *"no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado"*²⁴⁸³.

Por lo tanto, realmente no es que se modalice la prohibición de discriminar a las personas, ya que en puridad las conductas discriminatorias están siempre vedadas, sino que en el caso de la empresa de tendencia no se considera una conducta discriminatoria que tenga en cuenta las creencias del trabajador, a la hora de contratarlo y durante la relación laboral, cuando ello constituya un requisito profesional esencial y determinante. No se olvide que la norma habla de dos límites adicionales: que se trate de un objetivo legítimo y que el requisito sea además proporcionado atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Así, en relación a la prohibición de discriminación, se prevé un supuesto en que no existirá discriminación, por tratarse de un caso excluido expresamente de dicho concepto. Se insiste en ello, porque aquí se entiende que realmente no se debilita, se modula o se limita la prohibición de discriminación, que continua siendo igual de vigorosa y robusta frente aquellos supuestos que más repugnen al Derecho, sino que en un caso concreto se entiende de forma justificada que no hay discriminación alguna. Es perfectamente legítimo y comprensible que si para un puesto de trabajo es esencial sostener cierto credo religioso, así pueda ser demandado por las empresas de tendencia; como serían legítimamente demandados modelos masculinos, excluyendo candidatas femeninas, para realizar un anuncio de ropa masculina. Por eso aquí se rechaza la noción de "derecho a discriminar" que, especialmente en el mundo anglosajón, se sostiene por parte de la doctrina. No existe realmente el derecho a discriminar a nadie, sino que el ordenamiento

²⁴⁸³ En relación al art. 4 de la Directiva 2000/78: *"La excepción a la discriminación gira en torno a ocupaciones o trabajos en los que la religión o la creencia es un auténtico requisito de la actividad dada la naturaleza del trabajo y el contexto en que se desenvuelve. Primero, que una de las características del trabajo, genuina y determinante, sea su naturaleza religiosa (por ejemplo las actividades de enseñanza de una religión, o la asistencia religiosa en una institución o comunidad). Y en segundo lugar, que los requisitos de la ocupación referidos a la religión sean proporcionales, en relación con el fin legítimo, y necesarios para conseguir determinados fines (por ejemplo, ser musulmán es necesario para enseñar el Corán en una mezquita, pero no parece razonable que la persona que limpia deba tener una cualificación religiosa)"*. MOTILLA DE LA CALLE: "El derecho a discriminar...", *op. cit.*, p. 98. En sentido parecido se pronuncia la doctrina inglesa: *"Whilst the general rule is that direct discrimination on grounds of religion cannot be justified, there is an exception to the prohibition against discrimination when religion represents a genuine occupational requirement"*. DOE: *Law and religion...*, *op. cit.*, p. 75.

ampara de forma justificada excepciones que quedan al margen de la prohibición por no constituir realmente situaciones equiparables a las rechazadas por la tutela antidiscriminatoria²⁴⁸⁴. Por lo tanto, si la regla general es que las creencias religiosas del trabajador resultan indiferentes en cuanto al inicio, desarrollo y finalización de la relación laboral (art. 1.2 LOLR), la excepción la constituye la empresa de tendencia, pero siempre que ello sea razonable, según se irá viendo.

En tal sentido se expresan las "Guidelines for review of legislation pertaining to religion or belief", aprobado por la OCDE en junio de 2004, que realiza la siguiente mención a la materia aquí tratada: "Three of the principal issues regarding the relationship between labour (employment practices) and religion or belief involve hiring and other personnel practices of, first, religious or belief groups; second, private enterprises; and, third, State offices. To the extent that State laws prohibit discrimination on the basis of religion or belief, religious and belief organizations will likely seek exemptions from non-discrimination laws so that they may hire and retain people whose sympathies correspond to the interests of the associations. A variety of legal approaches are possible. With regard to private (non-religious) enterprises, the typical standard will be to prohibit discrimination in such matters such as hiring. Employers may be allowed to restrict some manifestations of belief. States should not discriminate in personnel practices, though some States prohibit officials from wearing religious insignia". Así pues, la OCDE recomienda la introducción de exenciones, no modificar las reglas generales que guían en los países occidentales la tutela antidiscriminatoria.

De este modo, resulta claro que si para cubrir un puesto de trabajo concreto es necesario sostener ciertas convicciones religiosas, la empresa de tendencia religiosa podrá indagar sobre dichas creencias durante la entrevista que se haga a un candidato; pero limitándose estrictamente a las creencias que tengan una relación directa con el trabajo a desempeñar, las que mantengan una relación funcional con el trabajo a prestar²⁴⁸⁵ y desde un punto de vista objetivo constituyan requisitos necesarios²⁴⁸⁶. Así, de ello se

²⁴⁸⁴ Por ejemplo, en STC 47/1985, de 27 de marzo (BOE 19 de abril de 1985) al tratar del despido de una profesora se observa claramente la excepción a la aplicación de la tutela antidiscriminatoria: "si la prueba de los hechos imputados por el titular del Centro a la Profesora demandante justificaría desde una perspectiva constitucional el despido y produciría el efecto de sustraerlo del campo de la discriminación por ideas religiosas (art. 17.1 LET y art. 16 CE), también lo es que, no probados aquellos hechos, subsiste el motivo ideológico del despido, terreno en que lo situó «ab initio» el requerimiento o carta de despido, pero con la decisiva consecuencia de que tal despido causalmente ideológico se convierte en injustificado por discriminatorio y contrario tanto a la libertad ideológica reconocida por el artículo 16.1 CE, como a la expresa y específica prohibición contenida en el artículo 17.1 de la LET" (Fundamento Jurídico Cuarto). Lo mismo ocurre en los Estados Unidos, como ha tenido ocasión de examinar al hablar de la *Civil Rights Act*. Sobre las exenciones de las organizaciones de tendencia en los Estados Unidos *vid.* GREGORY: *Encountering religion...*, *op. cit.*, pp. 141-158. En dicho país no existe la noción de "empresa de tendencia" pero se opera con unos parámetros parecidos.

²⁴⁸⁵ "Las organizaciones de tendencia podrán investigar y valorar la ideología o creencias de los candidatos sólo en la medida en que estos aspectos personales sean absolutamente imprescindibles para el correcto desarrollo de la tarea a la que van a ser destinados. Únicamente podrán ser objeto de valoración las opiniones o convicciones que sean estrictamente funcionales para el desarrollo útil de la prestación. Por el contrario, no podrán ser objeto de indagación o valoración las ideas o creencias del individuo de ámbito distinto a la tendencia de la empresa y, por eso, extrañas a la prestación de trabajo". BARRERO ORTEGA: *La libertad religiosa...*, *op. cit.*, p. 402.

²⁴⁸⁶ "Una indagación sobre las opiniones personales es tolerable en la medida en que es consentida una valoración de las aptitudes profesionales del candidato. Desde el momento en que

infiere una limitación del derecho a la intimidad (art. 18 CE) y del derecho a no manifestar las creencias religiosas (16.2 CE). Naturalmente, que la empresa esté legitimada para indagar sobre las creencias religiosas del trabajador, también durante la relación laboral, no significa que el trabajador no pueda negarse a contestar amparándose en su derecho a no manifestarlas; de la legitimidad de indagar no se colige una obligación a manifestar. Al mismo tiempo, la empresa de tendencia ante el silencio del candidato, puede optar por no contratar al trabajador y no incurrirá en ningún tipo de discriminación, siempre y cuando las creencias sean realmente esenciales para el puesto de trabajo a ocupar²⁴⁸⁷.

Como siempre habrá que estar al caso concreto, pero como regla general se puede decir que será necesario que el trabajador sostenga unas determinadas convicciones religiosas cuando su puesto de trabajo entre dentro del "núcleo duro" de la actividad de la empresa de tendencia; o que de algún modo se erijan como requisitos necesarios para ejecutar de forma óptima el contrato de trabajo²⁴⁸⁸. Deberá sostener dichas creencias en el momento de la contratación y durante la relación laboral, por eso el empresario podrá asimismo indagar sobre ellas mientras esté vivo el vínculo laboral²⁴⁸⁹.

la prestación de trabajo se caracteriza por su ideología, no pudiendo ser satisfactoriamente desempeñada si no es abrazándola plenamente, la tendencia se convierte en condición objetiva exigible para un normal desarrollo de la tarea, y, como es sabido, todo aquello que constituya contenido objetivo de una tarea puede ser contrastado preventivamente en trámite de admisión por el empresario". GOÑI SEIN: *El respeto a la esfera...*, op. cit., p. 74.

²⁴⁸⁷ Por tal razón hay que matizar la siguiente afirmación: "En el momento de la contratación, y a diferencia del trabajo desarrollado en las empresas neutras, en las instituciones cualificadas por constituirse para la expansión de una ideología o religión determinada el empleador podrá interrogar al aspirante al puesto de trabajo sobre sus convicciones morales o religiosas, siempre que esas creencias tengan relación, directa o indirecta, con la actividad laboral que habrá de desarrollar. Las indagaciones realizadas por el empresario, que se exceptúan de la prohibición general contenida en las legislaciones de los Estado europeos de obligar a declarar las creencias, sólo podrán tener por objeto aspectos de las convicciones religiosas o de la vida personal del solicitante del trabajo que sean relevantes para la prestación que se propone, ligada a la finalidad de la empresa de tendencia". MOTILLA DE LA CALLE: "El derecho a discriminar...", op. cit., p. 108. No es lo mismo que la empresa de tendencia esté legitimada a indagar y preguntar, que se trate de una excepción "de la prohibición general contenida en las legislaciones de los Estado europeos de obligar a declarar las creencias". En España el trabajador podrá negarse a manifestar sus creencias, pues el art. 16.2 CE no queda neutralizado, pero entonces el trabajador si no es contratado no podrá alegar que ha sido discriminado si se ha descartado la candidatura por el hecho que la empresa de tendencia desconoce si el candidato podría prestar servicios correctamente o no. Por eso se discrepa asimismo del siguiente posicionamiento: "Las peculiaridades presentes en esta clase de empleadores fuerza a matizar la prohibición prevista en el artículo 16.2 CE, en tanto en la selección de su personal será permitido preguntar acerca de su credo religioso para conocer si las convicciones personales del candidato coinciden con las creencias propias de la confesión". AAVV: *Inmigración, religión y trabajo...*, op. cit., p. 75. Se insiste que, de acuerdo con el art. 16.2 CE, el trabajador mantendrá intacto su "derecho al silencio".

²⁴⁸⁸ "¿Qué tipo de trabajos ampararían la distinción de las personas que acceden a ellos por motivos ideológicos o religiosos? Naturalmente los directamente relacionados con las transmisión de doctrinas y el ejercicio del culto. Pero también otros en que los fines, aun de naturaleza comercial, se relacionen con la religión o las creencias. Por ejemplo una agencia de viajes que organice peregrinaciones cristianas (a Lourdes) o islámicas (a la Meca) puede lícitamente contratar a representantes o guías que sean de religión cristiana o musulmana. MOTILLA DE LA CALLE: "El derecho a discriminar...", op. cit., p. 99.

²⁴⁸⁹ El mantenimiento de las convicciones durante la relación laboral es enfatizado del siguiente modo: "El principio según el cual las opiniones religiosas no deben ser tenidas en cuenta en el contrato de trabajo, encuentra en las empresas de tendencia algunas excepciones notables. En este tipo de empresas cuando se contrata un trabajador para cumplir una tarea se le exige que tenga una plena comunión de pensamiento y de fe con el empresario. En estos casos, la

Así pues, si las empresas de tendencia pueden indagar sobre las creencias de los trabajadores cuando dichas creencias son esenciales para el puesto de trabajo a cubrir también ha de admitirse la inclusión de elementos religiosos y personales en las ofertas de trabajo para cubrir puestos en empresas de tendencia. Eso sí, al igual que las indagaciones, dichos parámetros deben guardar una íntima relación con los quehaceres a desempeñar. Lo relevante es que el candidato no posea unas creencias abiertamente contradictorias con el fin de la empresa²⁴⁹⁰.

1.3. La modulación de los derechos fundamentales de los trabajadores que prestan servicios para una empresa de tendencia

Como se ha comprobado parcialmente a la hora de tratar de la contratación de los trabajadores por parte de las empresas de tendencia, para determinar cuál es el grado de modulación de los derechos fundamentales de los trabajadores no sólo es necesario obviamente establecer si se está realmente ante una empresa de tendencia, sino sobre todo comprobar qué posición ocupa el trabajador en su organigrama y qué funciones realiza. Por lo tanto, aunque las formalidades puedan ayudar a determinar dichos aspectos (por ejemplo, la denominación del cargo que se desempeña), lo que será relevante será la realidad material, las funciones que se realicen de forma efectiva. Según las funciones y responsabilidades ostentadas por un trabajador sus derechos fundamentales serán más o menos modulados en la operación de ponderación cuando colisionen con los derechos de la empresa, en este caso fundamentalmente el derecho a la libertad religiosa, pero asimismo el derecho a la libertad de empresa²⁴⁹¹.

jurisprudencia ha admitido que la religión, la ideología o los compromisos sindicales puedan constituir un elemento esencial más del contrato, elemento estable que puede ser requerido durante todo el desarrollo de las relaciones de trabajo". ARECES PIÑOL: El principio de laicidad..., op. cit., p. 250. Asimismo se ha afirmado lo siguiente sobre los límites de las indagaciones empresariales: "Como toda excepción a la aplicación de un derecho fundamental su utilización debe ser objeto de una interpretación restrictiva, de manera que las indagaciones sobre las creencias religiosas únicamente podrían realizarse a los trabajadores cuya actividad resulte esencialmente confesional y habrían de resultar proporcionadas, extendiéndose a aquellos aspectos subjetivos del trabajador relevantes para el contenido objetivo de la prestación, sin poder abarcar cuantos presenten una insignificante conexión con la doctrina propia y la función laboral estrictamente acordada; diferenciar ambos plans, se reconoce, resulta una tarea harto complicada debiendo el intérprete atender las circunstancias del caso concreto para ponderar si el cuestionario presentado por la confesión excede la vertiente negativa del derecho a la libertad religiosa". AAVV: Inmigración, religión y trabajo..., op. cit., pp. 75-76. No obstante, no se acierta a ver por qué debería realizarse una interpretación restrictiva. Al trabajador le ampara el art. 16.2 CE, por lo que siempre puede optar por no responder. Si el trabajador no responde porque considera que la pregunta no está realmente relacionada con el puesto de trabajo a desempeñar, si es descartado siempre podrá alegar que ha sido objeto de una conducta discriminatoria. Ahora bien, si el empresario de tendencia indaga correctamente sobre ciertos aspectos relacionados con el profesiograma del puesto a cubrir no hay que realizar ninguna interpretación restrictiva, pues el empresario sostendrá dicha conducta también en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental (art. 16 CE), por lo que no resulta procedente ninguna interpretación restrictiva en el ejercicio de un derecho fundamental; como mucho podrá ponderarse si hay colisión de derechos.

²⁴⁹⁰ BLAT GIMENO: *Relaciones laborales en empresas...*, op. cit., pp. 99-100.

²⁴⁹¹ "Las empresas ideológicas suelen entrañar ejercicios de derechos fundamentales de índole institucional, susceptibles de entrar en colisión con otros de naturaleza individual. Derechos constitucionales de los trabajadores concurren con los de los empleadores, que personifican la necesaria libertad de acción de entes dotados de relevancia constitucional". BLAT GIMENO: *Relaciones laborales en empresas...*, op. cit., p. 59; "La solución a este conflicto no puede pasar

En las empresas tendencia hay que distinguir entre miembros y trabajadores por cuenta ajena. Las empresas de tendencia como tales poseen frecuentemente un fuerte componente asociativo, lo que hace que en un mismo contexto se puedan encontrar miembros asociados a la entidad, trabajadores y personas que reúnen ambas condiciones. Los miembros de la empresa de tendencia comparten la ideología de la organización. Tanto los miembros, como los trabajadores por cuenta ajena, pueden realizar exactamente las mismas funciones y tareas (aunque en uno caso concurrirán todas las notas de laboralidad y en el otro no), y dichas funciones pueden resultar vitales para la organización. Por eso a veces será difícil acertar a distinguir la relación jurídica asociativa y la relación laboral. El problema consistirá en que en el supuesto de dichas organizaciones en muchas ocasiones es difícil hablar de "empresa", "mercado", "empresario", "salario", etc. dadas las especiales circunstancias concurrentes.

Una vez determinados quiénes son trabajadores por cuenta ajena por reunirse las notas características al uso, tanto si son formalmente asociados o no a la entidad que se trate, como ulterior diferenciación hay que distinguir a los trabajadores cuyas tareas forman parte del "núcleo duro" de la actividad de la empresa de tendencia, y aquellos trabajadores que prestan servicios en puestos de trabajo meramente accesorios y desconectados de la actividad principal de la organización; unos realizan tareas sustentadoras de la ideología de la organización, y los otros desempeñan funciones neutras²⁴⁹². Dicha diferenciación es muy relevante a los presentes efectos, ya que a los trabajadores que son contratados para desarrollar tareas sustentadoras de la ideología o credo de la organización, y que por ello están en una posición muy parecida a los miembros de dicha organización (incluso es posible que estén asimismo asociados), deberán compartir necesariamente las ideas que fundamentan religiosamente la empresa para poder cumplir correctamente sus funciones. Es decir, la aptitud profesional para poder desempeñar las tareas contratadas dependerá en grado sumo de que el trabajador comparta las ideas sustentadas por la empresa, en caso contrario el trabajador estaría actuando de mala fe. En ese supuesto el derecho a la intimidad se verá matizado, porque el trabajador deberá exteriorizar sus convicciones para poder cumplir óptimamente con su contrato de trabajo. El cambio o divergencia sobrevenido de las ideas de la empresa o del trabajador pueden comportar que el contrato de trabajo se extinga por ser imposible desde un punto de vista objetivo su continuación²⁴⁹³.

*por el íntegro sacrificio de uno de los intereses en juego, sino por la búsqueda de un compromiso entre ambos ponderando, necesariamente, a través del test de proporcionalidad o equilibrio: un derecho fundamental - el de las empresas de tendencia a la tutela de su libertad religiosa institucional o el de los trabajadores ideológicos al ejercicio de sus derechos fundamentales - no puede ser comprimido más de lo que resulte estrictamente adecuado para garantizar el derecho, indispensable o necesario para salvaguardarlo y proporcional entre el sacrificio del derecho y el bien que se defiende". VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa y contrato...", en AAVV: *Las transformaciones del derecho...*, op. cit., p. 575.*

²⁴⁹² En la empresa de tendencia se produce una *"confrontación entre la faceta institucional de la libertad religiosa y asociativa de las organizaciones de tendencia y la vertiente individual de las libertades de expresión, ideológica y religiosa; ninguna de las dos tiene jerarquía sobre la otra sino que habrá que tender al equilibrio entre ambas perspectivas ponderando las circunstancias presentes en el caso concreto para conocer cuál de ellas debe ser limitada, resultando necesaria una labor de gradación atendiendo a los distintos tipos de prestaciones de los trabajadores en el seno de la empresa ideológica"*. AAVV: *Inmigración, religión y trabajo...*, op. cit., p. 82.

²⁴⁹³ APARICIO TOVAR: "Empresas ideológicas y derechos...", en AAVV: *Autoridad y democracia...*, op. cit., pp. 88-89. En un sentido parecido: *"Las exigencias de fidelidad del trabajador respecto al ideario o ethos de la empresa también se modalizarán dependiendo de la relación existente entre*

En suma, en la empresa de tendencia pueden identificarse dos tipologías de trabajadores diferentes de cuyo encuadramiento dependerá a su vez el grado de modulación de sus derechos fundamentales:

1) Trabajador neutro: es un trabajador cuyas funciones y responsabilidades no guardan relación con el ideario de la empresa, por lo que estará sometido a la mínima restricción de derechos fundamentales (por ejemplo, podrá ejercer de una forma más extensiva la libertad de expresión), pero no será admisible un posicionamiento público suyo contra la religión que sustente su empresa²⁴⁹⁴.

2) Trabajador ideológico: es el que ejecuta funciones y responsabilidades del núcleo duro, quien sustenta con su trabajo la actividad principal de la empresa de tendencia. Por lo tanto, será objeto de la máxima modulación de sus derechos fundamentales y la empresa estará plenamente legitimada para indagar sobre sus creencias en el momento de la contratación y durante el desarrollo de la relación laboral, porque tales creencias deberán ser mantenidas para el óptimo desempeño del puesto de trabajo. Es posible que esté ligado con la empresa más allá del vínculo jurídico-laboral (por ejemplo, vínculo asociativo)²⁴⁹⁵.

De este modo, resulta patente que a una persona que preste servicios como jardinero, cocinero, auxiliar de clínica, ordenanza con funciones de mantenimiento o vigilancia, o realice la limpieza de los locales donde tiene su sede la empresa de tendencia deberá ver modalizados sus derechos fundamentales casi del mismo modo que en el caso de una empresa ordinaria. Al tratarse de funciones laborales neutras, es decir, del todo desligadas del sostenimiento y difusión de la tendencia, como mucho se podrá exigir a dichos trabajadores que no se posicionen de forma pública de manera contradictoria con

el tipo de actividad que realiza y los fines de la organización en cuanto medio para la transmisión de una doctrina religiosa. Desde este punto de vista se distinguen los trabajos de contenido religioso (relacionados con el culto o la transmisión de la doctrina), las actividades sólo motivadas por la religión y no directamente expresión de prácticas religiosas, o los trabajos totalmente neutros y sin relación con el fin de la institución". MOTILLA DE LA CALLE: "El derecho a discriminar...", *op. cit.*, p. 108.

²⁴⁹⁴ "La excepción a los principios generales del derecho laboral es legítima en estas organizaciones de tendencia, siempre para los trabajadores que desarrollen actividades de tendencia es decir, íntimamente ligadas a la consecución del fin ideológico de la organización. Y para los trabajadores neutros, la adhesión ideológica será necesaria en la medida en que una actividad suya contraria a la ideología de la organización pueda ser conocida por los terceros, y se comprometa el mensaje ideológico que se quiere difundir". MORENO BOTELLA: *La libertad de conciencia...*, *op. cit.*, p. 239. En idéntico sentido: "Cuantos desarrollen actividades íntimamente ligadas a la línea confesional de la empresa habrán de respetar el ideario propio de la misma; en cambio, a cuantos realicen funciones neutras no se les podrá exigir, con carácter general, esa adhesión religiosa, a salvo si el empleado con su conducta es capaz de menoscabar la identidad o imagen de la organización". AAVV: *Inmigración, religión y trabajo...*, *op. cit.*, p. 75. Igualmente respecto a los trabajadores neutros: "La legitimidad del despido en tales supuestos descansa en un doble presupuesto. Que dichos trabajadores realicen acciones o expresen opiniones contrarias a las de la empresa, las cuales afecten al cabal cumplimiento de los fines ideológicos que persigue la organización que los empleó. Y que dicha actitud del trabajador sea notoria y pública; naturalmente respecto de la conducta de éste en el seno la empresa, aunque también, y en determinados casos, puede predicarse de la externa a la empresa cuando sea intencionadamente opuesta a la tendencia de la institución para la que trabaja y adquiera una cierta repercusión social". MOTILLA DE LA CALLE: "El derecho a discriminar...", *op. cit.*, p. 110.

²⁴⁹⁵ "Es curioso destacar que (...) en aquellas dotadas de un acusado cariz ideal (confesiones religiosas, organizaciones sindicales y partidos políticos), las actividades de tendencia normalmente se llevan a cabo por quienes están unidos a la organización mediante nexos de carácter no laboral". BLAT GIMENO: *Relaciones laborales en empresas...*, *op. cit.*, p. 74.

la tendencia de que se trate, pero casi en los mismos términos que el derecho a la libertad de expresión acogería las críticas de un trabajador contrarias a la empresa ordinaria en la que prestara servicios. Como siempre, la conducta contractual del trabajador deberá estar presidida por la buena fe. Lógicamente no se podrán indagar sobre las convicciones religiosas del trabajador porque no serán relevantes para el trabajo prestado. Así, si la empresa de tendencia sostiene unas determinadas creencias religiosas el trabajador podrá sostener unas convicciones religiosas de otra confesión diferente, o incluso ser ateo²⁴⁹⁶.

Un ejemplo de controversia con un trabajador neutro en una empresa de tendencia, un hospital regido por una orden religiosa, se puede encontrar en la STC 106/1996, de 12 de junio (BOE 12 de julio de 1996). En el transcurso de la celebración eucarística que tiene lugar todos los domingos y festivos en el hospital y ante la falta de asistencia de enfermos a la misma, unos enfermos que han de ser preparados previamente por el personal sanitario del Centro, el Capellán optó por subir a las plantas a dar la comunión a los enfermos, lo que hizo portando el cáliz y entonando cánticos religiosos. Cuando la comitiva llegó a la planta donde se encontraba la trabajadora ésta manifestó en voz alta expresiones como: "*No sé cómo no les da vergüenza*", "*Esto parece un picnic*", "*Estos son los humanitarios*" y "*Si mi madre estuviese aquí los denunciaría*", lo que pudo ser escuchado por los que se hallaban presentes en dicho lugar, tanto enfermos como familiares y visitantes así como trabajadores.

Al tratarse de una auxiliar de clínica el Tribunal considera que su prestación de servicios es neutra y se guía estrictamente por criterios técnico-sanitarios y por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por lo tanto, su actividad laboral no guarda una relación directa con el ideario de la entidad titular del centro hospitalario, por lo que la empresa de tendencia no puede exigirle compartir las creencias religiosas. Para el Tribunal es además relevante que la trabajadora no ha sido contratada directamente por la orden religiosa, que sí mantiene un ideario religioso, sino por un hospital que presta servicios sanitarios y asistenciales, por lo que el Tribunal concluye que "*el carácter meramente neutral de la actividad de la trabajadora respecto al ideario de la empresa no es susceptible de limitar las libertades constitucionales de aquella y, asimismo, la relación laboral no se concertó con la entidad que era portadora de dicho ideario sino con una empresa dependiente de la misma pero con distinta función social, a la que por esta razón dicho ideario no se extiende directamente*" (Fundamento Jurídico Cuarto *in fine*). La sentencia, que contiene un voto particular, al que se adhieren varios magistrados, en suma entiende que la aplicación de del despido en este caso fue desproporcionada.

No ocurrirá lo mismo con el trabajador ideológico, que sí llevará a cabo unas funciones directa e íntimamente ligadas a la empresa de tendencia. Piénsese en el director general,

²⁴⁹⁶ Se ha dicho con razón que la normativa internacional no puede ofrecer respuestas a estas cuestiones, pues depende del lugar que ocupe la religión en cada sociedad y situación particular: "*A religious congregation that wishes to hire an educational officer or teacher for one of its schools may obviously limit its search to members of that congregation or persons identified with its creed. But how far does this rule go? Is it applicable to a gardener, or to a doorman? There may be different answers to such and similar questions, in accordance with the place of religion in a particular society. On these questions, international law plays only a limited role by adopting the rule of non-discrimination*". LERNER: "Religious human rights...", en AAVV: *Religious human rights...* *op. cit.*, p. 110.

en el director de comunicación e información²⁴⁹⁷, en una persona que realice la formación sobre dicha tendencia religiosa, en un redactor de los posicionamientos doctrinales de la tendencia, etc. Al contrario de lo que ocurre con los trabajadores neutros, en este caso el trabajador no sólo deberá sustentar las convicciones en el momento de la contratación, sino que deberá mantenerlas durante toda la relación laboral. Asimismo, sus actuaciones y conductas laborales deberán ser coherentes con dichas convicciones.

Asimismo, realizando la oportuna ponderación de bienes, entre el derecho a la intimidad del trabajador y el derecho a la libertad religiosa de empresa, hasta cierto punto la conducta del trabajador ideológico llevada a cabo fuera del centro de trabajo y fuera asimismo de la jornada laboral puede tener incidencia sobre la relación laboral. En principio la coherencia de las conductas del trabajador con las convicciones religiosas sostenidas teóricamente por él y también por la empresa de tendencia ha de mantenerse en todo momento; también en la vida privada. Tal aspecto siempre es uno de los más polémicos y discutidos doctrinalmente, y habrá de analizarse caso por caso²⁴⁹⁸.

El caso más evidente es aquel en que el trabajador ideológico de forma pública y notoria actúa de forma contraria no sólo a las posiciones religiosas mantenidas por la empresa de tendencia, sino respecto a las cuales teóricamente mantiene él mismo. Si se ha dicho que el sostenimiento de unas determinadas convicciones puede ser un requisito necesario para el óptimo desempeño del puesto de trabajo, y de forma pública y notoria queda acreditado que el trabajador no mantiene dichas convicciones, también será público y notorio que no podrá desempeñar el puesto de trabajo; estará actuando de mala fe y, por ende podrá ser despedido disciplinariamente.

Si, por ejemplo, resulta que las convicciones religiosas de una empresa de tendencia son frontalmente contrarias al consumo del alcohol, y se ha contratado a un trabajador para realizar funciones de adoctrinamiento a los fieles enseñando en sesiones de formación lo nocivo y contrario para las convicciones que supone el consumo de alcohol, es claro que si el trabajador consume bebidas alcohólicas en público no será apto para seguir

²⁴⁹⁷ Precisamente se puede examinar el despido de un responsable de comunicación e información de un partido político por razón de unas declaraciones públicas cuando se encontraba de excedencia en la STSJ de Madrid núm. 690/2014 de 8 julio (AS 2014, 2461).

²⁴⁹⁸ A favor de que el trabajador ajuste su conducta durante y después de la jornada laboral: "*La legislación considera lícita la obligación del empleado de respetar la ideología de la empresa de tendencia para la cual trabaja, y de acomodar su conducta, en la realización de las prestación que desarrolla y fuera de ella, a las líneas que la definen. Su derecho a la libertad de creencias se subordina parcialmente, y en lo que a aquella le pueda afectar, a la consecución de los ideales y fines propugnados por la empresa que le ha contratado*". MOTILLA DE LA CALLE: "El derecho a discriminar...", *op. cit.*, p. 109. En contra: "*A mi juicio, la exigencia de no realizar actos contrarios debe referirse exclusivamente al cumplimiento de la prestación laboral y no a hechos de la vida privada que nada tienen que ver con su posición contractual. No por tratarse de una relación fiduciaria se debe invertir el sentido de la presunción general de irrelevancia de la vida privada del trabajador en la relación de trabajo, deduciendo incumplimientos contractuales cada vez que el trabajador desarrolla una actividad contraria a la orientación ideológica. Son las obligaciones asumidas en el contrato las que deben tomarse en consideración en todo momento y no tanto la finalidad a que tiende la prestación*". GOÑI SEIN: *El respeto a la esfera...*, *op. cit.*, p. 286. Si la vida privada del trabajador, por lo que sea (por ejemplo, por la trascendencia social o pública de una conducta "privada" del trabajador) choca frontalmente con la prestación de servicios prestada, sí que hay una afectación. Por ejemplo, si en la prestación de servicios se enfatizan las bondades de una confesión religiosa, y fuera del trabajo se afirma lo contrario, dicha incoherencia afecta decididamente la relación laboral. Además, se evidenciará que no se cumplen los requisitos laborales que se requirieron cuando se contrató al trabajador.

prestando servicios en su puesto y podrá ser despedido disciplinariamente si se cumplen las notas de gravedad y culpabilidad necesarias²⁴⁹⁹.

Por lo tanto, al trabajador ideológico, a diferencia del neutro, se le requiere plena adhesión o muy completa a la doctrina sustentada por la empresa de tendencia²⁵⁰⁰. En el caso de que discrepe abiertamente, se oponga a ella o simplemente no sostenga las convicciones religiosas no podrá ejecutar correctamente las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Obviamente en última instancia los órganos jurisdiccionales podrán analizar la conducta empresarial llevada a cabo a resultas de la falta de cumplimiento de los requisitos por parte del trabajador (despido, sanción, etc.), pero en ningún caso dicho órgano jurisdiccional será competente para analizar cuestiones doctrinales internas de la confesión religiosa a los efectos de determinar si una discrepancia es suficientemente grave para, por ejemplo, proceder a la extinción contractual²⁵⁰¹.

Tanto en los Estados Unidos como en Alemania las confesiones religiosas gozan de una amplia autonomía para regular sus asuntos internos, incluidos los relacionados con el trabajo (en el caso de Alemania algunas confesiones gozan de la condición de corporaciones de Derecho público). Como ejemplo de ello se puede citar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Corporation of the Presiding Bishop of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos*, 483 US 327 (1987)²⁵⁰². Un ingeniero fue contratado para prestar servicios en una instalación con fines no lucrativos y abierta al público que era gestionada por la Iglesia de Jesucristo de los Últimos Días. El trabajador fue despedido por no obtener el documento acreditativo de

²⁴⁹⁹ "Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran, respecto al momento de la extinción del contrato de trabajo, causa de despido lícita la conducta del trabajador contratado en las empresas de tendencia - respecto a la prestación laboral relacionada con los fines o los ideales pretendidos por la institución - no respetuosa con la línea ideológica de la empresa. Tal conducta contraria a la tendencia debe ser reputada como grave, intencional y notoria en cuanto que sea divulgada públicamente. Ya sea manifestada tanto dentro como fuera de la empresa, si (...) es notoria e intencional la discordancia". MOTILLA DE LA CALLE: "El derecho a discriminar...", *op. cit.*, p. 109.

²⁵⁰⁰ "Aunque, en general, suele afirmarse que la empresa de tendencia presupone la adhesión del trabajador a la ideología o concepción del mundo de su empleador, el aserto se reserva, en exclusiva, para aquellas prestaciones intrínsecamente conectadas con la tendencia de la organización. Surge, así, la diferenciación entre tareas de tendencia y tareas neutras". BLAT GIMENO: *Relaciones laborales en empresas...*, *op. cit.*, p. 73.

²⁵⁰¹ Se ha afirmado por la doctrina que "la disconformidad es irrelevante si no se manifiesta incompatible con la prestación; de esta forma queda garantizado el cumplimiento de los fines de la institución, produciéndose una cierta compresión de los derechos de libertad ideológica del trabajador, que debe abstenerse de ciertos comportamientos que en otro ámbito serían perfectamente lícitos, pero no queda completamente anulada. En concreto, si la simple disconformidad es irrelevante, no cabe que por la empresa se hagan investigaciones preventivas para averiguar las opiniones del trabajador, ni exigirle, fuera de la relación de trabajo, un determinado comportamiento en base a la credibilidad del mensaje ideológico de la institución. Que una ideología sea creíble o no, es cosa que depende de la propia ideología". APARICIO TOVAR: "Empresas ideológicas y derechos...", en AAVV: *Autoridad y democracia...*, *op. cit.*, p. 93. Lo que ocurre es que, como ya se ha dejado dicho, el órgano jurisdiccional no podrá entrar a analizar discrepancias puramente doctrinales, extremo que deberá quedar *ad intra* de la organización. Que para una persona corriente, por ejemplo, beber un vaso de vino sea socialmente aceptable, no significa que ello no constituya una infracción gravísima de una obligación religiosa en una confesión determinada. Así pues, en muchas ocasiones la gravedad de un conducta no podrá ser apreciable directamente por el juzgador, sino que dependerá de cuestiones doctrinales de naturaleza religiosa.

²⁵⁰² Para un comentario del citado caso *vid.* RUBIO LÓPEZ: *La primera de las libertades...*, *op. cit.*, pp. 199-200.

pertenencia y asistencia a la Iglesia²⁵⁰³. El Tribunal falló a favor de la empleadora al entender que era de aplicación la normativa que exige a las organizaciones religiosas de la tutela antidiscriminatoria en el empleo. Según el Tribunal, el Estado no puede entrometerse en los asuntos internos de las organizaciones religiosas, aun en los aspectos no estrictamente religiosos, y debe respetar la autonomía de dichas confesiones²⁵⁰⁴. Los votos particulares concurrentes recogidos por la sentencia abonan dicha tesis²⁵⁰⁵.

Por otro lado, la Comisión Europea de Derechos Humanos y después el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus decisiones han tenido siempre muy en cuenta la situación jurídica de la confesión religiosa en el Estado de que se trate. Por ejemplo, en la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1989, caso

²⁵⁰³ Concretamente el supuesto de hecho es el siguiente: "*The Deseret Gymnasium (Gymnasium) in Salt Lake City, Utah, is a nonprofit facility, open to the public, run by the Corporation of the Presiding Bishop of The Church of Jesus Christ of Latter-day Saints (CPB), and the Corporation of the President of The Church of Jesus Christ of Latter-day Saints (COP). The CPB and the COP are religious entities associated with The Church of Jesus Christ of Latter-day Saints (Church), an unincorporated religious association sometimes called the Mormon or LDS Church. Appellee Mayson worked at the Gymnasium for some 16 years as an assistant building engineer and then as building engineer. He was discharged in 1981 because he failed to qualify for a temple recommend, that is, a certificate that he is a member of the Church and eligible to attend its temples*".

²⁵⁰⁴ El Tribunal se expresa en los siguientes términos: "*We have already indicated that Congress acted with a legitimate purpose in expanding the § 702 exemption to cover all activities of religious employers. Supra at 483 U. S. 336. To dispose of appellees' equal protection argument, it suffices to hold - as we now do - that, as applied to the nonprofit activities of religious employers, §702 is rationally related to the legitimate purpose of alleviating significant governmental interference with the ability of religious organizations to define and carry out their religious missions*".

²⁵⁰⁵ Es interesante la argumentación utilizada por el siguiente voto particular, que desarrolla la idea central de la sentencia y enfatiza una cuestión que dogmáticamente no está resuelta por la doctrina laboralista española. Por tal razón se considera necesaria citarla parcialmente en extenso: "*For many individuals, religious activity derives meaning in large measure from participation in a larger religious community. Such a community represents an ongoing tradition of shared beliefs, an organic entity not reducible to a mere aggregation of individuals. Determining that certain activities are in furtherance of an organization's religious mission, and that only those committed to that mission should conduct them, is thus a means by which a religious community defines itself. Solicitude for a church's ability to do so reflects the idea that furtherance of the autonomy of religious organizations often furthers individual religious freedom as well. The authority to engage in this process of self-definition inevitably involves what we normally regard as infringement on free exercise rights, since a religious organization is able to condition employment in certain activities on subscription to particular religious tenets. We are willing to countenance the imposition of such a condition because we deem it vital that, if certain activities constitute part of a religious community's practice, then a religious organization should be able to require that only members of its community perform those activities. This rationale suggests that, ideally, religious organizations should be able to discriminate on the basis of religion only with respect to religious activities, so that a determination should be made in each case whether an activity is religious or secular. This is because the infringement on religious liberty that results from conditioning performance of secular activity upon religious belief cannot be defended as necessary for the community's self-definition. Furthermore, the authorization of discrimination in such circumstances is not an accommodation that simply enables a church to gain members by the normal means of prescribing the terms of membership for those who seek to participate in furthering the mission of the community. Rather, it puts at the disposal of religion the added advantages of economic leverage in the secular realm. As a result, the authorization of religious discrimination with respect to nonreligious activities goes beyond reasonable accommodation, and has the effect of furthering religion in violation of the Establishment Clause*". Como se puede comprobar, se justifica la limitación de los derechos fundamentales en el contexto de la prestación de servicios para una empresa de tendencia o directamente para una confesión religiosa.

Maximilian Rommelfanger contra Alemania, se analiza el caso del despido de un médico que trabaja en un hospital regido por una fundación católica. Por causa de la firma de un manifiesto junto con otros médicos, que critica el posicionamiento de otros médicos católicos en contra del aborto y fue publicado en una revista, el médico ve su contrato extinguido. Para la Comisión no hay vulneración de derecho alguno y opta por respetar la autonomía de las partes: "*The Commission notes that by entering into contractual obligations vis-à-vis his employer the applicant accepted a duty of loyalty towards the Catholic church which limited his freedom of expression to a certain extent. Similar obligations may also be agreed with other employers than the Catholic church or its institutions. In principle, the Convention permits contractual obligations of this kind if they are freely entered into by the person concerned. A violation of such obligations normally entails the legal consequences stipulated in the contract, including dismissal*".

En el caso español los dos supuestos paradigmáticos de colisión de derechos del trabajador con los de la empresa de tendencia son los siguientes²⁵⁰⁶:

- 1) Cuando el trabajador adopta comportamientos contrarios a las directrices ideológicas de la empresa en la ejecución del contrato de trabajo.
- 2) Cuando el trabajador tenga una conducta extralaboral que, además de contrastar con el posicionamiento religioso de la empresa, haga peligrar por su carácter público y relevancia la credibilidad del mensaje difundido por la empresa.

Tendrá que analizarse con mucha precaución la conducta extralaboral del trabajador, pues la regla tradicional del Derecho laboral ha sido, con pocas excepciones²⁵⁰⁷, que la

²⁵⁰⁶ BLAT GIMENO: *Relaciones laborales en empresas...*, op. cit., p. 84. Para dicho autor "el trabajador conserva intacta su libertad de pensamiento, aunque en la ejecución de la prestación debe respetar y adecuarse a la orientación de la organización. También, y como cualquier otro, tiene la obligación de no dañar a la empresa denigrando públicamente sus productos, con la particularidad de que no son artículos manufacturados o comerciales, sino ideas. Debe abstenerse, en consecuencia, de comportamientos definibles como de concurrencia desleal ideológica, es decir, comportamientos que, además de traducirse en manifestaciones ideológicas contrarias, estén acompañadas de una propaganda tal susceptible de desviar la clientela, de convencer a los destinatarios del mensaje de la organización a una distinta concepción" (p. 93).

²⁵⁰⁷ Un ejemplo de excepción es la analizada por la STC 20/2002 de 28 enero (BOE 1 de marzo de 2002) en la que un director de oficina del Banco Postal profiere ciertas expresiones en la junta de accionistas de la entidad Argentaria en su condición de accionista. Para el Tribunal no se pueden desligar las expresiones de su condición de trabajador, aunque sea finalmente para otorgarle el amparo postulado: "*el análisis de la vulneración alegada exige partir necesariamente de la doble condición que en este caso posee el recurrente, esto es, de un lado, accionista de una entidad financiera, y, de otra parte, trabajador de la misma como director de una sucursal bancaria. Ahora bien, es necesario precisar ya en este momento que el recurrente intervino en la Junta General de Accionistas en la que profirió las manifestaciones aquí discutidas en su calidad de accionista, pues era únicamente esta condición la que le legitimaba para participar en dicho órgano social. Sin embargo, aunque esto sea así, no cabe duda alguna de que tal condición en este caso resulta inseparable de la de trabajador de la entidad, pues, con independencia de que las manifestaciones realizadas por el recurrente encuentran su base no sólo en el conocimiento adquirido como accionista de la misma, sino en la experiencia alcanzada fruto de las funciones que venía desempeñando en la entidad bancaria*" (Fundamento Jurídico Tercero). Asimismo, resulta de gran interés la STSJ de Madrid núm. 766/2008, de 1 diciembre (AS 2009, 259), que examina el caso de los despidos llevados a cabo por una ONG de algunos de sus cooperantes en Palestina por haber participado en una manifestación de índole política que, aunque fuera del horario laboral, comprometía seriamente la misión de la ONG en dicho territorio y suponía un quebranto de las normas internas de la organización y del Estatuto de los Cooperantes, aprobado por el Real Decreto 519/2006, de 28 de abril.

conducta extralaboral del trabajador no puede afectar a ésta, y en todo caso queda fuera del ámbito sobre el cual puede actuar el poder sancionador del empresario²⁵⁰⁸. Aunque el Estatuto de los Trabajadores no realiza ninguna alusión a las conductas extralaborales de los trabajadores, no es el caso de sus precedentes legislativos:

- Art. 81 de la Ley de contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931: "*Es deber del trabajador atender, en el trabajo, a las órdenes e instrucciones del director, dueño o encargados y representantes de éste (...). Las advertencias acerca de la conducta del trabajador fuera del trabajo no tendrán efectividad más que en lo que puedan afectar a éste o al buen orden y moralidad de la casa del patrono, si el obrero habitara en ella*".

- Art. 69 de la Ley de contrato de trabajo de 1944: "*Es deber del trabajador cumplir los reglamentos de trabajo, así como las órdenes e instrucciones del jefe de la empresa, de los encargados o representantes de éste y de los elementos del personal de la misma que le asistan. Las advertencias acerca de la conducta del trabajador fuera del trabajo no tendrán efectividad más que en lo que pueda afectar a éste o al buen orden y moralidad de la casa del empresario*".

Así pues, si el trabajador ideológico lleva a cabo una conducta de forma notoria y pública, que parece *a priori* contraria a la línea de flotación de las convicciones sustentadas por la empresa de tendencia y las que se suponen que sustenta él mismo, habrá que proceder a una delicada ponderación de derechos que deberá modular con sumo cuidado el derecho a la intimidad del trabajador, que obviamente es mucho más extenso cuando está fuera del centro de trabajo y fuera de la jornada laboral. Como es habitual en relación al derecho a la libertad religiosa en sede laboral, si al trabajador que presta servicios para una empresa ordinaria se le requiere que sustente unas convicciones sinceras, y para ello es necesario que no actúe contra sus propios actos y sea coherente con sus conductas; lo mismo ocurre con el trabajador que ha sido contratado por las convicciones que sustenta, ya que se le pide que sea consecuentemente con dichas convicciones al inicio y durante la relación laboral²⁵⁰⁹.

²⁵⁰⁸ "La privacy se traduce en garantía de libertad del trabajador y contrapeso frente a la tendencia a ampliar la esfera de sujeción del trabajador más allá del normal desarrollo de la prestación. Subyacente en esta parcela se encuentra el interés del trabajador a no recibir advertencias acerca de su conducta privada (art. 69.2 LCT), a conferir la mínima o ninguna relevancia disciplinaria a los comportamientos observados en su vida extralaboral extraños a la ejecución del contrato. Esta faceta adquiere la máxima relevancia en las empresas ideológicas u «organizaciones de tendencia», en las que se exige una cierta «uniformización» del comportamiento privado a la orientación ideológica perseguida por la organización". GOÑI SEIN: *El respeto a la esfera privada...*, op. cit., p. 34. En un sentido parecido: "En cuanto a la vida privada del trabajador, y la prohibición del empresario de investigar sobre la misma, habrá que valorar en todo tipo de trabajadores si sus cualidades personales pueden considerarse como cualidades profesionales, y, por tanto, determinantes de la aptitud o idoneidad del trabajador a la hora de prestar la actividad que se contrata". MORENO BOTELLA: *La libertad de conciencia...*, op. cit., p. 240

²⁵⁰⁹ La doctrina laboralista más autorizada ya puso de manifiesto tal dato tempranamente: "La especial limitación exigida de los trabajadores respecto de su actividad y comportamiento descansa jurídicamente sobre el *volenti non fit iniuria*; por ejemplo, a nadie puede extrañar la sanción disciplinaria de un trabajador de una empresa con finalidades religiosas que, en los ratos libres, realizara propaganda abiertamente atea. La finalidad de este tipo de empresas se articula jurídicamente no en la forma de obligar a los trabajadores a opinar en la directriz empresarial, sino en cuanto limitación de su libertad de actuación. En el caso de una empresa periodística al servicio de una ideología señalada por el capital, la posible trascendencia disciplinario-laboral surge como límite de la libertad de opinión de los redactores; éstos no están obligados en todas las ocasiones de su vida, incluso en la privada, a defenderla; sin embargo, bajo peligro de posible sanción, no

En la STEDH de 23 de septiembre de 2010, caso *Obst contra Alemania* se analiza el supuesto de un director de relaciones públicas de la Iglesia mormona que es despedido por haber confesado a sus superiores que había mantenido una relación adúltera con otra mujer. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como los Tribunales internos valoraron especialmente la relevancia que tenía para la normativa interna de la iglesia un hecho como el que motivó el despido y el puesto que ocupaba el trabajador: *"Daraufhin stellt der Gerichtshof fest, dass dem Bundesarbeitsgericht zufolge die Kündigung eine erforderliche Maßnahme war, um die Glaubwürdigkeit der Mormonenkirche zu bewahren, vor allem angesichts der Art der Position, die der Beschwerdeführer innehatte, und der Bedeutung, die der absoluten Treue zum Ehegatten in der Kirche zukommt. Das hohe Gericht hat auch ausgeführt, weshalb die Mormonenkirche nicht verpflichtet war, zunächst eine weniger schwere Sanktion, beispielsweise eine Abmahnung, auszusprechen"* (48).

En cambio, en la STEDH de 23 de septiembre de 2010, caso *Schüth contra Alemania* (JUR 2010, 325463), se llega a la conclusión contraria. En dicha sentencia se examina el caso de un organista que es despedido por una relación extraconyugal. El citado músico es organista y responsable de la coral de una parroquia católica. Cuando la Iglesia tiene conocimiento que el trabajador será padre en una relación extraconyugal es despedido. Para la Parroquia no podía seguir empleando al trabajador despedido sin perder toda su credibilidad en cuanto al carácter obligatorio de sus prescripciones religiosas y morales. El Tribunal es consciente que el trabajador al firmar el contrato de trabajo *"aceptó un deber de lealtad hacia la Iglesia Católica que limitaba hasta cierto punto su derecho al respeto de su vida privada. Tales limitaciones contractuales están autorizadas por el Convenio si se aceptan libremente (...). El Tribunal considera sin embargo, que no se puede interpretar la firma realizada por el demandante en dicho contrato como un compromiso personal sin error de vivir en abstinencia en caso de separación o de divorcio. Tal interpretación afectaría el corazón mismo del derecho al respeto de la vida privada del interesado, ya que además, como los tribunales laborales lo han constatado, el demandante no está sometido a elevadas obligaciones de lealtad (...). A este respecto, el demandante expuso que no pudo evitar la separación con su esposa por razones estrictamente personales y que no le era posible vivir en abstinencia hasta su muerte, como lo exige el código canónico de la Iglesia Católica"* (71). Por lo tanto, en este caso se valora especialmente que el organista y responsable del coro no es un trabajador exactamente ideológico que deba mostrar su plena lealtad al ideario de la empresa. Es interesante que el Tribunal haga referencia a continuación al hecho de que en sus más de diez años de servicios el trabajador nunca haya combatido los posicionamientos de la Iglesia Católica, sino que ha fallado en seguirlos a la práctica, además de no haber mediatizado la controversia jurídica (72).

En STEDH de 3 de febrero de 2011, caso *Siebenhaar contra Grecia*, se examina el supuesto de un educadora que presta servicios en una guardería protestante. Como consecuencia de una comunicación anónima la guardería de tendencia tiene conocimiento de que la trabajadora antes de prestar servicios ya era miembro de la Iglesia Universal, ofrecía cursos de iniciación a dicha confesión y figuraba como persona de contacto en el formulario de inscripción en cursos de enseñanza fundamentales para

pueden ejercitar la libertad de expresión como lo efectuarían si no estuvieran laboralmente vinculados. Dicha limitación, además, habrá de adaptarse según la posición ocupada por el trabajador en la empresa". CREMADES: La sanción disciplinaria..., op. cit., pp. 187-188.

"el aprendizaje espiritual superior". Por tales razones la trabajadora fue despedida, ya que las doctrinas sustentadas por el protestantismo y las propias de la otra iglesia eran contradictorias entre sí, extremo que ponía en duda la lealtad de la trabajadora al credo de la guardería como consecuencia de su clara y patente incompatibilidad. El Tribunal ratifica la corrección del despido.

En el caso de la empresa de tendencia son de aplicación los mismos límites ya expresados de forma general para el ejercicio del derecho a la libertad religiosa por parte de los trabajadores. Por ejemplo, el ejercicio de la libertad religiosa de la empresa de tendencia no podrá afectar la integridad física o psíquica de los trabajadores o terceros (art. 15 CE), o tampoco resulta lícito discriminar por razón de la orientación sexual preponderando la libertad religiosa del empresario de tendencia. Otra cosa es que el trabajador incurriera en abuso de derecho y escudándose en el derecho a no ser discriminado utilizara su orientación sexual para desacreditar públicamente el ideario religioso de la empresa. Que respecto a las empresas de tendencia se apliquen excepciones a la tutela antidiscriminatoria no significa que disfruten de carta blanca para discriminar en los casos no excepcionados.

Tales límites son tensados por empresas y trabajadores en casos como es la docencia en centros educativos religiosos privados, en los que juega un rol importante la libertad de cátedra²⁵¹⁰. Al respecto ha de tenerse en cuenta que el docente no es un trabajador ideológico, a menos que imparta doctrina religiosa²⁵¹¹, pero tampoco se trata de un trabajador totalmente neutro. La función social y formativa de los profesores, junto con su rol de autoridad en las clases, provoca que su modo de comportarse y expresarse sea de especial relevancia por su capacidad de influir en los alumnos; unos alumnos que habrán sido matriculados en un centro con ideario propio porque sus progenitores y tutores esperan de dicho centro una educación según cierta cosmovisión²⁵¹². Como afirma la STC 106/1996, de 12 de junio (BOE 12 de julio de 1996) *"el respeto al ideario del Centro por parte de un profesor está en directa conexión con el tipo de función que éste cumple en el propio Centro, esto es, la docencia. De suerte que es el propio carácter de la prestación laboral que los docentes desarrollan en los Centros de educación - especialmente cuando ésta consiste en transmitir aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza- el que impone la necesidad de compatibilizar su libertad*

²⁵¹⁰ Sobre la libertad de cátedra y sus posibles conflictos con otros derechos fundamentales puede consultarse CELADOR ANGÓN, Óscar: "Derecho a la educación, libertad de enseñanza y laicidad del Estado", en AAVV: *Estado confesional y laicidad*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 64-83.

²⁵¹¹ *"El deber de homogeneizar la vida privada al ideario religioso del centro no parece que deba ser apreciado con carácter uniforme para todos los profesores. Ha de convenirse que existen tareas docentes, algunas de las cuales tienen una más fuerte implicación con la ideología profesada por el centro que otras. Así, por ejemplo, la adhesión a la ideología y las obligaciones dimanantes de la misma exigiendo una suerte de coherencia con los hechos, será más rigurosa en el caso del profesor encargado de impartir religión que en el de aquel otro obligado a explicar matemáticas. Por ello, la incidencia del comportamiento contrario a la línea o carácter del centro sobre su responsabilidad será más fuerte en el primer caso que en el segundo"*. GOÑI SEIN: *El respeto a la esfera privada...*, op. cit., pp. 288-289. Sobre las tareas docentes en la escuela privada desde el punto de vista de la libertad religiosa puede examinarse BARRERO ORTEGA: *La libertad religiosa...*, op. cit., pp. 418-420.

²⁵¹² En el caso de la Iglesia Católica el canon 803.2 del Código de Derecho Canónico se expresa en los siguientes términos: *"La enseñanza y educación en una escuela católica debe fundarse en los principios de la doctrina católica; y han de destacar los profesores por su recta doctrina e integridad de vida"*. Es decir, se otorga mucha importancia a la integridad moral del profesorado.

docente con la libertad del Centro, del que forma parte el ideario" (Fundamento Jurídico Tercero in fine).

Por tal razón, el profesor deberá mantener una conducta discreta en su vida privada²⁵¹³, sin que se le pueda exigir una adhesión a las creencias religiosas de la empresa, excepto aquellas directamente relacionadas con sus tareas laborales; pero no respecto la función primordial de transmisión de conocimientos, que deberá ir guiada por el rigor científico, no ideológico. Así, por ejemplo, es muy posible que exista cierto código de vestimenta para los docentes ligados a su función, pero también a la idiosincrasia del centro. En palabras de la STC 5/1981 de 13 febrero (BOE 16 de julio de 2010), dictada por el Pleno: "*La existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente el centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor. El profesor es libre como profesor, en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y ha de ser compatible por tanto con la libertad del centro, del que forma parte el ideario. La libertad del profesor no le faculta por tanto para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sin sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo no resulten contrarios a aquél. La virtualidad limitante del ideario será sin duda mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios" (Fundamento Jurídico Décimo). Por lo tanto, al trabajador le es respetada su libertad de cátedra, y deberá impartir la docencia según criterios científicos, pero su libertad de expresión se ve modulada en el sentido que puede utilizarla para realizar comentarios ofensivos contra el centro educativo o la religión que sustenta.*

Tal doctrina es complementada en la posterior STC 47/1985, de 27 de marzo (BOE 19 de abril de 1985) en el siguiente sentido: "*una actividad docente hostil o contraria al ideario de un Centro docente privado puede ser causa legítima de despido del Profesor al que se le impute tal conducta o tal hecho singular, con tal de que los hechos o el hecho constitutivos de «ataque abierto o solapado» al ideario del Centro resulten probados por quien los alega como causa de despido, esto es, por el empresario. Pero el respeto, entre otros, a los derechos constitucionalizados en el artículo 16 implica, asimismo, que la simple disconformidad de un Profesor respecto al ideario del Centro no puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades del Centro" (Fundamento Jurídico Tercero). Así pues, el docente puede criticar al centro*

²⁵¹³ Una vida privada lo suficientemente discreta como para que no afecte al normal funcionamiento del centro educativo. En la STSJ de Andalucía (Granada) núm. 412/2009 de 18 febrero (AS 2009, 1054) se examina un caso en el que la vida privada de los profesores afecta de forma muy relevante al centro. Se trata de un supuesto en el que un profesor casado con otra profesora de un centro con ideario religioso, y con dos hijos matriculados en el mismo centro, mantiene un relación extraconyugal con otra profesora del centro. Los dos profesores que mantienen la relación adúltera son despedidos con el reconocimiento de improcedencia de dicho despido. Queda acreditado que las extinciones contractuales no fueron motivadas por llevar a cabo conductas contrarias al ideario del centro, sino por mantener conductas privadas que afectaban gravemente al normal funcionamiento del centro.

donde presta servicios, pues lo contrario sería anómalo en unas relaciones laborales insertas en un Estado de Derecho. Lo que no resulta lícito es una extralimitación en el derecho a la crítica especialmente cuando se realiza en el contexto de las funciones docentes o se exterioriza para escarnio de la empresa de tendencia. En opinión del Tribunal *"para que el despido por motivos de carácter ideológico fuese lícito habría que demostrar que hubo no sólo disconformidad, sino fricciones, contra los criterios del Centro, consistentes en actos concretos de la Profesora y en una actividad contraria (o al menos no ajustada) al ideario. Dicho de otro modo: Corresponde al empresario que alegue el específico incumplimiento del deber de respeto al ideario del Centro la prueba de los hechos que, de existir, justifican su decisión de despedir"*²⁵¹⁴.

Como en todo supuesto de conflicto de derechos y bienes habrá que realizar la oportuna ponderación y aplicar los límites que procedan. En dicho sentido la STC 77/1985, de 27 de junio (BOE 17 de julio de 1985) se pronuncia sobre los límites de los derechos de la comunidad educativa cuando colisionan con los derechos del centro con ideario propio: *"la no expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional expresamente configurado como tal no significa sin más su inexistencia, sino que ese límite puede derivar directamente del reconocimiento constitucional o legal, o de ambos a la vez, de otro derecho que pueda entrar en colisión con aquél. El no señalamiento expreso de los límites, derivados de los derechos del titular del Centro, a los derechos de los padres, alumnos y Profesores, no significa que éstos sean ilimitados, ni que deje de producirse una articulación recíproca entre todos ellos, sino únicamente que el legislador no ha estimado oportuno explicitar normativamente la correlación entre diversos derechos, correlación cuyo alcance se desprende de la misma existencia de esos derechos. Por otro lado, cabe recordar que el derecho del titular del Centro no tiene carácter absoluto y está sujeto a límites y a posibles limitaciones, quedando siempre a salvo, de acuerdo con el art. 53 de la C. E., su contenido esencial. En algunos aspectos puede que el respeto a lo derechos de padres, Profesores y alumnos, garantizados en el título preliminar del proyecto que se impugna, suponga una restricción del derecho del titular a fijar el carácter propio. En otros, sin embargo, el ejercicio por el titular de su derecho a establecer el carácter propio del Centro actúa necesariamente como límite de los derechos que ostentan los demás miembros de la comunidad escolar -Profesores,*

²⁵¹⁴ Como se ha tenido ocasión de examinar dicha sentencia establece que no debe concurrir no simple "desavenencia", sino una actividad "hostil y contraria" al ideario de la empresa de tendencia. La doctrina ha criticado dicho posicionamiento del siguiente modo: *"Este criterio jurisprudencial no es, a mi parecer, del todo satisfactorio pues en el común de las ocasiones se termina por conferir carta blanca al centro para controlar el pensamiento y la conducta de sus empleados. Sólo cabe una interpretación extraordinariamente restrictiva de la capacidad de disposición empresarial para supuestos de especial gravedad, causantes de una ostensible perturbación en la actividad de la empresa, a fin de que dicho criterio no imponga injustos y excesivos sacrificios a los derechos fundamentales del trabajador como el derecho a la intimidad o libertad de expresión. Desde esta perspectiva, es conveniente señalar que todo recorte a la privacidad del trabajador ha de inscribirse en la línea de lo que sea estrictamente necesario y venga justificado en términos de razonabilidad para mantener incólume el contenido ideológico del ente o su sistema de valores".* MORATO GARCÍA: *Derecho de resistencia...*, op. cit., p. 110. Lo cierto es que la doctrina constitucional no otorga "carta blanca" a los centros docentes para controlar "pensamiento y conducta", sino que hay que examinarlo como una colisión de derechos fundamentales que han de ser ponderados, por eso no parece correcto interpretar de forma restrictiva las facultades empresariales, ya que derivan asimismo del derecho fundamental a la libertad religiosa, no tratándose del mero poder directivo derivado de la libertad de empresa (art. 38 CE). Como se ha dicho, el docente no es un trabajador ideológico en sí, pero tampoco es un trabajador del todo neutro a los presentes efectos.

padres y alumnos-, pues de otro modo, no sólo quedaría privado de todo contenido real el derecho a establecer el carácter propio del Centro, sino que se vería también defraudado el derecho de los padres a escoger para sus hijos la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones" (Fundamento Jurídico Noveno).

De este modo, como el legislador no ha establecido límites expresos para resolver los conflictos en el seno de la comunidad educativa y el centro educativo de tendencia, porque probablemente ha entendido suficientes los límites generales, habrá que estar a las reglas habituales para el caso de colisión de derechos, teniendo en cuenta la relevante doctrina constitucional en la materia.

Uno de dicho casos ha sido resuelto por la STSJ de Andalucía (Sevilla) núm. 798/2002 de 22 febrero (AS 2002, 3992). En dicha sentencia se analiza el caso de un docente en una escuela de ideario religioso que ve su contrato extinguido por causas objetivas, cuando consta que era crítico respecto a la práctica denominada "preceptuación", que consistía en ir entrevistando individualmente a cada uno de los alumnos por un miembro no docente (miembro de la tendencia religiosa), lo que conllevaba interrupciones reiteradas de la clase en curso. En opinión del Tribunal *"fijado el ideario de forma pública e inequívoca, las discrepancias entre el profesorado y el titular del centro al respecto no tienen mucha justificación racional, pues ha de entenderse que aquél lo conoce al ingresar en el centro y que el segundo selecciona su personal en función de su adecuación a tal proyecto educativo. No se trata aquí de un cambio sobrevenido del ideario por el titular, sin que sea decisivo indagar en si obedece a un cambio del otro titular de la relación. Basta con constatar que el actor ha expresado discrepancias con prácticas que constituyen manifestación del ideario del centro y, con ello, colisionan las libertades del docente y del titular"*. O en la STSJ de Madrid núm. 998/2008 de 26 marzo (AS 2008, 2112) se examina un caso de no prórroga de un contrato temporal de un profesor por no reunir el perfil del ideario de la empresa y la declaración de nulidad del despido por discriminatorio.

Se ha dicho hasta aquí que en el caso de los trabajadores ideológicos debe recaer de forma necesaria el sostenimiento personal del credo religioso en el momento de la contratación y durante la relación laboral. Es necesario traer a colación aquí nuevamente las reglas que ya se expresaron cuando se trató de la acomodación en varios supuestos. De forma resumida, si el trabajador es consciente que por razones religiosas no podrá llevar a cabo las obligaciones jurídicas del contrato de trabajo no puede pretender una vez otorgado su consentimiento oponer a la empresa de tendencia que no puede llevar a cabo la ejecución del contrato o postular que sean acomodadas las condiciones de trabajo, pues en tal caso concurriría mala fe y abuso de derecho. Más interesante resulta el supuesto en que el trabajador ideológico cambia de forma sobrevenida sus convicciones religiosas. Es posible que en tal caso no podrá seguir prestando los servicios. Si es posible la acomodación, pues no se altera en ningún caso el núcleo duro doctrinal de la empresa de tendencia, dicha empresa debería intentar tal acomodación; y si no es posible la acomodación, como ya se dijo, probablemente procedería aquí aplicar, a falta de otra figura prevista por el legislador, la extinción objetiva del contrato por ineptitud sobrevenida (art. 52.a ET).

En alguna ocasión se ha discutido por la doctrina la conveniencia de que el legislador configure la relación laboral entre trabajador (ha de suponerse que el ideológico, y no el

neutro) y la empresa de tendencia como una relación laboral especial²⁵¹⁵. No parece conveniente que dicha relación laboral debiera regularse como una relación laboral especial, sino que lo que debería regularse legalmente es la empresa de tendencia, como ha hecho por ejemplo Alemania; porque precisamente la peculiaridad viene dada por la tipología de empresa, no por el trabajador. No tiene sentido que haya un vacío normativo en la materia y deba ser llenado a base de sentencias y opiniones doctrinales, cuando la realidad se ha impuesto desde hace décadas. Es la típica realidad social que todo el mundo acepta, pero ningún legislador regula, afectándose la seguridad jurídica y poniendo en riesgo la garantía de derechos fundamentales varios, tanto de los empresarios de tendencia, como de los trabajadores que prestan servicios para ellas.

2. EL PROFESORADO DE RELIGIÓN CATÓLICA EN LOS CENTROS DOCENTES PÚBLICOS

La enseñanza de la doctrina católica en las escuelas o la fiscalización de la conducta de los profesores de acuerdo con las tesis de la Iglesia Católica han sido factores seculares en España, respecto a los cuales existen numerosos antecedentes legislativos. No en vano el Estado español se ha declarado confesional en una buena parte de su vida constitucional, tal y como se ha analizado anteriormente. Así, el Código Penal de 1848 preveía penas para el profesorado que promoviera la inobservancia religiosa u otros aspectos contrarios a la religión católica; o la Orden de 27 de octubre de 1864 obligaba a los catedráticos a jurar la defensa de la religión católica, junto a la fidelidad a la reina. La Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, la denominada "Ley Moyano" explicitaba en su art. 167.2 que para ejercer el profesorado en todas las enseñanzas se requería "*justificar buena conducta religiosa y moral*"²⁵¹⁶.

²⁵¹⁵ "Semejantes peculiaridades han abierto el debate sobre la necesidad de declarar el vínculo de cuantos sujetos prestan servicios en dichas condiciones como una relación laboral especial, si bien el legislador no ha atendido tal petición y ha optado por mantener su carácter común". AAVV: *Inmigración, religión y trabajo...*, op. cit., p. 78. No hay que confundir la necesidad de la existencia de una continua confianza en el caso de las relaciones laborales especiales, con la identificación del empleado con la empresa de tendencia: "Se postula que el personal de alta dirección (art. 2.1 del ET) debe compartir la Weltanschauung de su empleador, con independencia del tipo de organización empresarial en que preste servicios. Si el desarrollo de una actividad empresarial sin cualificación ideológica especial no es más que el ejercicio de la libertad de empresa del artículo 38 de la CE, conceptuar los altos cargos laborales como trabajadores con tareas de tendencia supondría la subsunción de cualquier iniciativa empresarial con la categoría de empresa de tendencia, con pérdida de toda su virtualidad delimitativa". BLAT GIMENO: *Relaciones laborales en empresas...*, op. cit., pp. 74-75. El trabajador de Alta Dirección ha de compartir la confianza y el compromiso, pero no presta servicios normalmente para una empresa ideológica, sino para una empresa que defenderá cierta cultura empresarial, cuyo concepto es muy diferente, así como el rol que juega, de una ideología o las convicciones religiosas para una empresa ideológica.

²⁵¹⁶ Para un profundo trabajo sobre la evolución histórica y los antecedentes normativos de la regulación de los profesores de religión vid. CARDENAL CARRO, Miguel y HIERRO HIERRO, Francisco Javier: "La evolución histórica de la regulación de los profesores de religión y moral católica como recurso para el juicio sobre la constitucionalidad de la vigente (A propósito de la STC 38/2007, de 15 de febrero)". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, núm. 73, pp. 205-246. Sobre el estado de la situación en el presente puede consultarse MORENO BOTELLA: *La libertad de conciencia...*, op. cit., pp. 160-186; GARCÍA-SANTESMASES MARTÍN-TESORERO: "Los retos pendientes...", en AAVV: *Las sombras del sistema...*, op. cit., pp. 227-248; o SEGLERS GOMÉZ-QUINTERO: *La laicidad y sus matices...*, op. cit., pp. 77-87. Sobre la enseñanza de la religión en el

No se puede afirmar que un centro docente público sea una empresa de tendencia, pues no tiene un ideario propio, sino que está simplemente sometido a las leyes que apruebe el legislador (central y autonómicos). No obstante, respecto a los profesores que enseñan la asignatura de religión católica se produce una disfunción por todos conocida, que tiene como resultado que la dinámica de su relación laboral se asemeje parcialmente a la de un docente que prestara servicios para un centro educativo privado con ideario religioso. Como afirma la STSJ de Murcia núm. 262/2001 de 26 febrero (AS 2001, 302): "*Sobre el ámbito concreto se puede decir que se está en presencia de una relación jurídica, en la que adquiere gran relevancia y es determinante el hecho de que se trate de campo ideológico o doctrinal o religioso, en el que, por el contenido doctrinal de la enseñanza, incluso su fundamento en la propia doctrina a impartir, relacionada con un contenido marcadamente espiritual, se justificaría la regulación jurídica concreta. En sentido negativo, por tanto, no se está en presencia de una relación jurídica neutra, como podría ser la de un ciudadano sin más con los poderes públicos*" (Fundamento de Derecho Noveno). Asimismo, como afirmó el Auto del TSJ de Islas Canarias de 8 julio 2002 (AS 2002, 2789), que elevó una cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, la legislación de aplicación parece *a priori* ir más allá de la doctrina constitucional en materia de empresas de tendencia: "*el contenido de la regulación del profesorado de religión en cuanto a la declaración eclesiástica de idoneidad que condiciona la contratación del mismo y la permanencia en el trabajo mediante las reconducciones anuales del contrato no es una mera reproducción de la doctrina constitucional sobre las empresas ideológicas o de tendencia, sino que, como se ha descrito, va mucho más allá, puesto que el testimonio de vida cristiana que forma parte del contenido de la idoneidad se configura como un elemento esencial de la decisión eclesiástica, lo que supone que, como ha sucedido en el caso objeto de la litis, sea la totalidad de la vida del trabajador y no sólo aquello que incida de manera directa en el modo de su prestación laboral lo que queda bajo la vigilancia del Ordinario y puede dar lugar a la extinción o no renovación del contrato*" (Fundamento de Derecho Tercero).

El art. I *in fine* del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano, que fue ratificado mediante Instrumento de 5 de diciembre, establece que la educación que se imparta en los centros docentes públicos será respetuosa con los valores de la ética cristiana. Por su redacción esta disposición parece afectar a toda la función educativa, se trate de la asignatura que se trate, y a cualquier actividad de los centros educativos públicos. Ahora bien, parece evidente que de acuerdo con el art. 16.3 CE el Estado debe ser respetuoso con todos aquellos valores religiosos, cristianos o no, que no se contradigan con los derechos fundamentales o, en general, con el ordenamiento jurídico, por lo que el precepto del Acuerdo en realidad sólo tendría sentido práctico para el caso de que se reformara la Constitución. Tampoco puntualiza el precepto si hace referencia a la ética cristiana según el prisma católico, o a la ética cristiana desde un punto de vista ecuménico que englobe a todas las opciones cristianas, dado el posicionamiento en esta materia de la Iglesia Católica desde el Concilio Vaticano II.

A los presentes efectos resulta más interesante el primer párrafo del citado art. I: "*A la luz del principio de libertad religiosa, la acción educativa respetará el derecho fundamental*

Derecho comparado *vid.* NIETO NÚÑEZ: "Enseñanza de la religión...", en AAVV: *Pluralismo religioso...*, *op. cit.*, pp. 221-235.

de los padres sobre la educación moral y religiosa de sus hijos en el ámbito escolar". Tampoco aquí se hace explícita referencia a la moral religiosa católica.

Más concreto es el art. II, pero hay que entender que las referencias a los niveles educativos son los que correspondan según las tan cambiantes leyes en materia educativa: "*Los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica (EGB) y de Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) y Grados de Formación Profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los Centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales*". Por lo tanto, de tal precepto se infiere que aunque el Estado se declara aconfesional, paradójicamente se ha obligado internacionalmente a que se deba impartir una asignatura de doctrina religiosa (no de historia de las religiones o equivalente) en los centros de educación públicos.

Como mínimo se garantizó el derecho a la libertad religiosa en su vertiente individual: "*Por respeto a la libertad de conciencia, dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos. Se garantiza, sin embargo, el derecho a recibirla*". También resulta consecuente con el derecho a la libertad religiosa, ya que aunque se obliga a los centros educativos públicos a impartir una asignatura de carácter doctrinal se garantiza al mismo tiempo la no discriminación de los estudiantes: "*Las autoridades académicas adoptarán las medidas oportunas para que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza religiosa no suponga discriminación alguna en la actividad escolar*".

También parece ajeno al régimen jurídico de un Estado aconfesional la norma contenida en la última parte del citado art. II: "*En los niveles de enseñanza mencionados, las autoridades académicas correspondientes permitirán que la jerarquía eclesiástica establezca, en las condiciones concretas que con ella se convenga, otras actividades complementarias de formación y asistencia religiosa*". Por lo tanto, no es que el Estado y la Iglesia Católica hayan de colaborar en la realización de dichas actividades, sino que los centros educativos públicos están obligados a que la jerarquía católica establezca "*otras actividades complementarias de formación y asistencia religiosa*".

Si se examina el art. 27 CE se podrá comprobar que en ningún momento se explicita la obligación de impartición de ninguna asignatura de religión en las escuelas públicas. Lo que indica el apartado tercero es que "*los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*". Por lo tanto, las fórmulas a utilizar podían ser muy variadas: subvención a centros privados, formación religiosa fuera del horario escolar, etc. Obviamente tampoco diferencia el precepto entre las distintas confesiones religiosas, lo que no sería coherente con la naturaleza aconfesional del Estado. El art. 2.1.c) LOLR desarrolla el derecho de forma amplia y abierta, pero, como es sabido, es la vía utilizada por el resto de confesiones religiosas, con las cuales naturalmente no hay un acuerdo internacional: "*Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*". Al mismo tiempo, el art. 2.3 LOLR establece que para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar "*la formación religiosa en centros docentes públicos*".

Es en la primera parte del art. III cuando la anomalía jurídica se materializa en su máximo grado como consecuencia del desarrollo legal posterior; una plasmación jurídica atípica que ha conllevado la litigiosidad que se ha arrastrado los últimos años. Así, respecto los niveles educativos anteriormente señalados *"la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza. Con antelación suficiente, el Ordinario diocesano comunicará los nombres de los Profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza"*. Dejando al margen la desigualdad que dicha regulación en general supone respecto a las otras confesiones religiosas por tratarse de una regulación internacional, análisis que desborda el objeto de la presente investigación, sí que interesa destacar que dicho precepto constata: 1) que los centros educativos públicos están obligados a ofrecer como asignatura una materia cuyo contenido no es científico, sino doctrina religiosa de una confesión determinada²⁵¹⁷; 2) que los profesores que podrán llevar a cabo la docencia serán aquellos que designe dicha confesión religiosa; 3) es la confesión religiosa la que decide si un profesor ha de ver extinguido su contrato por no ser apto, según su parecer, para realizar la prestación de servicios; pero en cambio, como se verá, es el Estado quien debe abonar el salario y se erige como empleador²⁵¹⁸. Estos dos últimos aspectos, quién debe pagar el salario y quien es el empleador no se derivan del Acuerdo, sino que es fruto de una opción legislativa; y ha sido un foco de continuo de controversias jurídicas. Asimismo, el contenido de la asignatura y de los libros es responsabilidad de la Iglesia Católica, pero el profesor está sometido a la disciplina del centro (art. VI)²⁵¹⁹.

Como el Acuerdo internacional realiza en definitiva una remisión al ordenamiento eclesiástico hay que estar a lo dispuesto en el canon 804.1 del Código de Derecho Canónico: *"Depende de la autoridad de la Iglesia la enseñanza y educación religiosa católica que se imparte en cualesquiera escuelas o se lleva a cabo en los diversos medios de comunicación social; corresponde a la Conferencia Episcopal dar normas generales sobre esta actividad, y compete al Obispo diocesano organizarla y ejercer"*

²⁵¹⁷ *"Conviene precisar que el modelo de enseñanza de la religión por el que ha optado nuestro legislador, tanto históricamente como en la actualidad, no es la enseñanza de la religión como hecho cultural, o consiste en la mera transmisión de conocimientos objetivos sobre lo religioso, sino que se trata de un modelo de enseñanza de la religión confesional"*. CELADOR ANGÓN: "Derecho a la educación...", en AAVV: *Estado confesional...*, op. cit., p. 88.

²⁵¹⁸ El art. VII hace referencia al régimen económico: *"La situación económica de los Profesores de religión católica, en los distintos niveles educativos que no pertenezcan a los Cuerpos docentes del Estado, se concertará entre la Administración Central y la Conferencia Episcopal Española, con objeto de que sea de aplicación a partir de la entrada en vigor del presente Acuerdo"*. Téngase en cuenta asimismo la Orden de 26 de septiembre 1979 de Remuneraciones de Profesores de «Religión» de Centros Oficiales; y la Orden de 16 de julio 1980 de Enseñanza de religión y moral católicas.

²⁵¹⁹ Lógicamente las críticas doctrinales han sido múltiples en los últimos años. Un buen ejemplo de ellas es la siguiente: *"Ésta es una situación contradictoria, o cuando menos peculiar, pues nos encontramos, de una parte, con que el art. 16.3 de la CE establece la Laicidad del Estado (...), es decir la religión no puede ser ni fin ni objetivo estatal; y de otra, la obligación de las escuelas públicas de ofertar la enseñanza de la religión. En otras palabras, si bien las escuelas públicas se deben configurar a tenor del art. 16.3 como centros educativos laicos, el AEAC implica, entre otras cosas, la existencia de determinadas personas que impartan la enseñanza de la religión en este contexto"*. CELADOR ANGÓN: "Derecho a la educación...", en AAVV: *Estado confesional y laicidad...*, op. cit., p 88.

*vigilancia sobre la misma*²⁵²⁰. Y en la presente materia es especialmente relevante su apartado segundo: *"Cuide el Ordinario del lugar de que los profesores que se destinan a la enseñanza de la religión en las escuelas, incluso en las no católicas, destaquen por su recta doctrina, por el testimonio de su vida cristiana y por su aptitud pedagógica"*²⁵²¹. Dicho precepto canónico es comentado por el Auto del TSJ de Islas Canarias de 8 julio 2002 (AS 2002, 2789): *"Los requisitos que debe reunir el profesor, bajo la vigilancia del Ordinario, son por tanto tres: recta doctrina, testimonio de vida cristiana y aptitud pedagógica. Mientras que el último tiene carácter esencialmente instrumental, pues está dirigido a la eficacia de su misión, los dos primeros son constitutivos de la misma misión que de acuerdo con la Iglesia tienen encomendada los profesores. Si la enseñanza del profesor no se ajusta al depósito de la fe o a la doctrina de la Iglesia, o su conducta en todos los terrenos, laborales o privados, se aparta de la que es conforme a la doctrina enseñada, misión educativa no será cumplida adecuadamente puesto que, o bien no enseñará correctamente contenido de lo que debe ser objeto de fe o de asentimiento, o bien inducirá a la duda cuando sus alumnos observen que su propio profesor se aparta de lo enseñado, amenazando de esta forma con frustrar el objeto último y esencial de la función de enseñar de la iglesia"* (Fundamento de Derecho Segundo).

Y mucho más importante resulta el canon 805: *"El Ordinario del lugar, dentro de su diócesis, tiene el derecho a nombrar o aprobar los profesores de religión, así como de remover o exigir que sean removidos cuando así lo requiera una razón de religión o moral"*²⁵²². Es decir, en aplicación del Acuerdo internacional suscrito por España se acaba no sólo incorporando una asignatura de doctrina religiosa en los centros educativos públicos como una asignatura más; sino que la continuidad y extinción del contrato de trabajo de los profesores de dicha asignatura, cuyo salario es abonado por el Estado y con los cuales mantiene una relación laboral, acaba dependiendo de una norma religiosa ajena a su ordenamiento jurídico y que, además, es totalmente abierta e indeterminada. Tal y como se dice en la STSJ de Murcia núm. 262/2001 de 26 febrero (AS 2001, 302): *"concurrente con la relación laboral, íntimamente unida a ella, existe una relación de derecho eclesiástico que une al profesor de religión católica con el obispo, que es lo que básicamente introduce a la relación jurídica, «lato sensu», en un área singularísima, pues, como mantiene la doctrina más autorizada, el profesor de religión católica está unido al Obispo por una relación, calificable de mandato, y de este modo se viene a reflejar en los acuerdos entre España y la Santa Sede, y, asimismo, resulta de lo establecido en los artículos 804 y 805 del Código de Derecho Canónico"* (Fundamento de

²⁵²⁰ Su equivalente en el Código de Derecho Canónico de 1917 era el canon 1381.1, cuya redacción era mucho más sencilla: *"La formación religiosa de la juventud en cualesquiera escuelas está sujeta a la autoridad e inspección de la iglesia"*.

²⁵²¹ Su equivalente en el Código de Derecho Canónico de 1917 era el canon 1381.2, el redactado del cual era sustancialmente diferente: *"Los Ordinarios locales tienen el derecho y el deber de vigilar para que en ninguna escuela de su territorio se enseñe o se haga nada contra la fe o las buenas costumbres"*.

²⁵²² Su equivalente en el Código de Derecho Canónico de 1917 era el canon 1381.3, que en referencia a los Ordinarios locales afirma lo siguiente: *"Igualmente compete a los mismos el derecho de aprobar los profesores y los libros de religión; y también el de exigir que, por motivos de religión y costumbres, sean retirados así los profesores como los libros"*. Como se puede comprobar, en la actualidad el precepto canónico regula solamente la remoción de los profesores de religión, y no realiza por lo tanto una regulación conjunta, que resulta un tanto extraña, de la figura de los profesores de religión junto con los libros de texto utilizados en las escuelas. En todo caso, el citado canon 1381.3 en el supuesto español ha de ponerse en relación con el art. XXVII, apartados sexto y séptimo, del Concordato de 1953.

Derecho Séptimo)²⁵²³. Es más, para el Tribunal existe "un «patrono espiritual» el Obispo o Jerarquía Eclesiástica, que es el mandante; y un patrono «en sentido material o temporal», que es la Administración correspondiente, en una posición intermedia".

El art. III del Acuerdo también regula otras cuestiones sobre la prestación de servicios de los profesores de religión:

- En los Centros públicos de Educación Preescolar y de Educación General Básica, la designación, la designación recaerá con preferencia en los Profesores de EGB que así lo soliciten.
- Nadie estará obligado a impartir enseñanza religiosa.
- Los Profesores de religión formarán parte, a todos los efectos, del Claustro de Profesores de los respectivos Centros. Es decir, se trata de una norma que, en lo posible, trata de salvar las desigualdades existente con el resto de profesores y los integra a la dinámica de los centros educativos públicos donde presten servicios.

La Orden de 9 de abril de 1999 por la que se dispone la publicación del Convenio sobre el régimen económico-laboral de las personas que, no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios Docentes, están encargadas de la enseñanza de la religión católica en los centros públicos de Educación Infantil, de Educación Primaria y de Educación Secundaria, otorga un grado superior de seguridad jurídica a la situación existente hasta entonces. Así, se deroga y sustituye el Convenio de fecha de 20 de mayo de 1993, publicado mediante Orden de 9 de septiembre de 1993. La cláusula segunda del nuevo convenio aclara la cuestión financiera: "El Estado asume la financiación de la enseñanza de la religión católica en los centros públicos de Educación Infantil, de Educación Primaria y de Educación Secundaria". La cláusula cuarta, apartado primero, hace referencia a la polémica declaración de idoneidad. En lo que aquí interesa, el precepto expresa que "serán consideradas personas competentes para la enseñanza de la religión católica aquellas que posean, al menos, una titulación académica igual o equivalente a la exigida para el mismo nivel al correspondiente profesorado interino, y además, se encuentren en posesión de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad de la Conferencia Episcopal Española y reúnan los demás requisitos derivados del artículo III del mencionado acuerdo". Así pues, una de las características clave de esta relación laboral es el rol desplegado por la declaración de idoneidad, que hace que en la relación laboral intervengan tres sujetos: el profesor, la Administración educativa como empleadora y la Iglesia Católica. Es algo parecido, salvando las distancias, a lo que ocurre con las relaciones laborales que se originan en la cesión legal de trabajadores por parte de empresas de trabajo temporal. En dichas relaciones triangulares intervienen el trabajador, la empresa usuaria y la empresa de trabajo temporal como empleadora.

²⁵²³ En relación al citado mandato: "Al tratarse de una asignatura confesional, ajena a la competencia del Estado, de la *missio canonica*, es decir, el profesora de religión requiere mandato del Obispo diocesano para la enseñanza autorizada de la disciplina. El mandato entraña una relación de confianza entre el mandante y el mandatario, que permite a este último presentar su docencia con una garantía de catolicidad. La propuesta pertenece al ámbito y juicio de la Iglesia y no al Derecho del Estado. De aquí que la propuesta de la autoridad eclesiástica es presupuesto del contrato laboral. Mas, por otra parte, y por lo que se refiere al caso español, el empleador no es el Obispo sino la Administración educativa, a la que el profesor se encuentra sujeto en los términos la legislación del Estado". NIETO NÚÑEZ: "Enseñanza de la religión...", en AAVV: *Pluralismo religioso...*, op. cit., p. 237.

El otro elemento característico fue su temporalidad: *"Los profesores encargados de la enseñanza de la religión católica a los que se refiere el presente Convenio prestarán su actividad, en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso o año escolar, a tiempo completo o parcial y quedarán encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social, al que serán incorporados los profesores de Educación Infantil y de Educación Primaria que aún no lo estén. A los efectos anteriores, la condición de empleador corresponderá a la respectiva Administración educativa"*. Lógicamente para que el trabajador pueda prestar servicios en el curso académico siguiente deberá ser propuesto por el obispo del lugar y mantener vigente su declaración de idoneidad.

La situación jurídica de los profesores de religión católica es regulada nuevamente en la Disposición Adicional Tercera, apartado primero, de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación del siguiente modo: *"Los profesores que impartan la enseñanza de las religiones deberán cumplir los requisitos de titulación establecidos para las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley , así como los establecidos en los acuerdos suscritos entre el Estado Español y las diferentes confesiones religiosas"*. Es en el apartado segundo del mismo precepto que se configura la relación como una relación jurídico-laboral: *"Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos"*. Ello sin olvidar el determinante rol de las confesiones religiosas: *"la propuesta para la docencia corresponderá a las entidades religiosas y se renovará automáticamente cada año. La determinación del contrato, a tiempo completo o a tiempo parcial según lo que requieran las necesidades de los centros corresponderá a las Administraciones competentes. La remoción, en su caso, se ajustará a derecho"*.

El desarrollo reglamentario de la ley se ha llevado a cabo en el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, que regula la relación laboral de los profesores de religión²⁵²⁴. El art. 2 establece las fuentes que regulan esta tipología de relación laboral: 1) el Acuerdo internacional con la Santa Sede. 2) la Disposición Adicional Tercera de la LO de Educación; 3) El Estatuto de los Trabajadores; 4) el Real Decreto comentado y sus normas de desarrollo²⁵²⁵.

²⁵²⁴ Un interesante y amplio comentario de dicha norma reglamentaria puede examinarse en GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, María José: "Incidencia del Real Decreto 696/2007 en la contratación laboral de los profesores de religión católica". *Relaciones Laborales*, 2007, núm. 17, tomo 2, pp. 1047-1075. Para dicha autora, a pesar del intento del legislador por aportar una mayor seguridad jurídica que en el escenario precedente aun quedarían incertidumbres jurídicas, pues la norma reglamentaria *"no identifica quién es el empresario como tampoco regula el ejercicio del poder de dirección u otras cuestiones relativas al contenido de la prestación. Por tanto, tras esta norma, la deficiente identificación del empresario no ha sido resuelta"*.

²⁵²⁵ Como correctamente se ha observado por la doctrina, la norma reglamentaria no jerarquiza correctamente las normas que cita, que son citadas en el siguiente orden: 1) El Estatuto de los Trabajadores; 2) la Disposición Adicional Tercera de la LO de Educación; 3) el Real Decreto comentado y sus normas de desarrollo; 4) el Acuerdo internacional con la Santa Sede. En tal sentido *vid.* MARÍN CORREA, José María: "Profesores de religión en centros de enseñanza públicos

A los presentes efectos interesa el art. 3.1 que establece los requisitos que debe reunir el candidato a ser profesor de religión: "*Para impartir las enseñanzas de religión será necesario reunir los mismos requisitos de titulación exigibles, o equivalentes, en el respectivo nivel educativo, a los funcionarios docentes no universitarios conforme se enumeran en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, haber sido propuestos por la Autoridad de la Confesión religiosa para impartir dicha enseñanza y haber obtenido la declaración de idoneidad o certificación equivalente de la confesión religiosa objeto de la materia educativa, todo ello con carácter previo a su contratación por la Administración competente*". Asimismo, el art. 7.b), entre otras causas extintivas del contrato prevé la siguiente: "*Por revocación ajustada a derecho de la acreditación o de la idoneidad para impartir clases de religión por parte de la Confesión religiosa que la otorgó*".

Al mismo tiempo, en el art. 4.1 se abandona la temporalidad que había presidido esta tipología de relación laboral hasta entonces para afirmarse que el contrato indefinido es la regla general: "*La contratación de los profesores de religión será por tiempo indefinido, salvo en los casos de sustitución del titular de la relación laboral que se realizará de conformidad con el artículo 15.1.c del Estatuto de los Trabajadores y sin perjuicio de lo dispuesto en las causas de extinción del contrato que figuran en el presente Real Decreto*".

Así pues, con la citada regulación jurídica de la relación laboral de los profesores que imparten religión católica en los centros educativos públicos no es de extrañar que a lo largo de los años se hayan producido un gran número de conflictos que, a su vez, han creado un cuerpo jurisprudencial relevante. En la actualidad, no obstante, al menos queda clara la naturaleza jurídica de esta tipología de relación jurídica y quien es formalmente el empleador, aspectos que antaño fueron también discutidos en multitud de sentencias, incluido el debate doctrinal sobre si el empleador era la Administración central o la autonómica por haberse traspasado la competencia en la materia.

Por ejemplo, es el caso de la STS de 19 junio 1996 (RJ 1996, 5387), que define la relación jurídica como laboral, descartándose que sea una relación administrativa. Para el Tribunal resulta "*indiferente a estos efectos que el acto jurídico originador de la prestación de servicios de los citados profesores se haya materializado a través de un nombramiento del órgano administrativo titular del centro docente, al que indudablemente prestó su consentimiento el profesor y no a través de un contrato formal, ya que ello no prejuzga sin más la naturaleza del vínculo que con tal nombramiento se creó. Tampoco interfiere en la naturaleza de la relación jurídica que en el estadio previo al nombramiento del profesor se exija una propuesta del Obispado*" (Fundamento Jurídico Cuarto). En el mismo sentido la STS de 30 abril 1997 (RJ 1997, 3557).

La STS de 10 mayo 2000 (RJ 2000, 2884), profundiza más en la controversia y aclara que la relación jurídica que une al profesor de religión católica con el Ministerio es laboral, y no administrativa (Fundamento de Derecho Cuarto). Pero también dicha sentencia concreta asimismo quién es el empleador y evidencia la especialidad de esta especial relación laboral: "*el verdadero empleador de los profesores de religión es el Ministerio de Educación y Cultura, por ser el destinatario de los servicios que le presta este personal;*

(a propósito del RD 696/2007, de 1 de junio)". *Actualidad Laboral*, 2007, núm. 16, tomo 2, pp. 1925-1930.

planifica, organiza y controla el trabajo; ejerce la potestad disciplinaria y son de su cargo todos los gastos que con ello se ocasionen y, sobre todo, es el obligado a remunerar a este profesorado, pues si bien debe poner los fondos necesarios a disposición de la Conferencia Episcopal Española, la autoridad eclesiástica limita su intervención a la de simple pagador por cuenta de otro o distribuidor de los fondos recibidos. Además, la designación y el nombramiento de estos profesores se lleva a cabo por la autoridad docente del Estado, reservándose la jerarquía eclesiástica la única facultad de presentar los candidatos que considere más idóneos para impartir esta enseñanza, pero quien realmente crea el vínculo jurídico es la Administración del Estado al efectuar la designación y el nombramiento de cada trabajador" (Fundamento de Derecho Sexto). Asimismo resolviendo las problemáticas anudadas a las características de la relación laboral (naturaleza jurídica, determinación del empleador, duración temporal o indeterminada del contrato, etc.)²⁵²⁶ se pueden citar las siguientes sentencias: STS de 18 septiembre 2000 (RJ 2000, 8205), STS de 17 junio 2002 (RJ 2002, 7207), STS Sentencia de 17 junio 2002 (RJ 2002, 7208), la STS de 26 noviembre 2002 (RJ 2003, 1838), STS de 13 diciembre 2002 (RJ 2003, 1706, STS de 4 febrero 2003 (RJ 2003, 3208), STS de 9 julio 2003 (RJ 2003, 8372) o STS de 29 septiembre 2004 (RJ 2004, 7675). Asimismo, por ejemplo, se puede citar la STSJ de Cantabria núm. 1283/2000 de 1 diciembre (JUR 2001, 78199).

Incluso tuvo que manifestarse la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, mediante ATS de 4 abril 2001 (RJ 2001, 9112) en los siguientes términos: *"No sería ocioso agregar que, quizá, de futuro, y, a partir de la vigencia de las normas y jurisprudencia del orden social a que antes se ha hecho referencia de fecha posterior a aquella en que se interpuso el actual recurso contencioso-administrativo, la competencia para conocer de las cuestiones referentes a la relación jurídica entre los profesores de religión de los Centros Públicos de Enseñanza y los organismos competentes estatales o autonómicos haya de ser atribuida al orden jurisdiccional laboral. Esta jurisprudencia, en términos generales ha declarado, de una parte, la naturaleza laboral de la relación y la condición de empleador del Estado, y, de otra, el carácter temporal del vínculo contraído, lo que implica la consecuente competencia del orden jurisdiccional laboral. Pero a ello ha contribuido, fundamentalmente, y como circunstancia de clarificación de anteriores incertidumbres, las nuevas circunstancias sobrevenidas"*.

Sobre los avatares del régimen normativo regulador del profesorado de religión católica desde el momento de la entrada en vigor de la Constitución resulta muy instructivo el Fundamento Jurídico Cuarto de la STC núm. 38/2007, de 15 febrero, en el que son resumidos. Pero una vez aclarados quién es el empleador de los profesores de religión católica y el régimen jurídico-laboral de su relación, resulta de mayor interés jurídico profundizar cómo sus derechos fundamentales pueden ser modulados por razón de las especialidades de tal singular relación laboral y hasta qué punto es relevante su vida privada en cuanto a la eventual afectación de su devenir.

En la muy interesante STSJ de Murcia núm. 262/2001 de 26 febrero (AS 2001, 302) se analiza el supuesto de un cura secularizado que daba clases de religión católica en un centro público. El trabajador había solicitado la dispensa del celibato sacerdotal, que fue

²⁵²⁶ Una recopilación de sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia en esta materia se puede encontrar en NIETO NÚÑEZ: "Enseñanza de la religión...", en AAVV: *Pluralismo religioso...*, op. cit., pp. 264-286.

concedida por decisión papal, y contrajo matrimonio civil, del cual nacieron cinco hijos. Era miembro del Movimiento Pro-celibato opcional (Moceop) y en un periódico regional apareció publicado un artículo sobre el Movimiento Procelibato Opcional con una fotografía del trabajador, su cónyuge y los cinco hijos del matrimonio. Al pie de la foto se podía leer *“en la imagen, uno de los curas casados que acudió ayer a la luz con toda su familia”*. Por tal razón el obispado solicitó a la Administración que se diera al trabajador la baja definitiva como profesor de educación secundaria. Para el Tribunal respecto a la propuesta del obispo hay tres posibilidades teóricas:

1) La propuesta del obispo diocesano es controlable en todos sus extremos por los tribunales, de tal forma, que no es ejercitable de forma discrecional una vez respetados por dicha propuesta los requisitos de competencia académica y, por tanto, cada año debe ha de proponerse a las mismas personas que ya fueron propuestas con anterioridad y dar razón explicativa en el caso de que no se propongan.

2) La propuesta del obispo diocesano no puede ser objeto de control jurisdiccional, ya que responde a un ejercicio de su ministerio espiritual.

3) La propuesta del obispo diocesano es susceptible de control jurisdiccional, en un sentido negativo, esto es, no puede ser nombrada una persona que no acredite la titulación académica suficiente y, por tanto, entre ellas la propuesta es discrecional, dada la amplia cobertura de su ministerio espiritual. A ello se uniría la posibilidad de controlar el ejercicio de sus facultades, en la medida que, en todo caso, debería acomodarse al respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, con los condicionamientos, inflexiones y particularidades del área en que se opera, la enseñanza de una religión, la católica.

El Tribunal se decanta por la tercera opción en los siguientes términos: *“la Sala no puede sustituir el ejercicio discrecional por el ordinario del lugar de facultades que únicamente a él le competen, porque así lo ha querido el legislador y, además, encuentra que la consecuencia jurídica más razonable de una propuesta que, susceptible de control y declarada nula, sería la realización de una nueva propuesta que estuviese exenta del vicio detectado, en la medida que fuese controlable. Lo dicho conduce a una clara consecuencia jurídica: una persona no propuesta, aunque reuniese los requisitos necesarios al efecto, no puede ser nombrada, y si es nombrada, el nombramiento no produce efecto”*.

Como consecuencia de la legislación de aplicación, el rol de la autoridad eclesiástica en la relación jurídico laboral es determinante: *“estamos situados en un punto fronterizo entre lo que es la pura dimensión eclesiástica y lo que es el comienzo, en su caso, de la relación laboral, esto es, en un área en que el Ordinario del lugar ejercita una proyección de su Ministerio Espiritual o Pastoral libremente o discrecionalmente en virtud de las facultades espirituales de la que está investido, que, en principio, son extrañas a cualquier relación jurídica laboral, en sentido propio, y su deber incardinar en el ejercicio de su libertad religiosa, como Obispo. Es decir, reconocida la libertad religiosa («ex» artículo 16 de la Constitución Española), habrá que convenir que si los individuos y comunidades la ostentan, dentro de los individuos aquellos que ocupan un lugar más destacado dentro de una religión concreta deben tenerla reconocida, si cabe, con especial intensidad”* (Fundamento de Derecho Noveno).

En pocas palabras, se puede afirmar que como consecuencia del Acuerdo firmado con la Santa Sede, el Derecho laboral deja una parte clave de la dinámica de la relación laboral en manos de un ordenamiento jurídico que le es extraño; cual es el religioso interno de una confesión religiosa, en este caso el de la Iglesia Católica. Dicho ordenamiento eclesiástico, a su vez, otorga un gran poder discrecional a la figura del obispo, que según su criterio podrá decidir el destino de la relación laboral del profesor de religión de que se trate, muchas veces en relación a la vida privada del trabajador²⁵²⁷.

Para el Tribunal, en definitiva, el obispado actuó de conformidad con el Derecho Canónico, pues el trabajador con su conducta infringió el contenido del *rescripto* de dispensa y el obispado anudó a ello las consecuencias jurídicas de su propio ordenamiento. Además, entiende que en ningún caso se vulneró el derecho a la intimidad y a la propia imagen del profesor, por ser el trabajador el que dio publicidad voluntariamente a su situación: "*aparte de que el término vida privada o privacidad tiene geometría variable, fue el mismo actor el que consintió la publicidad en contra del rescripto de dispensa, no fue el Ordinario del lugar el que incurrió en una intromisión ilegítima, no; fue el actor el que sacó su situación a la luz pública y, en consecuencia, tampoco cabe apreciar intromisión en su vida privada ni en su intimidad*" (Fundamento de Derecho Décimo). Tampoco se considera que se hubiera violado el derecho a la libertad de expresión del profesor al otorgar el Tribunal un mayor peso a la normativa interna de la Iglesia, ya que el obispado actuó como debía según el Derecho Canónico. Como se verá un poco más adelante de la presente explicación, la sentencia fue recurrida ante el Tribunal Constitucional.

En la STSJ de Canarias núm. 340/2002 de 5 junio (AS 2002, 2264) una profesora es cesada cuando se iba a reincorporar de la maternidad. Para el Tribunal no se analiza la eventual concurrencia de vulneración de derechos fundamentales porque no fue postulado en el escrito de demanda. Ahora bien, como la Administración educativa extinguió el contrato de trabajo mediante una misiva acausal remitida por el obispado, el despido es calificado de improcedente por no haberse alegado causa alguna, ya que la legislación en la materia no autoriza a dicha discrecionalidad (Fundamento de Derecho Segundo *in fine*)²⁵²⁸.

En el Auto del TSJ de Islas Canarias de 8 julio 2002 (AS 2002, 2789) se recoge el supuesto de una profesora de religión a la que no se le permite prestar servicios por decisión del ordinario del lugar porque según se afirma mantenía una relación afectiva

²⁵²⁷ El Tribunal es muy gráfico al respecto: "*el Obispado no es el sujeto empresarial o empresario en la relación laboral, si bien con su propuesta o no propuesta determina la suerte de ésta*". Muy crítico con el sistema establecido: "*Es inaceptable que circunstancias extraacadémicas que pertenecen a la vida privada de los profesores de religión, como el hecho de contraer matrimonio, divorciarse o separarse, que constituyen el núcleo esencial de su dignidad como persona, puedan influir en su relación laboral como docentes, pagados por el Estado, pero contratados y despedidos libremente por los órganos confesionales*". TORRES GUTIÉRREZ: "El desarrollo postconstitucional...", *op. cit.*, p. 254.

²⁵²⁸ En el mismo sentido la doctrina ha afirmado que se ha de "*rechazar que el centro deba limitarse a ser un ciego ejecutor de la decisión adoptada por un tercero. Sobre el titular recaerán normalmente las consecuencias de la medida que acuerde y, debe, por ende, estar facultado para verificar la regularidad de la comunicación, tanto en sus aspectos formales, como materiales; para comprobar que la decisión emana del órgano competente, con observancia del procedimiento establecido y basada en motivaciones directamente relacionadas con el desempeño de su actividad como profesor, resolviendo, en última instancia, el titular con entera libertad*". BLAT GIMENO: *Relaciones laborales en empresas...*, *op. cit.*, p. 245

con otro hombre, distinto de su esposo, del que se había separado "estando en pecado". El obispo le remitió una carta manuscrita a la trabajadora conforme "había recibido una información debidamente contrastada de su «situación irregular» que de acuerdo con las normas de la CEE, del CIC y del sínodo, impedían otorgar a DEI, en obediencia del Evangelio y de la Iglesia". El citado Auto eleva una cuestión de constitucionalidad sobre dos aspectos relativos al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales: 1) el que se haya acudido a contratos, de naturaleza laboral para cumplir la función de enseñar de la Iglesia; 2) que los trabajadores sean contratados por las Administraciones Públicas, configurando, en definitiva, supuestos de empleo público. Aquí interesa especialmente la primera cuestión. Según el muy fundamentado Auto "resulta evidente que la decisión eclesial sobre la idoneidad del trabajador para acceder al empleo o para mantener el mismo ha de entenderse necesariamente limitada por los derechos fundamentales del trabajador, por lo que su configuración como decisión puramente libre, «legibus soluta», resultante de los compromisos asumidos por el Estado con la Iglesia Católica a partir del Acuerdo de 1979 (...), pugna directamente con el esquema constitucional" en materia de reconocimiento de los derechos fundamentales en la relación laboral, aunque puedan ser modulados. Como el caso a analizar hace referencia en buena parte a la vida privada de una profesora, el Tribunal Superior entiende que el Tribunal Constitucional debería pronunciarse al respecto, pues se le plantea un dilema: "si la Jurisdicción española es competente para el enjuiciamiento de todos los problemas inherentes al proceso de contratación laboral, y el Ordinario no ejerce propiamente una jurisdicción o poder público de Derecho Internacional, paralelo y distinto a los poderes soberanos españoles, lo que a juicio de esta Sala se plantea es un problema de vulneración del artículo 24 de la Constitución y, en concreto, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, puesto que la decisión del Ordinario se ha configurado por el artículo III del Acuerdo como «legibus soluta», exenta de toda posibilidad de sumisión al control de constitucionalidad o legalidad por los órganos judiciales españoles, al haber sido atribuida a la contraparte del Acuerdo, la Iglesia Católica" (Fundamento de Derecho Tercero).

Con la finalidad de resolver dicha cuestión de inconstitucionalidad se dictó por el Pleno la conocida STC núm. 38/2007, de 15 febrero²⁵²⁹. En opinión del Tribunal, "que la

²⁵²⁹ Sobre dicha sentencia puede consultarse CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO: "La evolución histórica...", *op. cit.*, pp. 205-246. Para dichos autores la cuestión a plantear hubiera tenido que ser la siguiente: "Se trataba de averiguar si es posible que el Estado contrate a unas personas que van a realizar una función de difusión de un credo, en nombre de una Iglesia en concreto, como enviados suyos, sin perjuicio de que sea una tarea tan particular como es la desarrollada en el contexto cultural de la formación preuniversitaria, aceptando que el carácter eclesial de esa tarea exige admitir que la amplitud de la autonomía de las organizaciones religiosas se manifieste en el mantenimiento, remoción, traslado, etc., de las personas encargadas de tal cometido. En definitiva, qué encaje constitucional tiene en el Derecho estatal lo previsto en el Código de Derecho canónico sobre la tarea de los profesores de religión en centros públicos, su vínculo con la Iglesia católica, y las consecuencias derivadas sobre su sistema de selección y condiciones en que deben desarrollar su trabajo". Asimismo crítico con la sentencia: "El Tribunal Constitucional parece ignorar que la cooperación del Estado está limitada por la capacidad de actuar de los poderes públicos en este contexto específico, y que como el propio tribunal aclara está en la neutralidad estatal y en la separación o no confusión entre lo estatal y lo religioso. Sin embargo estos límites, que si bien son enunciados en la propia sentencia, no están presentes en el razonamiento del tribunal, y es que la cooperación entendida como prestación (por contratación) por parte del Estado de las personas encargadas de realizar labores de proselitismo y adoctrinación en la escuela pública, supone que el Estado promueve y fomenta unas

designación de los profesores de religión deba recaer en personas que hayan sido previamente propuestas por el Ordinario diocesano, y que dicha propuesta implique la previa declaración de su idoneidad basada en consideraciones de índole moral y religiosa, no implica en modo alguno que tal designación no pueda ser objeto de control por los órganos judiciales del Estado, a fin de determinar su adecuación a la legalidad, como sucede con todos los actos discrecionales de cualquier autoridad cuando producen efectos en terceros" (Fundamento Jurídico Séptimo).

Aquí no se entra a analizar la parte concerniente a si la contratación laboral por las Administraciones educativas de los profesores de religión, al venir condicionada por la previa declaración eclesiástica de idoneidad, vulneraría el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, discriminando a los posibles candidatos en función de criterios religiosos. Lo que sí resulta de suma relevancia a los presente efectos, y lo que se erige en la parte más delicada del fallo, es la doctrina vertida por el Tribunal en materia de derechos fundamentales. Para el Tribunal habrán de ponderarse sin duda los derechos fundamentales en juego de ambas partes, del profesor de religión de que se trate y los de la autoridad eclesiástica: *"los órganos judiciales competentes habrán de analizar también si la falta de propuesta por parte del Ordinario del lugar responde a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza religiosa, criterios cuya definición corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado, o si, por el contrario, se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo. En fin, una vez garantizada la motivación estrictamente «religiosa» de la decisión, el órgano judicial habrá de ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo" (Fundamento Jurídico Séptimo).*

Asimismo, el Tribunal descarta que el sistema establecido por el Acuerdo internacional convierta a la Administración pública en una empresa de tendencia, puesto que las *"interrelaciones existentes entre los profesores de religión y la Iglesia no son estrictamente las propias de una empresa de tendencia, tal y como han sido analizadas en diversas ocasiones por este Tribunal, sino que configuran una categoría específica y singular, que presenta algunas similitudes pero también diferencias respecto de aquélla"*. Precisamente dichas similitudes con las empresas de tendencia y la configuración tan singular de la relación laboral entre profesor de religión, Administración pública educativa e Iglesia Católica ha justificado que sea analizada aquí. Si las diferentes problemáticas de la relación jurídica se han ido resolviendo a través de la evolución legislativa y jurisprudencial, no es menos cierto que conforme evoluciona asimismo la sociedad española el sistema acordado en su momento va generando dudas; especialmente en cuanto a la afectación de la vida privada de los profesores en la relación laboral.

determinadas creencias religiosas, dejando de ser neutral; por no hablar de «confusión entre funciones religiosas y estatales» ya que el Estado se convierte en el empleador de profesores de religión confesional en un contexto público". CELADOR ANGÓN: "Derecho a la educación...", en AAVV: Estado confesional..., op. cit., p. 96.

Argumenta el Tribunal que una diferencia importante con las empresas de tendencia es que *"la condición que deriva de la exigencia de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad no consiste en la mera obligación de abstenerse de actuar en contra del ideario religioso, sino que alcanza, de manera más intensa, a la determinación de la propia capacidad para impartir la doctrina católica, entendida como un conjunto de convicciones religiosas fundadas en la fe. El que el objeto de la enseñanza religiosa lo constituya la transmisión no sólo de unos determinados conocimientos sino de la fe religiosa de quien la transmite, puede, con toda probabilidad, implicar un conjunto de exigencias que desbordan las limitaciones propias de una empresa de tendencia, comenzando por la implícita de que quien pretenda transmitir la fe religiosa profese él mismo dicha fe"*. Dicha afirmación probablemente es cierta respecto a la mayoría de trabajadores de una empresa de tendencia; pero no es menos cierto, como se ha explicado ya, que muchos trabajadores de las empresas de tendencia, los que se han denominado "ideológicos", son asimismo fieles de las convicciones religiosas de que se trate, como los sindicalistas son acérrimos defensores del sindicalismo, o los militantes de un partido político son el "alma" de la ideología que defiende dicho partido. Es más, muchas funciones formativas en relación a la doctrina católica son realizadas por laicos voluntarios en todas las parroquias (preparación para la comunión, cursos prematrimoniales, etc.), y a su vez muchos de ellos son trabajadores asalariados de empresas de tendencia religiosa.

Pese a dichas diferencias, en la práctica el Tribunal considera que a la hora de realizar la ponderación de derechos y establecer los límites para su ejercicio en el caso de los profesores de religión, por un lado ha de tenerse en cuenta la doctrina vertida en materia de empresas de tendencia (aunque se niegue que la Administración pública se haya convertido por mor del Acuerdo en una de ellas)²⁵³⁰ *"habrá de atenderse igualmente a las consideraciones que se deriven de la afectación del derecho de libertad religiosa (art. 16.1 CE) y de la doble exigencia que dicho derecho comporta en su dimensión objetiva (...): la neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado, y el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias (art. 16.3 CE)"* (Fundamento Jurídico Décimo).

El Tribunal admite que aunque el cumplimiento del Acuerdo permitía varias opciones, y no necesariamente que fuera la Administración pública quien contratara a los profesores, sino que podría haberse optado por un sistema en que fuera la Iglesia Católica quien los contratara, después de exteriorizar varias de las virtudes de dicho sistema por el que se ha optado finalmente; el Alto Tribunal considera que *"los profesores de religión (...) disfrutarán de los derechos fundamentales y legales que como trabajadores tienen reconocidos en nuestro Ordenamiento de manera irrenunciable, desde un criterio de máxima equiparación, bien que con las modulaciones que resultan de la singularidad de la enseñanza religiosa, sobre cuyo alcance e intensidad nada nos cumple decir ahora, salvo para recordar una vez más que las mismas no pueden hacer ablación de los derechos, principios y valores constitucionales"* (Fundamento Jurídico Decimotercero).

²⁵³⁰ Extremo que se niega contundentemente en los siguientes términos: *"A través de la contratación de los profesores de religión las Administraciones públicas no desarrollan tendencia ni ideario ideológico alguno, sino que ejecutan la cooperación con las Iglesias en materia de enseñanza religiosa en los términos establecidos en los acuerdos que la regulan y en las normas que la desarrollan, contratando para ello a personas que han sido previamente declaradas idóneas por las autoridades religiosas respectivas, que son las únicas que, desde el principio de aconfesionalidad del Estado, pueden valorar las exigencias de índole estrictamente religiosa de tal idoneidad"*.

Lo cierto es que el contenido del art. 27 CE en relación al art. 16 CE favorecía muchas opciones legislativas. Pero como es sabido la Constitución fue negociada al mismo tiempo que el Acuerdo, que fue suscrito por el Estado pocos días después de entrar en vigor la Constitución. Ahora bien, incluso teniendo en cuenta los condicionantes del contenido de dicho Acuerdo, resulta evidente que las opciones para el legislador seguían siendo varias. Sin embargo, durante los últimos años el legislador, por un lado, ha abusado de la potestad reglamentaria en la materia y en buena parte no ha conseguido ofrecer la suficiente seguridad jurídica a los sujetos implicados, perjudicando especialmente a los profesores y poniendo en entredicho la aconfesionalidad del Estado; y, por otro lado, ha optado definitivamente por una solución que se ha mostrado hartamente problemática, sobre todo desde el punto de vista laboral, cual es que sea la Administración la empleadora formal de los profesores de religión²⁵³¹.

Si de lo que se trata es de ofrecer educación en materia doctrinal de naturaleza religiosa, lo más natural es que el empresario fuera la Iglesia Católica, no la Administración pública, central o autonómica. De hecho, la legislación no identificó al empresario hasta la entrada en vigor del art. 5 de la Orden de 9 de abril de 1999. Una cosa es que la Administración sufrague los gastos u otorgue subvenciones para ayudar a que las diferentes confesiones, no sólo la católica, puedan otorgar la formación que garantiza el art. 27.3 CE, y otra cuestión muy diferente es que sea la Administración la que formalmente sea la empresaria. Es indiscutible que son las diferentes confesiones religiosas las que han de seleccionar, formar y fiscalizar que los profesores que impartan sus doctrinas sean idóneos, por lo que resulta jurídicamente un tanto extraño que sea parte en el contrato de trabajo el Estado, que se declara aconfesional; pero, en cambio, una parte ajena a dicho contrato de trabajo y que no es titular del centro donde se desarrolla la actividad docente, pueda decidir sobre la extinción contractual. Por eso, se insiste que, desarrollándose en centros públicos o en otros locales, la relación jurídica laboral debería ser entre profesor y la confesión de que se trate, en este caso la Iglesia Católica. De este modo, se podrían solucionar en cierto grado las disfuncionalidades que ha sufrido el sistema hasta ahora y la relación entre Derecho Canónico y Derecho laboral resultaría menos conflictiva en esta materia.

Según la sentencia comentada, STC núm. 38/2007, de 15 febrero, *"la exigencia de la idoneidad eclesial como requisito de capacidad para el acceso a los puestos de trabajo de profesor de religión en los centros de enseñanza pública no vulnera tampoco el art. 9.3 CE. Como ha señalado este Tribunal, no puede tacharse de arbitraria una norma que persigue una finalidad razonable y que no se muestra desprovista de todo fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución adoptada, pues entrar en el enjuiciamiento de cuál haya de ser su medida justa supone debatir una*

²⁵³¹ Se trata de una anomalía jurídica que puede ser descrita del siguiente modo: "Los ingredientes que definen la peculiar relación de servicios de los profesores de religión son principalmente dos. Por una parte, el hecho de que la escuela pública imparta clase de religión católica confesional, la cual tiene por objeto la formación de creyentes católicos en un contexto que a priori debe permanecer ajeno a esta tipo de enseñanzas por razón del principio de laicidad. Y por otra, debido a la incoherencia que representa el hecho de que el Estado remunere y contrate a un colectivo docente que, a diferencia de lo que ocurre con el resto de personal al servicio de las administraciones públicas, no ha superado un proceso selectivo previo tutelado por los poderes públicos, y que es despedido o contratado en función de los intereses y deseos de una institución ajena a la prestación del servicio público de educación, es decir, la Iglesia Católica". CELADOR ANGÓN: "Derecho a la educación...", en AAVV: *Estado confesional...*, op. cit., p. 93.

opción tomada por el legislador que, aun cuando pueda ser discutible, no tiene que ser necesariamente arbitraria ni irracional" (Fundamento Jurídico Undécimo). Así es, se trata de una opción legislativa y como tal puede ser modificada, siempre y cuando se respete el Acuerdo internacional, que obviamente también puede ser renegociado. Desde dicho prisma, lo jurídicamente más razonable es, por un lado, que la Iglesia Católica, según su normativa interna canónica, pueda decidir sobre la idoneidad de los profesores que imparten sus doctrinas; pero del mismo modo debería ser la Iglesia Católica la que realizara las contrataciones y abonara el salario en su condición de empresario, aunque los gastos fueran subvencionados, como ocurre en muchos otros ámbitos. Por otro lado, con total respeto del ordenamiento jurídico interno de la Iglesia, los órganos jurisdiccionales se deberían limitar a fiscalizar las decisiones tomadas por dicho empleador, que en ese caso sí se podría calificar sin problema de tendencia, de acuerdo con la jurisprudencia vertida en los últimos años en materia de empresas de tendencia²⁵³². De este modo, quedaría asimismo normalizada la situación de los profesores de religión como "empleados públicos", porque no lo serían en ningún caso; serían trabajadores por cuenta ajena de la Iglesia que prestarían locativamente sus servicios en los centros públicos como han hecho hasta ahora, o en otros locales si así lo decidiera el legislador para el caso de que se renegociara el Acuerdo. Así, también sería entendido mejor por la opinión pública que la Iglesia Católica pueda decidir sobre el futuro de una relación laboral en la cual formalmente no es parte, extremo que beneficiaría a la misma Iglesia²⁵³³; y al Estado, cuyo principio de no confesionalidad se vería reforzado²⁵³⁴. Que la prestación de servicios se produzca desde un punto de vista locativo en los centros educativos públicos no justifica jurídicamente que la Administración deba ser la empleadora. En cambio, dada la naturaleza y características de la prestación de servicios, sí que se justifica que en todo caso, aunque no lo prevea el Acuerdo internacional, la relación jurídica resultante sea laboral.

Dicho principio de neutralidad sería reforzado aun en mayor grado si simplemente las clases fueran impartidas en los locales que cada confesión religiosa habilitara para ello, aunque para el caso de la Iglesia Católica se debería renegociar el Acuerdo; sin perjuicio que se facilitaran las ayudas estatales que fueran necesarias para garantizar el servicio según la demanda y falta de locales. De tal modo, la relación laboral sería jurídicamente más robusta: 1) el empresario es la Iglesia, quien paga el salario, forma al trabajador, decide si es idóneo o no, si la relación laboral debe continuar o no); 2) la prestación de servicios se lleva a cabo en un local cuya titularidad o título para usarlo recae sobre el empresario; 3) en caso de conflicto jurídico se podría aplicar la doctrina en materia de

²⁵³² En buena parte coincidente con dicho planteamiento: CELADOR ANGÓN: "Derecho a la educación...", op. cit., p. 97.

²⁵³³ De acuerdo con una encuesta de 2008 se preguntó respecto a los profesores de religión en la escuela pública. ¿Quién debe seleccionar y ha de tener la capacidad de rescindir los contratos de los profesores? Los resultados fueron los siguientes: el Estado: 58,2%; la Iglesia católica: 24,1%. PÉREZ AGOTE POVEDA: *Cambio religioso en España...*, op. cit., pp. 162-164.

²⁵³⁴ En los últimos años críticas como la siguiente no han sido infrecuentes: "La peculiar situación de los profesores de religión católica, que son pagados por el Estado, pero que sin embargo son contratados y despedidos - o para ser más precisos: no son renovados - al libre arbitrio de los ordinarios católicos, y para los que el hecho de contraer matrimonio con un divorciado, mantener una relación extramatrimonial, divorciarse o casarse civilmente, pueden ser causas suficientes de despido, o si se prefiere, de una renovación, de una relación contractual que (...) consiste en adoctrinar en los dogmas de un concreto credo religioso, con cargo a dinero público, en un Estado cuya Carta Magna niega la confesionalidad del mismo". TORRES GUTIÉRREZ: "El desarrollo postconstitucional...", op. cit., p. 248.

empresas de tendencia, sin ser necesaria una doctrina *ad hoc*, puesto que el Tribunal Constitucional niega con razón que la Administración sea una empresa de tendencia o pueda llegar a serlo.

Después de dictarse la relevante STC núm. 38/2007, a continuación y en sentido parecido el Tribunal Constitucional dictó las SSTC 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90/2007. Asimismo, el ATC núm. 385/2007 de 9 octubre (JUR 2007, 345363) y el ATC núm. 426/2007 de 6 noviembre inadmiten a trámite sendas cuestiones de inconstitucionalidad elevadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias sobre la misma materia. Otra cuestión de inconstitucionalidad en la materia fue rechazada por el ATC núm. 190/2009, de 23 junio.

Como se ha avanzado con anterioridad, la STSJ de Murcia núm. 262/2001 de 26 febrero (AS 2001, 302) fue recurrida ante el Tribunal Constitucional. Así pues, el recurso de amparo se resolvió una vez se habían aclarado ya algunos aspectos sobre la constitucionalidad de la legislación de aplicación y el modo de interpretarla para que fuera acorde con los cánones constitucionales. En la STC núm. 128/2007, de 4 junio, a la luz de los hechos probados, se afirma que *"la no propuesta por parte del Obispado del demandante de amparo como profesor de religión y moral católicas para el curso 1997/1998 responde a criterios cuya caracterización como de índole religiosa y moral no puede ser negada, las cuales, a juicio de la autoridad eclesiástica, son determinantes de su falta de idoneidad para impartir dicha enseñanza, como consecuencia de la disimilitud, desemejanza, falta de sintonía u oposición de la conducta, vida personal u opiniones del demandante de amparo con los postulados definitorios del credo religioso de la Iglesia católica, cuya constitucionalidad en momento alguno cuestiona el demandante de amparo"*. El Tribunal Constitucional se abstiene de entrar a valorar unos criterios que conforman la "idoneidad" del profesor y que remiten directamente a criterios religiosos ajenos a la competencia de dicho Tribunal. Lo que para el ámbito secular no es escandaloso sí lo puede ser para un sistema axiológico religioso, cual es el de la Iglesia Católica: *"La idea de escándalo supone una referencia axiológica o valorativa de una conducta o situación contempladas desde la perspectiva de mandatos, normas o principios de un determinado contenido, de modo que el hecho de que una conducta o situación pueda ser considerada como escandalosa desde el prisma de un concreto conjunto de mandatos, normas o principios, por los que comulgan con los mismos, no quiere decir que necesariamente tenga que merecer la misma consideración si es valorada desde un conjunto distinto de mandatos, normas o principios"* (Fundamento Jurídico Noveno). Después de llevar a cabo una exhaustiva ponderación de los derechos en juego, el Tribunal Constitucional entiende que no se han vulnerado los derechos fundamentales del trabajador (Fundamento Jurídico Duodécimo). Como era de esperar en un tema tan controvertido, la sentencia contiene un voto particular.

La STC núm. 128/2007 fue recurrida a su vez ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que dictó la STEDH de 15 mayo 2012, caso Fernández Martínez contra España, que falló contra el trabajador. Posteriormente la Gran Sala dictó la STEDH de 12 de junio de 2014, caso Fernández Martínez contra España. Para el Tribunal era previsible que el trabajador, dada su posición y conocimientos (incluso había dirigido un seminario) que la manifestación pública de su situación (que había sido tolerada durante tiempo) podía comportar que la Iglesia Católica, en aplicación de su normativa propia, decidiera retirar la declaración de idoneidad y que, por ende, la relación laboral no continuara. Es decir, para el trabajador eran previsibles las consecuencias jurídicas de su conducta.

Asimismo el Tribunal sostiene que al firmar los contratos de trabajo de forma sucesiva el trabajador "a sabiendas y voluntariamente admitía un importante deber de lealtad hacia la Iglesia Católica, que limitaba en cierto grado el alcance de su derecho al respeto de su vida privada y familia" (135). Para el Tribunal es esencial que el trabajador no evitó que su situación se hiciera pública lo que rompió el vínculo de confianza de esta tipología de relaciones laborales: "El Tribunal encuentra que al optar por aceptar una publicación sobre sus circunstancias familiares y su asociación en lo que el Obispo considera una reunión orientada a la protesta, cortó el vínculo especial de confianza necesario para cumplir las tareas encomendadas a él" (136)²⁵³⁵. Como es habitual en estos casos se otorga mucho valor a la incoherencia existente entre la prestación de servicios del trabajador y sus convicciones personales; en este caso entre la doctrina a enseñar y lo que realmente se cree y practica: "La existencia de discrepancias entre las ideas que deben enseñarse y las creencias personales del profesor pueden dar lugar a una cuestión de credibilidad si el profesor realiza campañas activa y públicamente en contra de las ideas en cuestión" (137). Es más, él y otros compañeros de su asociación se posicionaron públicamente en un artículo a favor de los métodos anticonceptivos y mostraron su desacuerdo con las posiciones de la Iglesia Católica en otros temas como el aborto, el control de la natalidad y el celibato opcional de los sacerdotes (139). En este caso, por la tipología de la prestación de servicios del trabajador existía una gran proximidad entre su actividad laboral como profesor de religión y moral y la misión evangelizadora de la Iglesia (140). En definitiva, para el Tribunal no hay duda alguna que el trabajador debe pechar con su conducta de la que era del todo consciente en cuanto sus consecuencias jurídicas: "En consecuencia, el demandante voluntariamente formaba parte del círculo de individuos que estaban obligados, por razones de credibilidad, por un deber de lealtad hacia la Iglesia Católica, limitando por tanto en cierto grado su derecho al respeto de su vida privada. En opinión del Tribunal, el hecho de ser visto haciendo campaña públicamente en los movimientos que se oponen a la doctrina católica claramente va en contra de esa obligación. Además, hay pocas dudas de que el demandante, como director de un seminario y ex sacerdote fuera o debiera ser consciente de la esencia y el significado de ese deber" (141). Y dicha conducta es más grave aun cuando se llevan a cabo tareas docentes con personas (adolescentes) que quizás no pueden diferenciar de forma nítida qué postulados son propios del profesor y cuáles son los de la Iglesia. También en esta ocasión la sentencia contiene votos disidentes, lo que vuelve a demostrar la dificultad jurídica de resolución de esta tipología de controversias.

En la STC núm. 51/2011, de 14 abril, dictada por el Pleno, se examina el supuesto de una profesora de religión que después de prestar servicios durante años como docente en un momento determinado no es propuesta para ello por el obispo por haber contraído matrimonio civil con un divorciado, toda vez que tal decisión no se juzga coherente con la doctrina de la Iglesia Católica respecto del matrimonio. Dicha sentencia critica que los órganos jurisdiccionales hayan "renunciado en el presente caso a ir más allá de este control de la actuación de la Administración educativa, dejando de analizar, como resulta

²⁵³⁵ Dicha relación de confianza es enfatizada por la doctrina: "Las peculiaridades de esta relación laboral, de carácter especial, para la enseñanza de la Religión y Moral católicas, se derivan de la buena fe y especial confianza recíproca que dicha relación exige, así como el compromiso asumido voluntariamente por el trabajador". NIETO NÚÑEZ: "Enseñanza de la religión...", en AAVV: *Pluralismo religioso...*, op. cit., p. 237.

obligado, si la falta de propuesta por parte del Obispado de Almería (fundada en el hecho de que la demandante había contraído matrimonio civil) responde o no a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad sobrevenida de la demandante para impartir la enseñanza de la religión y moral católicas (criterios cuya definición corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado" (Fundamento Jurídico Séptimo). Porque una vez hubieran comprobado que había concurrido una decisión estrictamente religiosa debían entonces haber ponderado los derechos y bienes en conflicto. Como no se hizo lo primero, obviamente no se llevó a cabo tampoco la operación de ponderación; operación que el Tribunal plantea en sus justos términos a la vista de los múltiples derechos en juego (Fundamento Jurídico Noveno *in fine*).

En esta ocasión el Tribunal Constitucional inclina la balanza del lado de los derechos de la profesora, ya que entiende que debe prevalecer su derecho a la intimidad en directa relación con el principio de dignidad: "*La decisión de la demandante de casarse en la forma civil legalmente prevista con la persona elegida queda así, en principio, en la esfera de su intimidad personal y familiar, de suerte que la motivación religiosa de la decisión del Obispado de Almería de no proponerla como profesora de religión para el siguiente curso escolar (por haber contraído matrimonio sin ajustarse a las normas del Derecho canónico) no justifica, por sí sola, la inidoneidad sobrevenida de la demandante para impartir la enseñanza de religión y moral católicas, pues esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente (dentro del respeto a las reglas de orden público interno español) su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, lo que constituye una opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (art. 10.1 CE)*" (Fundamento Jurídico Duodécimo).

Uno de los datos que el Tribunal toma especialmente en cuenta es que la decisión eclesiástica coloca a la profesora en una tesitura que vulnera en gran medida su derecho a la intimidad, cual es que "*la demandante, a la sazón de estado civil soltera, no tenía otra opción que acogerse a la forma civil legalmente establecida si quería contraer matrimonio con el hombre elegido, dado que éste se hallaba divorciado de su anterior cónyuge, pero no había obtenido la nulidad canónica de ese matrimonio*". Si el Tribunal no sentenciara de la forma en que lo hizo la consecuencia jurídica sería inaceptable constitucionalmente, pues sería equivalente a admitir que quien como en el caso de la profesora "*no tiene impedimento alguno para contraer matrimonio en forma canónica, pero desea casarse con persona que sí lo tiene y no puede hacerlo en dicha forma religiosa por sus circunstancias personales, se vea obligada a elegir entre renunciar a su derecho constitucional a contraer matrimonio con la persona elegida o asumir el riesgo cierto de perder su puesto de trabajo como docente de religión y moral católicas, aun en el caso de guardar reserva sobre su situación personal*". Para el Tribunal no se puede otorgar un valor absoluto al derecho fundamental de libertad religiosa en detrimento de los derechos fundamentales de los profesores de religión.

En la STC núm. 140/2014 de 11 septiembre, dictada por el Pleno, se analiza el supuesto de una profesora que, después de varios cursos académicos prestando servicios como docente, no es propuesta por el ordinario del lugar. Dicha trabajadora alega que la falta de propuesta del obispado viene dada "*por el ejercicio de derechos fundamentales tales como la participación en una huelga, la presentación de una demanda judicial de reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral, el haberse negado a*

contribuir a la diócesis con una parte de su salario y el hecho de haber contraído matrimonio con un ciudadano previamente divorciado". Para el Tribunal no existe un panorama indiciario de que la profesora haya sido discriminada por tales motivos, sin que la sentencia innove o desarrolle la doctrina constitucional anterior.

En cambio, sí resulta de mayor interés el supuesto analizado en la STSJ de la Islas Baleares núm. 312/2014 de 23 septiembre (AS 2014, 2979). La controversia jurídica se inicia cuando la profesora de religión católica en conversación con el obispo del lugar *"reconoció al mismo haber pasado a pertenecer a la Iglesia Evangélica, bautizándose en la misma y haber pasado a ser miembro creyente de dicha Iglesia, manifestándole que, estando bautizada y confirmada en la Iglesia Católica y declarándose cristiana, ello no afectaba a la manera de dar clase, por no desviarse del currículum de la religión católica, ni renunciar ni hacer apostasía de la misma, ni proselitismo de la Iglesia Evangélica"*. Por tal razón, el obispado remitió carta a la Administración solicitando la extinción del contrato por haber retirado la misión canónica a la trabajadora para seguir prestando servicios. La Administración educativa contestó al obispado que para poder extinguir el contrato debía revocar la condición de idoneidad, o bien no proponer a la profesora en el curso siguiente. El obispado optó por no incluir a la trabajadora en su propuesta de trabajadores para el curso. Nadie puso en duda que la trabajadora cumplía a satisfacción con sus tareas docentes, pero la Iglesia consideró que era indispensable pertenecer a la Iglesia Católica para dar clases de doctrina católica.

La sentencia resume las características de esta especial relación laboral del siguiente modo: *"El verdadero empleador es el Ministerio de Educación y Cultura por ser el destinatario de los servicios que presta este personal, planifica, organiza y controla el trabajo, ejerce la potestad disciplinaria y son de su cargo todos los gastos que con ello se ocasionan y, sobre todo, es el obligado a remunerar al profesorado, pues si bien debe poner los fondos necesarios a disposición de la Conferencia Episcopal Española, la autoridad eclesiástica limita su intervención a la de simple pagador por cuenta de otro o distribuidor de los fondos recibidos. Además, la designación y el nombramiento de estos profesores se lleva a cabo por la autoridad docente del Estado, reservándose la jerarquía eclesiástica la única facultad de presentar los candidatos que considere más idóneos para impartir ésta enseñanza, pero quien realmente crea el vínculo jurídico es la Administración del Estado al efectuar la designación y el nombramiento de cada trabajador"*. Por otro lado, la sentencia no entra realmente a analizar la relación entre el cambio de convicciones religiosas de la trabajadora y la falta de propuesta del obispo para el curso académico siguiente.

3. EMPRESARIADO ÉTNICO

El fenómeno del empresariado étnico es un fenómeno social, económico y cultural que apareció tímidamente en España hace unos lustros, y no ha parado de evolucionar hasta ahora, tal y como lo ha hecho en otros países occidentales donde ha dejado su impronta el fenómeno migratorio. Las categorías jurídicas de "empresariado étnico" o "empresa étnica" no están recogidas aún por la normativa laboral, a pesar de que su realidad social es incontestable desde hace años, especialmente en las urbes más cosmopolitas como Madrid y Barcelona: que de este modo cada vez más se asemejan a otras grandes urbes

europeas en cuanto número y complejidad de los negocios étnicos²⁵³⁶. También el empresariado étnico está presente con mayor frecuencia en ciudades más pequeñas, conforme la migración se va desconcentrando y sus sujetos activos se asientan. No es de extrañar dicha falta de reconocimiento por el Derecho porque de momento es ante todo un fenómeno económico y cultural cuyo funcionamiento ha pasado desapercibido por su propia idiosincrasia; a menudo muy informal y discreta. Así pues, formalmente su tratamiento jurídico es exactamente el mismo que el de cualquier otra empresa. No obstante, en dicha tipología empresa concurren unas características distintivas que influirán probablemente en las relaciones laborales y, por ende, pueden provocar alguna diferenciación en la aplicación de la normativa laboral.

En lugar de estudiar el empresariado étnico como fenómeno de integración social, como mecanismo de supervivencia o progreso económico, o como palanca de promoción social o aspectos similares, todos ellos efectos positivos de gran interés y relevancia²⁵³⁷; no obstante aquí se analizarán las particularidades en relación al trabajo por cuenta ajena y las convicciones religiosas. No es menos cierto, que aunque algunos negocios explotados por empresarios étnicos optan por utilizar las figuras de las sociedades mercantiles al uso, muchos emprendedores deciden erigirse como emprendedores individuales (trabajadores autónomos) que a menudo prestan servicios codo con codo con sus trabajadores del mismo origen; con sus paisanos, muchas veces incluso provenientes de las mismas localidades o zona geográficas.

²⁵³⁶ "Las áreas metropolitanas de Madrid y Barcelona (y en concreto barrios de los centros históricos, como Lavapiés en Madrid y el Raval en Barcelona, ciudades-dormitorio situadas en la periferia de Madrid, o de Barcelona, como el Barrio de Fondo de Santa Coloma de Gramanet) empiezan a constituirse en mosaicos étnicos, al igual que sucediese con otras zonas metropolitanas de sólida tradición migratoria, tales como Ámsterdam, Berlín, Bruselas, Londres, Miami, Nueva York o París. Se trata de lugares donde los colores provenientes de remotos lugares del mundo se insertan en el bullicio del tráfico y el gris del asfalto, donde conviven sabores latinoamericanos, africanos, árabes y asiáticos mezclados con las tascas y pequeñas tiendas barceloneses y madrileñas. Carnicerías halal, teterías árabes, colmados al estilo latinoamericano, locutorios y centros de envío de dinero, tiendas de talla de madera, peluquerías senegalesas, comercio chino de venta de bolsos, ropa al por mayor, tiendas de regalos y las diversas transformaciones de las tiendas de todo a 100". AAVV: "Un campo de estudio para el empresariado étnico en España", en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pp. 13-14.

²⁵³⁷ El empresariado étnico no sólo es fuente de riqueza para el país, un elemento sintomático de la enorme pluralidad de la sociedad española y el origen de una gran dinamicidad cultural y social; sino que además se configura como un instrumento que debilita la discriminación existente respecto las minorías religiosas y les ayuda a adaptarse poco a poco al tejido social, y en especial al mercado laboral. En dicho sentido se ha afirmado con razón que "las economías étnicas permiten a los inmigrantes y a las minorías étnicas superar las desventajas y la exclusión, negociando los términos de su participación en el mercado laboral de la sociedad general desde una posición de fuerza relativa". LIGHT: "Economías étnicas", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., p. 41. Un ejemplo de sus beneficiosos efectos se ha constatado, por ejemplo, en el siguiente estudio empírico: "En las zonas de máxima concentración que disfrutamos en Madrid - como pueden ser los casos de estudio: Embajadores y Bellas Vistas - en ningún momento se observó una tendencia hacia la exclusión o la segregación, sino hacia todo lo contrario, la integración - si entendemos como integración todo proceso que tienda a igualar las condiciones de vida y de oportunidades de los recién llegados a la de los autóctonos y no como un «simple» proceso de inserción en un mercado laboral no deseado por los nacionales y de invisibilización en el resto del espacio urbano -". BUCKLEY IGLESIAS, Mónica: "Comercios y servicios de los inmigrantes en la Comunidad de Madrid: un enfoque geográfico", en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, p. 122.

Como se explicará en breve, en puridad no se trata de empresas de tendencia, aunque en algún momento lo puedan ser también. A la frecuentemente indisoluble tríada de cultura, religión e identidad; se une la de negocio y etnia. De este modo, ejemplos de negocios explotados por el empresariado étnico son los siguientes: carnicerías *halal*, tiendas de comestibles con productos de países exóticos, supermercados *kosher*, peluquerías regentadas por trabajadoras dominicanas donde se realizan peinados exóticos pero también al estilo europeo, teterías árabes, comercios de productos de artesanía, etc. Las variantes son muy diversas y sólo están limitadas por la capacidad de emprender de unos empresarios acostumbrados a adaptarse a las circunstancias de cada momento, normalmente adversas²⁵³⁸.

Se puede definir el concepto de "empresariado étnico" como aquel "*conjunto de actividades empresariales realizadas por personas pertenecientes a grupos étnicos, de origen migrante o no, y con una significativa, aunque no absoluta, dependencia del capital social proporcionado por los recursos étnicos. Entre éstos recursos podemos señalar: el valor de lealtad y la confianza, los lazos de solidaridad y reciprocidad, el empleo de coétnicos, la ayuda familiar, las facilidades de préstamo de dinero por parte de familiares, amigos y vecinos, la socialización étnica y lingüística en determinados valores y actitudes, así como el peso que juegan las tradiciones y estrategias económicas étnicas (a menudo vinculadas a los lugares de origen)*". El "empresariado étnico" como concepto, es el término utilizado mayoritariamente por investigadores de otros países, incluye las actividades comerciales que hagan personas no inmigrantes como los gitanos, y también encuadra a personas originalmente inmigrantes que por ejemplo podrían haber adquirido la nacionalidad española²⁵³⁹.

Como se puede advertir de la definición ofrecida, las empresas raramente serán empresas ideológicas, pero en todo caso tenderán a la contratación de nacionales del país de que se trate, pues cumplirán en principio con la mayoría de los perfiles requeridos: hablarán el idioma del país, conocerán a fondo sus costumbres y tradiciones, el producto que se vende habitualmente, cómo se consume (ritualismo y prescripciones alimentarias)... En pocas palabras, aunque no se trate en la mayoría de los casos de empresas ideológicas probablemente los trabajadores en plantilla tenderán a compartir las mismas características (étnicas, religiosas, culturales, lingüísticas, identitarias, etc.) que el empresario propietario del negocio; y, a su vez, en concordancia con el producto o servicio comercializado.

O visto desde un punto de vista jurídico - laboral, la prestación de servicios en dicho tipo de empresas, aunque no se trate en un caso concreto de una empresa de tendencia, requerirá de unos trabajadores con un perfil determinado, que incluirá fácilmente los

²⁵³⁸ Por ejemplo, en el Reino Unido, donde el empresariado étnico opera desde hace décadas, se ha constatado desde un punto de vista empírico las dificultades de las minorías étnicas a la hora de desarrollar sus proyectos empresariales. En dicho sentido *vid.* CLARK y DRINKWATER: *Ethnic minorities in the labour...*, *op. cit.*, pp. 18-32. En opinión de dichos autores: "*Although ethnic businesses often are reasonable successful, ethnic businesses are not without problems. Thus, low capitalisation of businesses, low profit margins and high competition in those segments of the market in which migrant business are most often found often results in both self-exploitation and exploitation of others, notably family members; and, in the case of non-family labour, employees are often employed irregularly. In addition, work in migrant businesses is often characterised by poor working conditions – long working hours, lack of leisure and lack of breaks during work*". AAVV: *Migrants, minorities...*, *op. cit.*, p. 37.

²⁵³⁹ AAVV: "Un campo de estudio...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, *op. cit.*, pp. 15-16, y p. 27.

rasgos étnicos y religiosos necesarios para poder prestar óptimamente los servicios contratados. Tal constatación provoca que tal tipología de prestación de servicios sea encuadrable en la mayoría de los casos (no en todos) en el supuesto del art. 4 de la Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Dicho precepto establece que, sin perjuicio del concepto de discriminación, los Estados miembros *"podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado"*²⁵⁴⁰. Pues bien, en el caso del empresariado étnico, frecuentemente las características derivadas del origen racial y étnico de los trabajadores constituyen un requisito profesional esencial y determinante.

De este modo, es evidente que el factor étnico es relevante, por definición, en relación al empresariado étnico²⁵⁴¹; pero a veces constituirá un requisito para prestar servicios, y otras veces no, para dicha tipología de empresarios. Ahora bien, como se ha tenido ocasión de examinar, especialmente al tratar de la tutela antidiscriminatoria, etnia, cultura, lengua y religión van unidas en un gran número de ocasiones. Pero dando un paso más respecto a tal hecho incontrovertido, a los efectos jurídico-laborales lo que resulta fundamental es que el factor religioso en ocasiones será asimismo un requisito esencial para poder prestar servicios en una empresa operada por el empresariado étnico.

De hecho, si se analiza la geografía de las ciudades españolas, como ocurre en otros países muchos negocios en los cuales el factor étnico es relevante se concentran en determinadas zonas que les son más propicias (bajos alquileres, proximidad de los proveedores, facilidad de acceso a la mano de obra del mismo origen...); una concentraciones de proyectos empresariales que pueden denominarse enclaves

²⁵⁴⁰ En relación al art. 4 de la Directiva 2000/43/CE se ha dejado dicho lo siguiente: *"El art. 4 instituye un sutil, bien que confuso, marco jurídico cuyo objetivo es contener, dentro de límites razonables, el margen de actuación de los Estados miembros para introducir regímenes singulares que alteren, respecto de las empresas de tendencia, los principios generales de igualdad de trato y no discriminación"*. VALDÉS DAL-RÉ: "Libertad religiosa...", en AAVV: *Las transformaciones del derecho...*, op. cit., p. 573. Ahora bien, como se verá, las empresas étnicas se encuadran fácilmente en este supuesto de hecho, pero no serán necesariamente empresas de tendencia.

²⁵⁴¹ El "factor étnico" siempre ha sido un fenómeno complejo de estudio para todas las ciencias sociales (antropología, sociología...), y para el Derecho no constituye una excepción: *"Los «grupos étnicos» no son compartimentos estancos, realidades objetivas, «puras» y claramente separables por las fronteras del concepto, sino simples categorías que se utilizan para orientarse en una realidad cultural y grupal compleja; el concepto de «etnia» aparece precisamente como rasgo identificativo en un momento histórico en el que distintos rasgos culturales de orígenes diversos se encuentran en contacto y por esta razón existe un mayor o menor grado de mezcolanza. Así por ejemplo, un trabajador africano podría resultar discriminado en una empresa «étnica» por percibirse como excesivamente asimilado a la cultura dominante y al mismo tiempo en una empresa típica por identificarse como perteneciente a una cultura ajena (siempre con independencia de la propia percepción del individuo acerca de su identidad étnica)"*. ÁLVAREZ DE CUVILLO: "Géneros o categorías humanas...", en AAVV: *La igualdad ante la ley...*, op. cit., pp. 97-98.

étnicos²⁵⁴². Dichos enclaves étnicos no tienen que coincidir necesariamente con las zonas de residencia con mayor afluencia de población inmigrante, pero a veces es así, porque tales inmigrantes no sólo nutren al empresariado étnico y sus trabajadores, con los que establecen estrechos lazos de solidaridad, sino que en muchas ocasiones las zonas elegidas forman parte de la zona donde residen los consumidores potenciales de sus productos y servicios.

Como se ha advertido, el empresariado étnico explota una tipología de negocios muy amplia, a veces se trata de negocios puramente étnicos, a veces no. En algunos negocios será relevante el factor religioso como requisito objetivo para prestar servicios y en otros no. Y de los negocios donde el factor religioso resultará relevante, dicho elemento tendrá diversos grados de incidencia. Por ejemplo un supermercado que comercializa productos convencionales, aunque esté regido, por ejemplo, por nacionales del Paquistán que reúnan los requisitos comentados para poderse calificar como empresarios étnicos, el factor religioso será nulo. Cualquier trabajador, tenga el origen que tenga, o profese la religión que profese, podrá prestar servicios en tal negocio; y de hecho, no es infrecuente encontrar trabajadores nacionales prestando servicios en negocios explotados por empresarios étnicos²⁵⁴³. No hay que limitar el fenómeno del empresariado étnico a aquel que se dedica simplemente a comercializar productos exóticos, pues un gran buen número de negocios étnicos se dirigen al público local, que no tiene que ser necesariamente coétnico, y venden productos muy convencionales²⁵⁴⁴.

²⁵⁴² "Los denominados enclaves étnicos o enclaves inmigrantes hacen referencia a grupos de inmigrantes concentrados espacialmente que organizan una variedad de empresas. En ellos, no sólo los propietarios de las empresas son inmigrantes sino que la fuerza laboral en una gran proporción es también inmigrante, siendo la etnicidad común entre empleado-empendedor (la coetnicidad) un elemento clave para el progreso económico de estas empresas. El origen común lleva a establecer una relación laboral con un significado recíproco donde se desarrolla una solidaridad étnica entre empleado y empleador. Los inmigrantes en el mercado laboral enclave obtienen ingresos similares a los profesionales inmigrantes en el mercado laboral primario y la base de su éxito económico está en la solidaridad étnica". HERRANZ GÓMEZ: "La formación de empresariado...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., p. 75. Sobre el dinámico fenómeno de los enclaves étnicos puede consultarse asimismo RODRÍGUEZ, Lorenzo: *La «España inmigrante»...*, op. cit., pp. 228-230.

²⁵⁴³ Por ejemplo, tal fenómeno ha sido advertido en un estudio empírico realizado en Barcelona: "La movilización de recursos, tanto humanos como materiales de que disponen estos comerciantes-empresarios, pueden expresarse a través de la explotación de las redes sociales étnicas (tanto en la contratación de la mano de obra, como en el aprovisionamiento, incluso en la publicidad) o desarrollando negocios familiares que cuenten con la participación de diferentes miembros del grupo familiar extenso. Los negocios y comercios regentados por extranjeros acostumbra a tener mano de obra del mismo origen, a pesar de que hemos podido localizar algunos establecimientos que también están contratando mano de obra autóctona". MORERAS, Jordi: "Iniciativas comerciales inmigrantes en un contexto urbano en transformación: el caso de Ciutat Vella (Barcelona)", en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, p. 134.

²⁵⁴⁴ Así, por los estudios de esta tipología de negocios se ha advertido un error común respecto al empresariado étnico: "El de asociarlo exclusivamente al comercio étnico, que hace referencia a la venta de productos exóticos y/o procedentes de sus lugares de origen, para el caso de los inmigrantes; o a los distintos negocios y empresas de servicios destinados a una clientela coétnica. Sin duda, una parte del empresariado étnico se alinea con las actividades anteriores que redundan, en un sentido u otro, con la propia etnicidad mercantilizada, pues lo que venden es lo «étnico», desde la artesanía a comida en el primer caso, y desde peluquerías a carnicerías halal, por ejemplo, en el segundo. No obstante, la mayor parte de los empresarios étnicos y/o inmigrantes han insertado y desarrollado empresas en sectores destinados fundamentalmente a la sociedad en general. En ocasiones, estos sectores tienen una relación directa con sus

Se ha podido constatar que cuando el empresario étnico lleva mucho tiempo asentado en el país, y su negocio se ha ido desarrollando satisfactoriamente, de forma habitual acaba "abriéndose" a todo tipo de público, comercio bienes y servicios totalmente ordinarios, y contrata personal del país²⁵⁴⁵. Es más, incluso es habitual que muchas prescripciones religiosas se relajen en beneficio de abarcar un público más extenso, por lo que no es extraño constatar que, por ejemplo, unos comerciantes pakistaníes vendan alcohol o carne de cerdo entre los productos ofrecidos en sus negocios²⁵⁴⁶. Ahora bien, no es menos cierto que a los efectos jurídicos-laborales la tipología más interesante y que plantea más retos jurídicos es precisamente el negocio puramente étnico.

De este modo, en otra tipología de negocios explotados por el empresariado étnico sí será necesario que para prestar servicios los trabajadores o bien profesen directamente unas determinadas convicciones religiosas, o como mínimo tengan un conocimiento muy alto de dichas convicciones religiosas. Los ejemplos más claros son las carnicerías que venden carne *halal* o los comercios que venden productos *kosher*. Sólo unos trabajadores que profesen las convicciones religiosas, en este ejemplo o bien musulmanas o bienes judías, podrá prestar óptimamente los servicios. En un ejemplo de laboratorio, y si no hay ninguna prescripción religiosa que preceptúe lo contrario en el supuesto concreto, en esta tipología de negocios como alternativa podría prestar servicios una persona que conociera profundamente la cultura del ámbito en que

*conocimientos, habilidades y destrezas biculturales o multiculturales, como el comercio internacional donde se movilizan todo tipo de productos y mercancías, y no necesaria ni exclusivamente las «étnicas». La venta ambulante, donde siempre estuvieron presente, y el pequeño comercio, donde cada vez lo están más. es fundamentalmente de alimentos, así como de productos y mercancías de ámbito general: colmados, pequeños supermercados, fruterías, zapaterías, tiendas de bolsos, tiendas de ropa, tiendas de regalos, floristerías, joyerías, etc. Bares de toda la vida están siendo traspasados a empresarios inmigrantes, manteniendo su habitual clientela. Pero los inmigrantes también están entrando en el sector industrial, como en la confección de ropa, siendo dueños y trabajadores de muchos talleres. O en la construcción, en servicios de limpieza, con pequeñas empresas que se ofrecen a quien los desee contratar. Incluso en la agricultura se nota su presencia empresarial, por no hablar del pujante sector inmobiliario, que no cesa de atraer su capital e iniciativas empresariales". AAVV: "Un campo de estudio...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., p. 27.*

²⁵⁴⁵ "En poco tiempo los comercios tienden a hacerse «mixtos» en cuanto a la clientela y los autóctonos suelen hacer uso de los diferentes servicios ofrecidos y comprar en ellos. Lo más significativo es la adopción de nuevos productos por parte de los comercios tradicionales que todavía se mantienen. Efectivamente, es muy frecuente encontrar tanto en los pequeños comercios tradicionales que todavía subsisten como en las grandes superficies de nueva creación toda una serie de productos «exóticos» para satisfacer el consumo de los extranjeros. Además, en muchas tiendas se emplea a jóvenes españoles del barrio". BUCKLEY IGLESIAS: "Comercios y servicios...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., p. 120. En el caso de Almería se ha corroborado que en la economía étnica en un 72,8% de ocasiones, incluyendo los empleados que tienen contrato y los que no, los empresarios recurren a los trabajadores de su propia comunidad étnica para que trabajen en sus negocios. ARJONA GARRIDO: "Emprendedores étnicos en Almería...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., p. 173. Si se analizan los datos en el ámbito estatal y para el caso de las empresarias étnicas, se concluye que dos terceras partes (66%) de las inmigrantes por cuenta propia tienen asalariados a su cargo. El 97% de ellas tienen menos de diez asalariados y el 65% menos de cinco. De los asalariados, más de la mitad es de origen extranjero. En más de la mitad de las actividades con asalariados (56%) todas las personas contratadas son inmigrantes, por lo que se trata de empresas monoétnicas, en este caso el tamaño empresarial es todavía más reducido; el 52% tiene uno o dos asalariados y el 79% menos de cinco. PEREDA: "Trabajadoras inmigrantes por cuenta propia...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., p. 203.

²⁵⁴⁶ MORERAS: "Iniciativas comerciales inmigrantes...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., pp. 132-133.

habitualmente se comercializa el producto; que tuviera unos conocimientos religiosos y lingüísticos igualmente altos como para dominar a fondo la idiosincrasia del servicio que se provee o el producto que se vende; y que se comporte de manera que a los clientes de dichos negocios les resulte mínimamente aceptable. Al margen de ejemplos meramente teóricos y alejados de la realidad, y suponiendo que tampoco concorra algún precepto religioso que obligue que quien trate dichos productos (en muchos casos elementos clave en una confesión religiosa determinada) sea necesariamente un creyente; en la práctica la persona más adecuada para prestar los servicios será alguien étnica, cultural, lingüística y religiosamente apto para para ello.

Otro ejemplo al respecto son aquellas empresas creadas por el empresariado étnico que aprovechan los contactos y profundos conocimientos de forma simultánea en relación a dos países de culturas diferentes, el de origen y el de adopción. De este modo, esta tipología de empresas son muy competentes y aptas para permitir los intercambios económicos entre dos sociedades completamente diferentes (intercambios económicos transculturales), pues si no fueran tan distintas entre sí su potencialidad como negocio decaería proporcionalmente según el menor grado de distinción (si para una empresa le es fácil operar desde España respecto a Francia, le es mucho más difícil y le resulta menos eficiente operar respecto a un país culturalmente muy diferente, por ejemplo China). Imagínese una empresa de importación y exportación que opera desde España en contacto con países tales como Arabia Saudí o Emiratos Árabes Unidos. En tal caso es evidente que los trabajadores que presten servicios allí deberán poseer una competencia cultural completa, incluida la religiosa, para poder tratar óptimamente con sociedades tan marcadas por la religión. El trabajador ideal deberá ser étnica, cultural, lingüístico y religiosamente apto para prestar servicios en una compañía tan específica²⁵⁴⁷. Unas características que nos retrotraen en el tiempo a figuras del perfil de RAMÓN LLULL, que debían ser culturalmente competentes para tratar e interactuar correctamente en sociedades de idiosincrasias muy dispares. Si antaño la finalidad era religiosa, a los presentes efectos es relevante la función económica en un mundo cada vez más globalizado.

Otra muestra del rol que juega la religión en las actividades económicas es también muy cercana, pues hay que señalar que muchos trabajadores autónomos senegaleses o emprendedores presentes en España son *murides*, popularmente llamados *móodu-móodu*, miembros de una cofradía musulmana (*tariqa*)²⁵⁴⁸. Es un ejemplo de cómo a veces las estructuras de otras sociedades diferentes a la española, donde economía y religión operan al unísono, son trasladadas tal cual aquí gracias al fenómeno migratorio.

Por tales razones, en el supuesto de las empresas étnicas en las cuales sea necesario el requisito religioso del candidato que ha de prestar servicios en ellas, debe tenerse en

²⁵⁴⁷ En los países angloparlantes dicha tipología de empresas son más habituales por razones prácticas: "En los países angloparlantes, que son de un tremendo monolingüismo, las empresas de los inmigrantes bilingües y biculturales mantienen las exportaciones cuya comercialización y venta depende del dominio de lenguas extranjeras y de conocimientos culturales". LIGHT: "Economías étnicas", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., p. 56. A lo largo de la historia se ha podido comprobar la relevancia de las competencias culturales (y religiosas) en el tráfico económico transcultural.

²⁵⁴⁸ Sobre esta especial relación entre etnicidad, religión y tráfico comercial puede examinarse: CRESPO UBERO, Rafael: "Los «móodu-móodu» y su impacto en la sociedad de origen", en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pp. 249-261.

cuenta el contenido del art. 1.2 del Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación de 1958 que establece que "*las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación*". A su vez, como transposición del art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, el art. 34.2 de la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social afirma que las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona "*no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado*".

Al ser de aplicación dicha normativa, la empresa étnica en la que sea relevante el hecho religioso, al igual que la empresa de tendencia, a la hora de contratar a una persona podrá indagar sobre sus creencias, unas creencias que, si el negocio lo requiere, deberán mantenerse a lo largo de la relación laboral.

El jurista podría preguntarse legítimamente si entonces se está ante una empresa ideológica o de tendencia. Y la respuesta, nada fácil, debería ser negativa. Ello sin descartarse que en algún caso concreto sí lo puedan llegar a ser (por ejemplo, una asociación religiosa musulmana decide gestionar una carnicería *halal* no con el fin de obtener beneficios, sino con el exclusivo objetivo de que los creyentes puedan cumplir con sus obligaciones religiosas, en definitiva para sustentar dicha religión). Pero como regla general el negocio étnico, a diferencia de las empresas de tendencia, no son titularidad de ninguna confesión religiosa, ni de forma directa ni instrumental. Asimismo, se trata de empresas y negocios que operan en el mercado con una única finalidad, obtener el lucro que busca cualquier otra empresa. Así, colocan en el mercado productos y servicios que, desde un punto de vista económico, son productos más o menos convencionales.

Se insiste, dicha "convencionalidad" lo es desde el prisma económico, pues obviamente el empresariado étnico comercializa a menudo productos muy específicos, como son especias exóticas, alimentos de un determinado país, o incluso, en los casos más extremos, comida tratada y manipulada desde un punto de vista religioso. No obstante, cuando se habla de convencionalidad aquí se refiere a que la empresa explotada por el empresariado étnico no tiene por finalidad o actividad principal, ni muchos menos, difundir o sostener un determinado credo religioso. Es más, cuando un comercio *halal* o de productos *kosher* vende sus productos, su principal finalidad es obtener beneficios, como cualquier otro negocio; aunque obviamente se compartirán las creencias religiosas (en un país musulmán un carnicería *halal* no tiene ninguna particularidad respecto otros tipo de negocios)²⁵⁴⁹. La particularidad es que el hecho religioso está allí mucho más presente

²⁵⁴⁹ Dicha finalidad de ganarse la vida es la que ha provocado la proliferación de las carnicerías *halal*, especialmente en Cataluña: "*La proliferación de carnicerías halal en Barcelona, y en otras ciudades, acompaña el proceso de configuración comunitaria de los colectivos musulmanes, y es fruto de iniciativas comerciales individuales que pretenden, no obstante, satisfacer una demanda específica que tiene un componente religioso, aunque también cultural, ofreciendo un servicio al colectivo. Cumplir con las prescripciones dietéticas islámicas en un contexto social no-musulmán, resulta hoy más fácil que hace veinte años. La primera carnicería halal de Barcelona se situó en el barrio del Raval, en concreto en la Calle Arc de Sant Agustí, inaugurada en 1983 por un comerciante pakistaní. En los siguientes cinco años se abrieron otras cinco en la ciudad, cuatro de ellas en el mismo Raval. Hoy en día, la cifra alcanza a veintidós, quince de ellas en el Raval,*

que en otro negocio convencional. En España ha sido tradicional que existan negocios que vendan estampas, figuras o simbología religiosa católica, y no por la tipología de dicha actividad y la peculiaridad de los productos comerciados pueden ser considerados como empresas de tendencia.

Así, no es ni mucho menos casual que tanto los comercios de productos *halal* o *kosher*, como los tradicionales de venta de productos católicos, se encuentren habitualmente cerca de templos o asociaciones religiosas, pues es en dicha zona de paso obligado para los creyentes donde encontrarán sus consumidores potenciales²⁵⁵⁰. Pero obviamente cada uno tiene su propio espacio, cumple con su rol particular y están diferenciados. Es más, en el caso de las carnicerías *halal* no sólo se venden productos *halal*, sino otros productos que nada tienen que ver con las obligaciones religiosas de los creyentes²⁵⁵¹.

En todo caso, es relevante no confundir el hecho de que la religión sea un requisito necesario para prestar servicios, con el hecho de que los propietarios del negocio sean fervorosos creyentes y pretendan que sus trabajadores también lo sean. Sobre dicho

*cuatro en el Casc Antic, dos en el Gòtic y una en la Barceloneta. Doce son gestionadas por pakistaníes, seis por marroquíes y tres por argelinos. Los mataderos que proveen estos establecimientos son los de Mercabarna, Sabadell o Castellbisbal, en donde trabaja personal musulmán que garantiza que el sacrificio se haga según el rito musulmán. La rápida proliferación de estos locales muestra los primeros indicadores de competencia ante una oferta que probablemente supera la demanda existente". MORERAS: "Iniciativas comerciales...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., p. 147. En idéntico sentido en el caso de la comunidad marroquí en Cataluña: "En el marco de la comunidad empresarial marroquí presente en Cataluña se establece una diferenciación social que responde a un abanico que va desde los empresarios que han podido conseguir una tienda, hasta aquellos que con una simple tela prueban la estrategia de vendedor ambulante. El consumo de productos étnicos, por parte de la comunidad inmigrante, ha dado pie, al igual que en el caso de los dominicanos en Madrid, a la extensión de negocios étnicos por toda la geografía catalana, como las carnicerías *halal* (...). Al igual que en el caso de las peluquerías dominicanas, este tipo de negocios surgieron de las necesidades específicas del colectivo de inmigrantes". OSO CASAS y RIBAS MATEOS: "Empresariado étnico y relaciones de género...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., p. 219. En el caso de Almería: "Las actividades empresariales desarrolladas destacan por su complementariedad y diversidad de los servicios prestados. Los productos o el servicio ofertado en los negocios son fundamentales para explicar el posterior éxito de las empresas. Normalmente éstas tratan de solventar, por un lado, las necesidades no cubiertas por otros negocios ya establecidos y controlados por autóctonos, como puede ser la carne *halal*, por otro, la facilidad de convertirse en espacios de contacto y reunión con su coétnicos". ARJONA GARRIDO: "Emprendedores étnicos...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, p. 170.*

²⁵⁵⁰ En un estudio empírico en la Comunidad de Madrid se ha constatado tal proximidad respecto a la población musulmana: "Una de las peculiaridades del comercio al por menor alimentario y de la hostelería de este grupo es que - salvo algunos restaurantes de tipo exótico dirigidos al grueso de la población - tiene sus destinatarios en la misma población árabe, dados sus particulares patrones alimenticios derivados de sus costumbres culturales y religiosas (carne y productos en general *halal*). Este tipo de establecimientos se localiza, por tanto, bien donde existen mayores concentraciones de población residente que demanda estos productos, bien donde se ubican servicios a los que acuden a diario o con frecuencia (mezquitas, centros culturales islámicos y baños)". BUCKLEY IGLESIAS: "Comercios y servicios...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., p. 111. Asimismo, se insiste en la idea en p. 119.

²⁵⁵¹ Sólo en el distrito de Ciuta Vella en Barcelona en el año 2006 se contaban veintidós comercios *halal*: "Un tipo de actividad comercial específica, como es el de las carnicerías *halal* (en donde no sólo se venden productos cárnicos elaborados según la tradición islámica, sino también otros productos, alimenticios o no), ha proliferado de manera notable en Ciutat Vella, con un total de 22 establecimientos, doce de ellos regentados por paquistaníes, seis por marroquíes y tres por argelinos". MORERAS: "Iniciativas comerciales inmigrantes...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., p. 143.

fenómeno ya se ha hablado al tratar de las empresas de tendencia, a la hora de diferenciarlos de los negocios en que sus propietarios y dirigentes se guían en su actividad económica por un *ethos* religioso. A efectos laborales lo relevante es que la religión sea un requisito indispensable para prestar servicios, sólo así el empresario no incurrirá en discriminación si pretende contratar personas de una determinada confesión religiosa, y sólo de dicha confesión. Obviamente pueden guiar su negocios mediante los principios que entienda más adecuados, de acuerdo con el derecho a la libertad de empresa, pero siempre con el respeto del derecho a la libertad religiosa de los empleados y sin incurrir en conductas discriminatorias, ámbito en el que no sería de aplicación la exención del art. 34.2 de la ley 62/2003 en cuanto al factor religioso.

Así, no es inhabitual que muchos empresarios étnicos musulmanes que regenten bares y restaurantes no ofrezcan bebidas alcohólicas, ni sirvan comidas que incluyan carne de animales considerados impuros, como es el cerdo²⁵⁵²; aunque abiertos a todo tipo de públicos, muchos de sus clientes habituales serán asimismo paisanos. Pero no por dicha razón los trabajadores que presten servicios en dichos negocios deberán compartir las convicciones religiosas de sus empleadores.

²⁵⁵² En un estudio realizado en Barcelona se ha constatado tal fenómeno: "*Los bares y restaurantes se convierten en espacios sociales de relación y encuentro para el colectivo inmigrante. La mayoría de ellos son adquiridos por traspaso de sus anteriores propietarios, y conservan su estructura, e incluso su clientela, original. No en todos ellos, y eso depende del origen y voluntad del propietario, sirven bebidas alcohólicas y algunos se convierten en cafeterías donde el alcohol es sustituido por el café, el té o los refrescos. En ocasiones los bares también ofrecen menús económicos que, si regentados por marroquíes, argelinos o pakistaníes, procuran cumplir las prescripciones islámicas y no ofrecen platos preparados con derivados del cerdo*". MORERAS: "Iniciativas comerciales inmigrantes...", en AAVV: *Empresariado étnico...*, op. cit., pp. 146.

CONCLUSIONES

- I. El concepto de libertad religiosa es un producto histórico, modelado durante la historia de la humanidad. El origen moderno del concepto de libertad religiosa se puede situar al final de las denominadas “guerras de religión” que asolaron Europa. Los derechos humanos, al tratarse asimismo de un producto humano, como tales han estado siempre sometidos a las limitaciones y circunstancias conexas al devenir asimismo humano.
- II. En la Antigüedad prevaleció la tolerancia religiosa, excepto en aquellos momentos en que se consideraba que estaba peligro el orden político. Los antecedentes de la libertad religiosa se pueden situar en el mundo antiguo, unos antecedentes que posibilitaron la posterior creación y desarrollo paulatino del concepto en la Ilustración y cuya configuración ha dado como resultado la libertad religiosa que hoy en día se puede identificar en la gran mayoría de los Estados que conforman la Europa occidental. En el mundo antiguo son precedentes de la libertad religiosa el estoicismo romano o la obra de TERTULIANO.
- III. La tolerancia religiosa debe diferenciarse de la libertad religiosa. Aunque posee características comunes, constituye un *prius* lógico desde un punto de vista conceptual e histórico; es el antecedente de la libertad religiosa. La libertad religiosa eclosionó en la Modernidad, en diferentes momentos y lugares, como consecuencia de la lucha de las diversos movimientos y pensadores disidentes que pusieran en entredicho cualquier tipo de ortodoxia. De las múltiples disidencias o formas de entender el fenómeno religioso (anabaptistas, antitrinitarios, arrianos, etc.), rechazados por todas las ortodoxias de un bando y otro, surgieron las posiciones intelectuales a favor de la libertad religiosa.
- IV. La Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América consta de dos cláusulas diferenciadas, pero íntimamente relacionadas. La denominada “*Establishment clause*” (en cuyo seno hay que situar la tesis controvertida y tradicional sobre la “*wall of separation*” jeffersoniana que debe mediar entre Iglesia y Estado), también conocida como cláusula de separación estricta; y la “*Free exercise clause*”, que se corresponde con el derecho al libre ejercicio de la libertad religiosa y el pluralismo religioso. La tensa relación entre las dos cláusulas ha sido siempre una cuestión discutida en la doctrina jurisprudencial y de los autores en los Estados Unidos; y dicha controversia jurídica continúa aún en la actualidad.
- V. Existe una clara relación entre la pluralidad religiosa existente en la fundación de un Estado y el mayor desarrollo posterior de la libertad religiosa. Como casos paradigmáticos se pueden citar la antigua Roma, o, ya en la Modernidad, el Imperio Otomano, la creación de Holanda o la génesis de los Estados Unidos de América. Las minorías religiosas de dichos países, a su vez, han contribuido a un mayor fortalecimiento de la libertad religiosa. Asimismo, parece existir una relación directa entre pluralidad religiosa, libertad religiosa y desarrollo económico y civilizatorio (ciencia, artes...). Por el contrario, la Modernidad en España se caracteriza por un intento de homogeneizar *de facto* la población del país, pero también desde un punto de vista ideológico y religioso. Por tal razón, las élites en el poder se esforzaron por evitar toda influencia derivada de la Reforma, del

humanismo, de la Revolución Francesa o de la Ilustración; y cuando no se pudo evitar, se optó por la represión. Se opta por mantener a ultranza el monopolio de la Iglesia Católica.

- VI.** El constitucionalismo español se caracteriza por su inestabilidad, reflejo directo de la inestabilidad ideológica y social. Por tal razón se han promulgado en España ocho textos constitucionales hasta 1978. No obstante, dicha inestabilidad en el ámbito político se convierte en estabilidad en cuanto a la intransigencia frente a la libertad religiosa. La vigencia de los preceptos más avanzados y tendentes a la libertad religiosa o bien fue nula, o de aplicación escasa en el tiempo; por lo que España ha permanecido hasta la actual Constitución en un confesionalismo regido por la Iglesia Católica.
- VII.** El art. 16 de la Constitución regula de forma amplia y omnicomprendensiva la libertad de pensamiento, o de conciencia para algunos autores. Pero en todo caso es claro que no se limita a regular la libertad religiosa. Se regula la libertad de creer en una divinidad, como la libertad de no creer en ninguna. La Constitución no reconoce una mera tolerancia religiosa, como había ocurrido con otras constituciones españolas, sino que reconoce una verdadera libertad religiosa desde una posición de neutralidad, que no indiferencia ante el fenómeno religioso. El derecho a la libertad religiosa es el derecho de las personas a que puedan adoptar, mantener y expresar las ideas, doctrinas, creencias y convicciones propias de las diversas concepciones sobre Dios (o dioses), el origen y gobierno del universo, así como sobre lo que espera a las personas después de la muerte, incluyendo cultos y ritos relacionados con estas creencias. El derecho a la libertad religiosa parte de una concepción o definición funcional del fenómeno religioso, no sustantivo, que habrá de ser interpretada según cada momento y lugar, pues se trata de una realidad cambiante. Una concepción sustantiva sería aquella bajo la cual para que se entendiera afectado el derecho a la libertad religiosa partiría de analizar si la persona concreta basa su conducta en una doctrina religiosa concreta o por la creencia en una determinada deidad. En cambio, una concepción funcional parte de examinar qué función cumplen las ideas del sujeto en su vida, se analiza cuál es la postura vital del individuo concreto. Según la función que cumplan no se estará hablando de meras ideas, opiniones u ocurrencias, sino de convicciones o valores últimos, sobre los cuales el sujeto construye su existencia.
- VIII.** No ha de confundirse la presión familiar, la educación recibida, el peso de la tradición en un contexto concreto o la falta de libertad religiosa en un momento dado con el hecho de que sostener genuinamente (no sólo formalmente, aparentemente) unas convicciones religiosas haya de ser fruto necesariamente de un decisión individual. Nadie cree nada a la fuerza. Desde un punto de vista empírico, pero sobre todo jurídico, ha de descartarse todo prisma determinista y optar por afirmar que la pertenencia a una religión es una opción personal, no predeterminada, fruto de la autonomía de las personas garantizada por los ordenamientos jurídicos democráticos; así como el hecho de seguir sosteniendo durante el tiempo determinadas convicciones religiosas, pues el derecho a la libertad religiosa garantiza precisamente la posibilidad de cambiar dichas convicciones de forma libre y cuando se desee. Si la adscripción, la permanencia o el cambio no se ejercitan en condiciones de libertad, incluso de forma independiente de las concretas normas o de la ortodoxia defendida por una institución religiosa determinada, simplemente se hablará de una vulneración del derecho a la libertad religiosa; no de la existencia de un determinismo natural o social. De otra forma, no tendría sentido ni hablar de libertad individual, ni de la voluntad humana, e incluso se debería revisar los conceptos de responsabilidad o de imputación de culpas. En el caso de los menores de edad la cuestión siempre

es más problemática por razón de su especial vulnerabilidad y por la concurrencia de los intereses de los progenitores. Cuanto más secularizada y pluralista es una sociedad, como es el caso de la sociedad española, y a ello se añade la plena vigencia del derecho a la libertad religiosa, la profesión de una creencia religiosa o la no profesión de creencia alguna pasa a ser en mayor grado una cuestión de elección u opción personales.

- IX.** España no es en la actualidad un país, si es que lo fue en algún momento, étnica, cultural y religiosamente homogéneo. En gran medida dicha pluralidad es consecuencia de que en los años ochenta del siglo XX, los países del sur, entre ellos España, empezaron a convertirse en países receptores de inmigrantes y, por lo tanto, a tener saldos migratorios positivos. El homogéneo centro de trabajo en el momento que se llevó a cabo la Transición política o entró en vigor la Constitución y posteriormente el Estatuto de los Trabajadores, es bastante diferente del heterogéneo, en muchos sentidos no sólo el religioso, centro de trabajo español del siglo XXI. Con toda probabilidad seguirán llegando a España trabajadores/as inmigrantes en los próximos años, muchos de ellos con creencias religiosas muy dispares, según los ciclos económicos de bonanza y crisis económica por los que transite el país. La Unión Europea y en especial España necesita de la llegada constante de inmigrantes, como mínimo para cubrir sus necesidades demográficas y económicas, más allá de otros ámbitos para los cuales la movilidad de poblaciones es siempre beneficiosa, como en el ámbito científico, cultural, deportivo, etc., ámbitos que, al fin y al cabo terminan, revirtiendo en el desarrollo económico del país; incluido el sostenimiento del Estado del bienestar. A estas alturas del siglo XXI es fácilmente constatable que aquel proceso secularizador que nació en el seno de la Ilustración, que elevó la incompatibilidad entre razón y religión al grado de dogma, no ha erradicado la religión en las sociedades occidentales en la era postmoderna. Si bien la secularización ha provocado en España estragos en las actitudes religiosas (católicas fundamentalmente), existe cierto resurgimiento de otras religiones, también en los centros de trabajo.
- X.** El Derecho del Trabajo de la postmodernidad ha de ser diseñado y entenderse como un instrumento, más que de integración, de inclusión, de diálogo, que ayude a resolver el rompecabezas en que se ha convertido la multiculturalidad. La inclusión se produciría por tratarse de un Derecho religiosamente neutro desde el punto de vista formal en cuanto a sus preceptos, pero materialmente garantista de las convicciones de cada cual, que evitara así discriminaciones. Un Derecho respetuoso con la visión del mundo de cada trabajador/a, su personalísima cosmovisión, siempre y cuando dicha óptica vital respete el derecho de los demás trabajadores/as; y también, no se olvide, de los empresarios/as. Dicho conceptualización sería la que se ajustaría a un Estado social y democrático de Derecho, y obligaría al legislador y a los intérpretes de la ley a conceptualizar el Derecho del Trabajo como un instrumento que garantizaría que el derecho a la libertad religiosa se desplegara de forma natural en el seno de la relación laboral, sin renuncia a la identidad propia, con unos límites inevitables como son la convivencia, el respeto de los derechos, especialmente los humanos, de los demás y la prohibición de discriminación. Cada vez más el puesto de trabajo en una empresa privada forma parte de la esfera pública, que no ha de confundirse con el ámbito político tal y como se interpretaba en tiempos del liberalismo clásico, y en él el/la trabajador/a-ciudadano/a no sólo sigue siendo ciudadano/a y ejerce sus derechos fundamentales, sino que se forma como ciudadano/a. A las funciones originales del Derecho del Trabajo, ha de añadirse la de contribuir a borrar las fronteras entre personas de diferentes culturas, ya sean de nacionalidad española, ya sean recién llegados al país; sin eliminar la identidad propia, construir una identidad común que se superponga al resto de identidades

existentes y que no obste a su subsistencia. El Derecho del Trabajo ha de permitir que el/la trabajador/a con creencias religiosas, minoritarias o no, pueda ser contratado y sea posicionado de forma óptima para ejecutar el contrato de trabajo sin más obstáculos que el de cualquier otra persona en su misma situación, sin que el hecho de sostener dichas creencias sea un gravamen que condicione su contratación, promoción profesional, cuantía salarial a percibir, o extinción contractual. Sin trabajo en igualdad, con respeto de la conciencia, religiosa o no, no puede existir inclusión social. El excluido ha de poder ser fiel a su conciencia en todos los ámbitos en los que interactúa socialmente, no sólo en su domicilio o en el templo. El Derecho del Trabajo debe contribuir a que los/las trabajadores/as con creencias religiosas, sin renunciar a sus identidades particulares, puedan compartir una identidad común con el resto de trabajadores/as que no posean dichas creencias (que siguiendo sus propios caminos converjan en un mismo lugar); una identidad superadora de la actual identidad ligada a un concepto de ciudadanía desfasado y excluyente, basado en la sangre, en la pertenencia a una religión mayoritaria, a la titularidad de una nacionalidad, a ser de una etnia concreta o similar. Es menester que permita que se desarrolle la relación laboral con total garantía del ejercicio de libertad religiosa y con prohibición absoluta de discriminación alguna por razón de las creencias religiosas que se profesen. En lo posible debe intentar que las obligaciones jurídico-laborales y las religiosas converjan, o como mínimo no friccionen.

- XI.** El/la trabajador/a de creencias religiosas minoritarias tiene un plus de "contraprestación", de obligación adicional para ver reconocido su derecho a la libertad religiosa: ha de optar primero y adherirse después al respeto de unos valores mínimos, incorporados al Derecho positivo, compartidos por el conjunto de la sociedad en la que se inserta y respecto a la cual se sustentará una identidad igualmente compartida por todos: por dichos trabajadores/as de creencias minoritarias y por el resto de trabajadores/as. Así, el pluralismo cultural deja de ser un problema para convertirse en un elemento social positivo, aglutinador, una ventaja que puede ser aprovechada y no un lastre, que conlleva un efecto cohesionador y no disgregador. Por otro lado, el ordenamiento jurídico debe tomar partido por unos valores que determinen, aunque sea mínimamente, lo que se considera deseable de los ciudadanos/as. Estos valores mínimos estarían configurados por los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados por España, que son interpretados continuamente por los órganos jurisdiccionales competentes, estatales o supraestatales y que progresivamente acercan unos países a otros, aunque de forma muy lenta, como una especie de lenguaje universal.
- XII.** Sobre el ejercicio a la libertad religiosa en el contexto de la relación laboral, y en concreto sobre el ejercicio de la objeción de conciencia respecto los supuestos no expresamente regulados, la tarea dogmática en su vertiente legislativa, jurisprudencial (Tribunal Constitucional y Sala IV del Tribunal Supremo) y doctrinal está en buena parte por desarrollar.
- XIII.** La objeción de conciencia tiene lugar cuando se produce un conflicto entre normas de dos naturalezas distintas, entre normas jurídicas y normas morales; entre juridicidad y moralidad individual, y se opta por la desobediencia de la obligación jurídica emanada de la norma secular que entra en conflicto con las convicciones del creyente con la finalidad de proteger dicho conjunto de convicciones. En puridad el conflicto no surge directamente entre dos normas; sino entre una obligación jurídica nacida de una norma de la misma naturaleza y una obligación religiosa incompatible, que puede tener la forma de prohibición o encaminada a realizar alguna conducta en el sentido contrario al preceptuado por la norma jurídica (un hacer o no hacer). La objeción de conciencia es un derecho

constitucional autónomo no fundamental, que deriva directamente de la libertad de pensamiento prevista en el art. 16 CE, por lo que no necesita de regulación legal para su reconocimiento (*interpositio legislatoris*). Es autónomo en el sentido de que no necesita una regulación legal para su aplicación más allá del texto de la Constitución y la normativa internacional de aplicación, y de ahí que se utilice para su denominación un *nomen iuris* propio, cual es el derecho a la objeción de conciencia, de larga tradición en la historia del Derecho occidental. Pero es un derecho instrumental porque deriva del derecho a la libertad religiosa y encuentra su fundamento último en tal derecho, sin que pueda hablarse simplemente de una facultad del titular del derecho a la libertad de conciencia. Así, de su autonomía deriva que le sean de aplicación algunas reglas jurídicas propias; y de su instrumentalidad deriva que tenga como fin último la protección de la libertad religiosa del ciudadano/a - trabajador/a y comparta con el derecho a la libertad religiosa un buen número de reglas jurídicas comunes. Entre otros, la objeción de conciencia está sometida a los límites generales del ejercicio de cualquier derecho fundamental, aunque la objeción de conciencia no pueda ser catalogado como un derecho fundamental, y los propios del derecho a la libertad religiosa, dado el carácter instrumental del derecho a la objeción de conciencia respecto el derecho fundamental a la libertad religiosa. El ejercicio del derecho a la objeción de conciencia supone la falta de cumplimiento de una obligación jurídica, por lo que por definición tal ejercicio siempre supondrá la colisión con otros derechos y bienes. De este modo, deberá realizarse una ponderación de los derechos en juego y proceder a la aplicación de límites

- XIV.** Existen dos tipologías de objeción de conciencia, la objeción de conciencia *contra legem* y la objeción de conciencia *secundum legem* o impropia, según si el ordenamiento jurídico prevé una exención o alternativa jurídica para el supuesto concreto. En el caso de la objeción de conciencia *contra legem* se trata de la objeción de conciencia paradigmática. Ante el conflicto entre obligación jurídica y obligación religiosa el/la objetor/a, como persona autónoma y libre, opta por preservar su integridad moral y comportarse de acuerdo con sus convicciones religiosas y contra la conducta expresamente establecida por la norma jurídica. El/la trabajador/a por cuenta ajena podrá ejercer el derecho a la objeción de conciencia en los supuestos previstos en la Constitución, y en las leyes que expresamente prevean el citado derecho. Por tal razón, pueden llamarse supuestos típicos. Es el caso, por ejemplo, de la objeción de conciencia al aborto por parte de los profesionales sanitarios, o la posibilidad de objetar cuya titularidad ostentan los periodistas en determinadas circunstancias. Por su especial configuración, dichos supuestos de objeción de conciencia *secundum legem* han sido estudiados con mayor detenimiento por la doctrina, sus preceptos han sido interpretados en un mayor número de ocasiones por los tribunales, y son menos polémicos. Se puede hablar de objeción de conciencia en supuestos atípicos, pues, aunque el derecho es reconocido por el ordenamiento jurídico, los concretos supuestos en los que tal derecho es ejercitable no están previstos de forma expresa en dicho ordenamiento. Desde dicho prisma se podría hablar de un derecho general a la objeción de conciencia, siempre que se entienda el término "general" como un atributo que denota que el derecho posee la potencialidad de ejercitarse en más supuestos de los previstos de forma detallada o listada; sin que por ello pierda su carácter de excepcionalidad. Si las convicciones religiosas del trabajador por cuenta ajena colisionan con las obligaciones jurídicas en el ámbito laboral, y el supuesto no está previsto ni en la Constitución, ni en norma jurídica alguna, en tal caso se estará ante el ejercicio del derecho constitucional autónomo a la objeción de conciencia, no fundamental.
- XV.** La excepcionalidad del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por parte del trabajador/a por cuenta ajena conllevará que en la mayoría de casos dicho

trabajador/a deba asumir las consecuencias jurídicas desfavorables previstas legalmente, al tratarse de objeciones de conciencia *contra legem* en cuyos supuestos el ordenamiento jurídico no prevé ni permite una exención o acomodación a las creencias religiosas del trabajador/a. Analizada la doctrina emanada en la materia por el Tribunal Constitucional, se infiere que la objeción de conciencia cuando no está prevista constitucionalmente, es decir, la evitación de las consecuencias jurídicas negativas por el incumplimiento de una obligación (en este caso laboral) motivado por convicciones religiosas tendrá un carácter excepcional. Dicha excepcionalidad no ha de interpretarse como sinónimo de ejercicio residual o marginal de dicho derecho; y menos ha de negarse su virtualidad. En la presente investigación se defiende que el Derecho del Trabajo ha de conceptualizar la objeción de conciencia motivada por creencias religiosas como un instrumento jurídico a utilizar cuando el/la trabajador/a creyente no dispone de otra opción jurídica, o de hecho, y no ha podido ejercer normalmente el derecho fundamental a la libertad religiosa; un derecho cuya virtualidad en el contexto laboral es indiscutible. O lo que es lo mismo, aquí se configura el derecho a la objeción de conciencia como la *ultima ratio*, cuando dadas unas circunstancias concretas el/la trabajador/a ha de optar por desobedecer la norma jurídica que entra en conflicto con sus convicciones, o en caso contrario vería vulneradas sus más íntimas creencias, se atentaría contra su derecho a la libertad religiosa y su dignidad se vería irremediablemente afectada.

- XVI.** La objeción de conciencia por creencias religiosas encuentra un lugar natural en el Derecho del Trabajo y se puede materializar en el supuesto de impartición de órdenes empresariales en el que tradicionalmente la doctrina laboralista ha permitido el *ius resistentiae*. El/la trabajador/a está legitimado para desobedecer ocasionalmente aquellas órdenes empresariales que de forma patente e indubitada puedan vulnerar su derecho a la libertad religiosa y lesionen su dignidad. Aquí se defiende la tesis de que la objeción de conciencia por razón de convicciones religiosas es un derecho a la desobediencia que, aunque operativo en todos los ámbitos del Derecho, en el ámbito laboral guarda la forma específica de *ius resistentiae*, de resistencia al cumplimiento de obligaciones jurídicas. Se trata de un *ius resistentiae* cualificado. Para ejercer el derecho a la objeción de conciencia en sede laboral debe existir una relación de causalidad entre la conducta de desobediencia del objetor/a y la eventual afectación del derecho a la libertad religiosa, de suerte que en caso de no desobedecer, atendidas las circunstancias concurrentes, se materializaría casi con total seguridad y de forma inexorable tal vulneración por quedar afectadas unas convicciones religiosas reales y sinceras.
- XVII.** Para ejercer el derecho a la libertad religiosa y el instrumental de la objeción de conciencia el/la trabajador/a debe sostener unas convicciones religiosas sinceras. El jurista ha de indagar dicha sinceridad a través de sus exteriorizaciones, de sus manifestaciones externas del tipo que sean: los datos que consten, pertenencia a una confesión religiosa, manifestaciones anteriores, testigos, peritajes, razonabilidad y congruencia con las convicciones sostenidas de los actos precedentes y coetáneos del trabajador, etc. Es de plena aplicación aquí la doctrina de los propios actos, ello sin perjuicio que el/la trabajador/a pueda libremente cambiar de convicciones, ya que tal conducta se encuadra y encuentra sustento en el derecho a la libertad religiosa. Evidentemente si se aprecia cierta contradicción en las conductas del trabajador o existen indicios de mala fe o abuso de derecho, sobre el/la trabajador/a objetor recaerá la carga de acreditar la legitimidad del derecho que ejerce. No es determinante la formal pertenencia a una confesión religiosa, aunque puede constituir un indicio o facilitar la prueba. Ha de partirse de la hipótesis de que las convicciones religiosas existen y son sinceras, bastando *a priori* la mera manifestación del trabajador/a, aunque

dependerá de cada caso. Ahora bien, el/la trabajador/a deberá manifestarlas convenientemente si desea objetar, o si es su voluntad ejercer el derecho a la libertad religiosa. Una vez manifestadas, el empresario y eventualmente un órgano jurisdiccional, podrán evaluar si son creíbles, sinceras y suficientes dadas las circunstancias y los medios de prueba existentes. Ha de constatarse la sinceridad de dichas convicciones, no su corrección desde un punto de vista teológico de acuerdo con los dogmas establecidos o la interpretación mayoritaria de la confesión de que se trate.

- XVIII.** Los médicos y profesionales sanitarios que prestan servicios por cuenta ajena verán reconocido el derecho a la objeción de conciencia en sus dos variantes. El supuesto de la objeción relacionada con la interrupción voluntaria del embarazo se trata de un caso previsto expresamente en el ordenamiento jurídico, por lo que habrá que estar principalmente a su regulación expresa en cuanto al ejercicio del derecho; sin perjuicio de que se le puedan aplicar subsidiariamente algunas de las reglas establecidas para la objeción en casos atípicos. El resto de objeciones de conciencia posibles no están previstas expresamente en el ordenamiento, sin perjuicio de los códigos deontológicos, por lo que ha de reconocerse a médicos y personal sanitario el derecho a la objeción de conciencia por motivos religiosos, ya que al fin y al cabo son trabajadores/as por cuenta ajena. Tal reconocimiento lo será a través de la regulación jurídica respecto a la objeción de conciencia para casos atípicos, más las especialidades impuestas por la deontología médica y las reglas de la *lex artis*. A la hora de modular tal derecho se deberá tener en cuenta especialmente los derechos y bienes de los pacientes. En similar situación se encuentran los/las farmacéuticos/as en el ejercicio de su profesión.
- XIX.** En el caso de los/las periodistas, examinado en su conjunto el art. 20.1.d) CE y la ley que la desarrolla, se puede afirmar que la denominada "cláusula de conciencia" no constituye una modalidad de objeción de conciencia en su sentido clásico, pues no prevé exactamente como supuesto de hecho un conflicto entre obligación jurídica y convicciones del profesional, del tipo que sean, con el fin de proteger dichas convicciones. En este caso la protección de las convicciones se produce de forma instrumental, porque se pretende que el ejercicio de la profesión de informador/a se realice de manera correcta, hay una relación de instrumentalidad entre ambos derechos: ha de protegerse la libertad religiosa para poder garantizarse la libertad de información, que a su vez garantiza otros derechos y bienes de gran relevancia.
- XX.** El derecho a la libertad religiosa, como derecho inespecífico, ha de reconocerse también al/la trabajador/a durante la ejecución del contrato de trabajo aunque, como los otros derechos fundamentales, podrá ser limitado a través de la oportuna ponderación, de acuerdo con otros derechos, bienes e intereses en juego, que se deberán tener en cuenta; y no obsta a su eficacia que el derecho no haya sido desarrollado legalmente en conexión con la relación laboral. La vigencia del derecho a la libertad religiosa en el puesto de trabajo se garantiza de varios modos: 1) en los supuestos más extremos y cuando no haya ninguna medida legal o recurso material más al alcance del trabajador, dicho trabajador/a puede defender su conciencia mediante el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, que le permite desobedecer puntualmente respecto al cumplimiento de una obligación jurídica apta para lesionar sus convicciones (relación de causalidad), en supuestos tipificados por la Constitución o la ley, o en supuestos no tipificados; 2) el trabajador/a que es objeto de discriminación por razón de sus convicciones religiosas puede utilizar las medidas antidiscriminación previstas legalmente, que precisamente configuran la tutela jurídica más desarrollada para defender las convicciones religiosas del trabajador/a en el ordenamiento español; 3) y, finalmente, el/la trabajador/a puede ejercer el derecho a la libertad religiosa

directamente, tanto para defender dicho derecho en su sentido negativo, cuando sufre algún tipo de injerencia en sus convicciones, como desde un punto de vista positivo, de forma activa, cuando es necesario remover obstáculos jurídicos para la óptima expansión del derecho.

- XXI.** Se defiende aquí la tesis de la necesidad de reconocer el derecho a que sean modificadas las condiciones de trabajo, leve o sustancialmente según cada supuesto, para que dichas condiciones de ejecución del contrato de trabajo se ajusten al derecho de libertad religiosa del trabajador/a, a modo de acomodación, de ajuste razonable. Es decir, aquí se parte de la tesis que el derecho a la libertad religiosa, correctamente delimitado en su extensión, otorga al trabajador/a por cuenta ajena una facultad de solicitar al empresario/a (o, subsidiariamente al Juzgador/a) que las condiciones de trabajo sean adecuadas al citado derecho de libertad religiosa, provocando una novación contractual; rompiendo el tabú que ha pesado sobre tal idea de forma mayoritaria hasta ahora. Si el derecho a la libertad religiosa en su máxima extensión, en su ejercicio positivo, da lugar a un eventual derecho del trabajador/a a ver acomodadas sus condiciones de trabajo de acuerdo con sus convicciones; en la eventualidad de que tal derecho friccionen o colisionen con otros derechos o bienes, habrá que realizar la oportuna operación de ponderación, y establecer los límites estrictamente necesarios sobre la extensión del derecho, o sobre los otros derechos. El trabajador/a que pretenda ejercer el derecho a la libertad religiosa, lo deberá manifestar expresamente, de forma motivada para que el empresario/a y, en su caso, el juez/a puedan fiscalizar tal petición; y al mismo tiempo deberá sostener unas convicciones religiosas sinceras, del modo que ya se ha explicado al desarrollar la problemática de la objeción de conciencia.
- XXII.** La vigencia del derecho constitucional a la libertad de empresa (art. 38 CE) conlleva que el ejercicio del derecho a la libertad religiosa en sede laboral, aunque pueda resultar legítimo, debe estar sometido a unos límites contractuales, económicos y materiales. De ahí la relevancia de la noción de carga desproporcionada o indebida como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Si desde un punto de vista teórico y abstracto quizás procede realizar ajustes razonables, cuando dicha decisión es contrastada con la realidad del supuesto concreto se podrá comprobar que los recursos de una empresa son por definición limitados. El derecho a la libertad de empresa tiene por finalidad otorgar a las compañías y a los/las empresarios/as individuales el suficiente margen legal y la autonomía suficiente como para crear y desarrollar proyectos cuya finalidad es la obtención de lucro económico; y, por lo tanto, al mismo tiempo tal derecho garantiza que sobre las compañías no recaigan gravámenes desproporcionados que afecten al contenido esencial del derecho constitucional. Cuando la acomodación o ajuste razonable es jurídicamente posible, ésta puede ser total, es decir de acuerdo con la totalidad de la extensión postulada por el/la trabajador/a; o parcial, fruto de la aplicación de límites que hagan que el derecho a la libertad religiosa no pueda extender sus plenos efectos. En todo caso, a diferencia de las consecuencias jurídicas de la objeción de conciencia que se limita a ver al trabajador/a exonerado/a puntualmente de cumplir cierta obligación jurídica, en el caso de la acomodación fruto del ejercicio de la libertad religiosa se produce una novación contractual, consistente en alterar de forma definitiva las condiciones de trabajo de la forma necesaria para que dicho derecho pueda extender sus efectos de la forma más extensa posible. Si del ejercicio de libertad religiosa o de su acomodación se desprende un eventual daño en la salud física o psíquica de una persona (art. 15 CE); su discriminación (art. 14 CE en su segundo inciso) o una afectación de su dignidad como persona (art. 10.1 CE) el derecho ejercido deberá ser limitado totalmente o parcialmente en la medida que afecte dichos derechos y bienes; ya que el Estado de Derecho no puede permitir tales conductas, aunque

haga lo posible para defender en su máxima extensión el derecho a la libertad religiosa y no debe entrar a valorar posturas teológicas, más allá de su incidencia en el ordenamiento jurídico. La jurisprudencia constitucional española ha optado en materia de libertad religiosa y trabajo por una visión excesivamente contractualista. La sentencia clave en esta materia ha sido la controvertida STC 19/1985, de 13 de febrero.

- XXIII.** Si bien ha de partirse del derecho fundamental a la libertad religiosa cuando el/la trabajador/a exterioriza sus convicciones a través de la estética o indumentaria, u opone tal derecho cuando se le pretende imponer dicha indumentaria de forma contradictoria con sus convicciones, no es menos cierto que la postura del trabajador/a también viene aquí reforzada por el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), como ocurre en general con la dogmática referente a la indumentaria del trabajador/a. A su vez, ambos derechos, libertad religiosa e intimidad, van además estrechamente ligados con la dignidad humana (art. 10.2 CE).
- XXIV.** El/la empresario/a no puede discriminar por razón de sus propias creencias religiosas (o por otros motivos) y, por lo tanto, la prohibición de discriminación ha de aplicarse en toda su extensión en las relaciones laborales, naturalmente con las matizaciones que procedan exclusivamente respecto a las empresas ideológicas o de tendencia. La prohibición de discriminar pertenece a aquellos valores comunes mínimos, básicos, que comparte una sociedad democrática y que han de ser respetados por todos los/las ciudadanos/as, y el Estado ha de asegurar su respeto desde una posición de exquisita neutralidad y aconfesionalidad. En dicho supuesto no existen derechos o bienes a ponderar, pues la discriminación no tiene justificación posible. Naturalmente, asimismo la prohibición de discriminación se erigirá como un límite al ejercicio del derecho de los/las trabajadores/as a la libertad religiosa y a la objeción de conciencia. La utilización de medidas empresariales que obvien o anulen la libertad de pensamiento del trabajador/a, que ponderen el factor rentabilidad económica por encima de la libertad ideológica o religiosa, no sólo constituye una afrenta a su dignidad, sino que lo despersonaliza. Al relacionarse la empresa con el/la trabajador/a sin tener en cuenta su singularidad, en este caso sus convicciones religiosas, sin que concurra un motivo constitucionalmente aceptable, se traspasa la frontera que marca la dignidad de cada individuo; se coarta su libertad de elección, se obstaculiza el libre desarrollo de la personalidad. Se configura al/la trabajador/a, en la mayoría de casos de origen extracomunitario y de nivel formativo bajo, como un elemento más del proceso de producción, se cosifica, se convierte en mera mercancía, se le configura como mera fuerza de trabajo. El trabajador/a se convierte en un bien sustituible, fungible, intercambiable por otro individuo con capacidad de producción parecida, pero que no exteriorice peculiaridades de conciencia, como ocurría con modelos de sistema productivos como el taylorismo y el fordismo que convertían al trabajador/a en una máquina más bajo un manto de racionalismo que impedía cualquier atisbo de creatividad o intervención de la personalidad por parte del operario/a. En el mejor de los casos el/la trabajador/a deviene un sujeto de una relación jurídica de naturaleza patrimonial y ordinaria; en el peor un mero objeto. En definitiva, se convierte al/la trabajador/a discriminado/a en un medio, medido por su utilidad económica, se instrumentaliza, se le disocia de su humanidad. Se niega el principio de igualdad, bien entendido, y la actuación empresarial se erige como lesiva de la dignidad. No sólo es injusto el criterio de diferenciación, sino también el resultado de la conducta. En el caso de la trabajadora que sostiene convicciones religiosas minoritarias, cuya indumentaria la identifica a menudo con tales creencias, tal factor potencial de discriminación se suma al de ser mujer y al de ser probablemente extranjera (raza, lengua, etnia...). Para hacer frente a tales supuestos de multidiscriminación es muy relevante que se proceda a acomodar

las condiciones de trabajo a las necesidades de la trabajadora, por ejemplo respecto al uso del pañuelo musulmán o facilitar la celebración del Ramadán, por citar dos ejemplo paradigmáticos. Asimismo, ha de rechazarse todo relativismo cultural o aquellas visiones teológicas, muy arraigadas en ciertas confesiones religiosas, que pretendan impedir que la igualdad de género despliegue sus máximos efectos en el seno de la relación laboral.

- XXV.** La doctrina del Tribunal Constitucional ha afirmado en varias ocasiones que los derechos fundamentales ligados a la dignidad humana (art. 10.1 CE), entre ellos la libertad religiosa y la ideológica, pueden ser ejercidos, sin más límites que los ordinarios para todo tipo de derecho fundamental, tanto por los/las extranjeros/as en situación regular, como por los extranjeros/as que estén residiendo en España irregularmente. Asimismo, también es de aplicación a ambas tipologías de extranjeros/as la tutela antidiscriminatoria contenida en el segundo inciso del art. 14 CE.
- XXVI.** Aquellos/as trabajadores/as mayores de catorce años emancipados podrán ejercer sin ningún tipo de especialidad el derecho a la libertad religiosa, pues si tienen plena capacidad de obrar a efectos laborales no tendría sentido limitarles el ejercicio de un derecho fundamental, aunque inespecífico, en el seno de la relación laboral y cuya titularidad, por lo tanto, no puede discutirse. Tampoco parece que haya ningún impedimento jurídico para que los/las trabajadores/as mayores de dieciséis y menores de dieciocho que sean autorizados a trabajar por su representante legal puedan ejercer su derecho a la libertad religiosa de forma plena.
- XXVII.** La empresa de tendencia religiosa ni está prevista expresamente en el ordenamiento español, ni menos aún es posible encontrar una definición de dicha tipología de empresa. En cambio, lo contrario sí ocurre en otros ordenamientos jurídicos, como el alemán. Las empresas de tendencia tienen como finalidad esencial sostener y difundir la ideología o credo que se trate, un *ethos* religioso, también en el mercado. No se debe confundir la empresa de tendencia de tipo religioso con las empresas simplemente guiadas por las creencias religiosas de sus dirigentes o sus propietarios que se identifican con cierta religión, pero que no proveen servicios relacionados con sus creencias. La noción de empresa de tendencia religiosa, como construcción dogmática, encuentra su sentido al permitir a la empleadora desplegar en su máxima extensión el derecho a la libertad religiosa. Y para que pueda desplegarse en su máxima extensión tal derecho en el ámbito laboral es del todo necesario que se limiten en un grado superior de lo habitual los derechos y bienes de las personas con las que interactúen, especialmente los de los/las trabajadores/as. De ahí la importancia de calificar correctamente una empresa como empresa de tendencia. Para determinar cuál es el grado de modulación de los derechos fundamentales de los/las trabajadores/as no sólo es necesario establecer si se está realmente ante una empresa de tendencia, sino sobre todo comprobar qué posición ocupa el/la trabajador/a en su organigrama y qué funciones realiza. Por lo tanto, aunque las formalidades puedan ayudar a determinar dichos aspectos (por ejemplo, la denominación del cargo que se desempeña), lo que será relevante será la realidad material, las funciones que se realicen de forma efectiva. Según las funciones y responsabilidades ostentadas por un/una trabajador/a sus derechos fundamentales serán más o menos modulados en la operación de ponderación cuando colisionen con los derechos de la empresa, en este caso fundamentalmente el derecho a la libertad religiosa, pero asimismo el derecho a la libertad de empresa.
- XXVIII.** Si de lo que se trata es de ofrecer educación en materia doctrinal de naturaleza religiosa, lo más natural es que el empresario fuera la Iglesia Católica, no la

Administración pública. Una cosa es que la Administración sufrague los gastos u otorgue subvenciones para ayudar a que las diferentes confesiones, no sólo la católica, puedan otorgar la formación que garantiza el art. 27.3 CE, y otra cuestión muy diferente es que sea la Administración la que formalmente sea la empresaria. Es indiscutible que son las diferentes confesiones religiosas las que han de seleccionar, formar y fiscalizar que los/las profesores/as que impartan sus doctrinas sean idóneos, por lo que resulta jurídicamente un tanto extraño que sea parte en el contrato de trabajo el Estado, que se declara aconfesional; pero, en cambio, una parte ajena a dicho contrato de trabajo y que no es titular del centro donde se desarrolla la actividad docente, pueda decidir sobre la extinción contractual. Por eso, desarrollándose en centros públicos o en otros locales, la relación jurídica laboral debería ser entre profesor/a y la confesión de que se trate, en este caso la Iglesia Católica. De este modo, se podrían solucionar en cierto grado las disfuncionalidades que ha sufrido el sistema hasta ahora y la relación entre Derecho Canónico y Derecho laboral resultaría menos conflictiva en esta materia.

- XXIX.** La prestación de servicios en un negocio creado por el empresariado étnico, aunque no se trate en un caso concreto de una empresa de tendencia, requerirá de unos/unas trabajadores/as con un perfil determinado, que incluirá fácilmente los rasgos étnicos y religiosos necesarios para poder prestar óptimamente los servicios contratados. La empresa étnica en la que sea relevante el hecho religioso, al igual que la empresa de tendencia, a la hora de contratar a una persona podrá indagar sobre sus creencias, unas creencias que, si el negocio lo requiere, deberán mantenerse a lo largo de la relación laboral.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV: *Antología de textos jurídicos de Roma*. 1ª edición. Madrid: Akal, 2001.
- AAVV: *Baix Llobregat. El brogit de la indústria. De la manufactura a la fàbrica*. 1ª edición. Sant Feliu de Llobregat: Centre d'Estudis Comarcals del Baix Llobregat, 1999.
- AAVV: *Creencias de los Adventistas del Séptimo Día*. 3ª edición. Madrid: Safeliz, 1989.
- AAVV: *Derecho del Trabajo*. 7ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.
- AAVV: *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición. Madrid: Real Academia Española, 2001. Volumen I.
- AAVV: *Diccionario de términos jurídicos*. 1ª edición. Granada: Comares, 1994.
- AAVV: *Die Anfänge der Inquisition im Mittelalter*. 1ª edición. Köln: Böhlau, 1993.
- AAVV: "Ethnicity and obesity: evidence of implicit work performance stereotypes in Sweden". *Working Paper 2007:20*, Labour Market Policy Evaluation.
- AAVV: *Fachlexikon Recht*. 1ª edición. Münster: Alpmann, 2004.
- AAVV: *Humanismus und Reformation. Martin Luther und Erasmus von Rotterdam in den Konflikten ihrer Zeit*. 1ª edición. Friburgo: Katolische Akademie Freiburg, 1985.
- AAVV: *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía (Reflexiones sobre las implicaciones laborales derivadas de la pluralidad religiosa)*. 1ª edición. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2007.
- AAVV: *Las otras religiones. Minorías religiosas en Cataluña*. 2ª edición. Barcelona: Icaria, 2007.
- AAVV: *Los Alardes: una perspectiva jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares*. 1ª edición. Irún: Casino de Irún, 2000.
- AAVV: *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2004.
- AAVV: *Migrants, minorities and employment. Exclusion and discrimination in the 27 member states of the European Union. Update 2003-2008*. 1ª edición. Viena: European Agency for Fundamental Rights, 2010.
- AAVV: *Religion and the Constitution*. 1ª edición. Nueva York: Aspen Law & Business, 2002.
- AAVV: *Vocabulario de teología Bíblica*. 2ª edición. Barcelona: Herder, 2009.
- ABELLÁN, José Luis: *El erasmismo español*. 1ª edición. Madrid: Espasa-Calpe, 1982.
- AGUILERA DE PRAT, Cesáreo R. y VILANOVA, Pere: *Temas de ciencia política*. 1ª edición. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1987.
- AGUILERA RULL, Ariadna: "Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto en el *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres". *Indret*, 2007, núm. 396. Versión electrónica: www.indret.com.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos en AAVV: *Constitución y derechos fundamentales*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de la Presidencia, 2004.
- ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón: "Los derechos laborales individuales y de Seguridad Social de los inmigrantes", en AAVV: *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- ALARCOS MARTÍNEZ, Francisco José: "Aproximación a la objeción de conciencia", en AAVV: *Objeción de conciencia y sanidad*. 1ª edición. Granada: Comares, 2011.
- AAVV: "Un campo de estudio para el empresariado étnico en España", en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*. Vol. II, 14ª edición. Barcelona: José María Bosch Editor, 1996.

- ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Niceto: *Los defectos de la constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1981.
- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. 1ª edición. León: Universidad de León, 1996.
- ALEGRE SANTAMARÍA, Xavier: "L'ensenyament bíblic: què va ensenyar Jesús a propòsit del matrimoni?", en AAVV: "Refer la via. Divorci, acollida i comunió". *Quaderns Cristianisme i Justícia*, 2014, núm. 192.
- ALEXANDER, Loveday: "Acts", en AAVV: *The Oxford Bible commentary*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- ALEXY, Robert:
 - *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
 - "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2011, núm. 91.
- SIMÓN ALFONSO, Lola: "El desafío de la diversidad en Europa", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013.
- ALLISON J.R., Dale: "Matthew", en AAVV: *The Oxford Bible commentary*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- ALONSO BRAVO, Milagros: "La organización del trabajo en la empresa y el principio de no discriminación", en AAVV: *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.
- ALONSO GARCÍA, Manuel:
 - "El consentimiento en el contrato de trabajo", en AAVV: *Problemática de la ciencia del Derecho. Estudios en homenaje al Profesor José M^a. Pi y Suñer*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 1962.
 - *Curso de Derecho del Trabajo*. 10ª edición. Barcelona: Ariel, 1987.
- ALONSO OLEA, Manuel:
 - *El despido*. 1ª edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.
 - *Derecho del Trabajo*. 5ª edición revisada. Madrid: Universidad de Madrid, 1980.
 - "Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1983, núm. 16.
 - *Introducción al Derecho del Trabajo*. 5ª edición revisada. Madrid: Civitas, 1994.
 - *Los Estados Unidos en sus libros*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2010.
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M^a Emilia: *Derecho del Trabajo*. 17ª edición, revisada. Madrid: Civitas, 1999.
- ÁLVAREZ ALONSO, Diego: "Modulación laboral de los derechos fundamentales, ponderación y principio de proporcionalidad", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014.
- ÁLVAREZ ALONSO, Diego y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio: "Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2006, núm. 132.
- ÁLVAREZ DE CUVILLO, Antonio: "Géneros o categorías humanas y discriminación racial en el trabajo", en AAVV: *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.
- ÁLVAREZ SANTALÓ, León Carlos: "La fiesta religiosa moderna: la madeja sacralizada del poder y la necesidad", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio: *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*. 1ª edición. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

- ALVIRA CABRER, Martín: "Movimientos heréticos y conflictos populares en el pleno Medioevo", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. II. El Mundo medieval*. 2ª edición. Madrid: Trotta, 2006.
- AN-NA'IM, Abdullahi A.: "Islamic foundations of religious human rights", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Religious perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- ANDRÉS MARTÍN, Melquíades: *Cristianismo y cultura en España. Dos milenios de vida*. 1ª edición. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 2006.
- ANTUNES, Cátia: "Cross-cultural business cooperation in the Dutch trading world, 1580-1776", en AAVV: *Religion and trade. Cross-cultural exchanges in world history, 1000-1900*. 1ª edición. Nueva York: Oxford University Press, 2014.
- APARICIO TOVAR, Joaquín: "Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador", en AAVV: *Autoridad y democracia en la empresa*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 1992.
- APARISI MIRALLES, Ángela: "En torno al principio de la dignidad humana (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias)". *Cuadernos de Bioética*, 2004, vol. 15, núm. 54.
- ARASTEY SAHÚN, M^a. Lourdes: "Diversidad religiosa y trabajo: el ayuno en el mes del ramadán". *Revista de Jurisprudencia*, 2008, núm. 2.
- ARBÓS MARÍN, Xavier: "Estado social y democrático de Derecho (II): Estado social y democrático", en AAVV: *Temas de Derecho Constitucional (I)*. 1ª edición. Barcelona: Cedecs, 1998.
- ARECES PIÑOL, M^a Teresa:
 - *El principio de laicidad en las jurisprudencias española y francesa*. 1ª edición. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida, 2003.
 - *La prohibición del burka en Europa y en España*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2014.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel y RUBIO SÁNCHEZ, Francisco: "El derecho de los trabajadores a la intimidad". *Aranzadi Social*, 2006, núm. 26. Versión electrónica: www.westlaw.es (BIB 2006, 1231).
- ARJONA GARRIDO, Ángeles: "Emprendedores étnicos en Almería: un reto frente a la discriminación laboral, jurídica y social", en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.
- AUBERT, Roger: "Das Problem der Religionsfreiheit in der Geschichte des Christentums", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- AUSTIN, John: "The province of jurisprudence determined", en AAVV: *Utilitarianism and On Liberty*. 2ª edición. Oxford: Blackwell, 2003.
- AUVERGNON, Philippe: "Poder de dirección y respeto a la persona asalariada", en AAVV: *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. 1ª edición. Madrid: La Ley 2005.
- AZPIAZU ZULAIKA, Joaquín: *Orientaciones cristianas del Fuero del Trabajo*. 1ª edición. Burgos: RAYFE, 1939.
- BADA ELIAS, Joan:
 - "El context eclesiològic i la significació política del Concili Vaticà II", en AAVV: *Las dimensiones jurídico-públicas de la Dignitatis Humanae*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006.
 - "La nueva sociedad que emerge de la revolución liberal", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. IV. El Mundo contemporáneo*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2010.
- BARREIRO CARRIL, Beatriz: "Un análisis de la relación entre la diversidad cultural y la universalidad de los derechos humanos: especial referencia a algunos elementos novedosos aportados por la Convención de la UNESCO para la diversidad cultural". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2011, núm. 27.

- BARRERO ORTEGA, Abraham: *La libertad religiosa en España*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- BAUMANN, Gerd: *The multicultural riddle*. 1ª edición. Nueva York: Routledge, 1999.
- BAYET, Jean: *La religión romana*. 1ª edición. Madrid: Ediciones Cristiandad, 1984.
- BAYÓN CHACÓN, Gaspar y PÉREZ BOTIJA, Eugenio: *Manual de Derecho del Trabajo*. Volumen II. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1978.
- BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas*. 3ª reimpresión. Madrid: Alianza, 2003.
- BELLAH, Robert N.: *Essays on religion in a post-traditional world*. 1ª edición. Nueva York: Harper & Row, 1976.
- BELLO REGUERA, Eduardo: "Tolerancia, verdad y libertad de conciencia en el siglo XVIII". *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, 2004, núm. 30.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis:
 - "El ejercicio de la objeción de conciencia por los farmacéuticos". *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, núm. 5.
 - "Anticoncepción, contracepción de emergencia y minoría de edad". *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010, núm. 11.
 - "La objeción de conciencia en el ámbito sanitario: últimas aportaciones judiciales". *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, núm. 11.
- BENASULY, Alberto:
 - "Asistencia religiosa, alimentos y festividades en los Acuerdos de cooperación de 1992", en AAVV: *Pluralismo religioso y Estado de derecho*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.
 - "Los judíos en la España contemporánea", en AAVV: *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006.
- BENDER, Harold S.: "Täufer und Religionsfreiheit im 16. Jahrhundert", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- BENLLOCH DOMÈNECH, Cristina: "Minoría ortodoxa en España, una realidad emergente a estudiar", en AAVV: *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- BENTHAM, Jeremy: "An introduction to the principles of morals and legislation", en AAVV: *Utilitarianism and On Liberty*. 2ª edición. Oxford: Blackwell, 2003.
- BERGER, Peter L.: *The social reality of religion*. 1ª edición. Middlesex: Penguin Books, 1973.
- BERIAIN RÁZQUIN, Josetxo: "¿Tiempo ganado o tiempo perdido?: el cambio en las estructuras temporales de la Modernidad", en AAVV: *Sagrado/Profano. Nuevos desafíos al proyecto de la Modernidad*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2010.
- BERLIN, Isaiah: *Four essays on liberty*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 1969.
- BERMAN, Harold J.:
 - *The interaction of law and religion*. 1ª edición. Londres: SCM Press, 1974.
 - "The Christian sources of general contract law", en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- BERNER, Ulrich: "Toleranz und Intoleranz in den nichtchristlichen Religionen", en AAVV: *Die Anfänge der Inquisition im Mittelalter*. 1ª edición. Köln: Böhlau, 1993.
- BILBAO, Andrés: "La racionalidad económica y la secularización". *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 1996, núm. 74.
- BILBAO UBILLOS, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1ª edición. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- BLANCO FERNÁNDEZ, María:
 - *Libertad religiosa, laicidad y cooperación en el derecho eclesiástico*. 1ª edición. Granada: Comares, 2008

- “Estudio de los precedentes de las Leyes de libertad religiosa de 1967 y 1980”, en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Lustel, 2009.
- BLASCHKE, Lotte: “Der Toleranzgedanke bei Sebastian Franck”, en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- BLAT GIMENO, Francisco R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.
- BLÁZQUEZ MARTÍN, Diego: *Herejía y traición: las doctrinas de la persecución religiosa en el siglo XVI*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2001.
- BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, José María:
 - “Los cristianos contra la milicia imperial. La objeción de conciencia en el cristianismo primitivo”. *Historia* 16, 1989, núm. 154.
 - “La reacción pagana ante el cristianismo”, en AAVV: *Cristianismo primitivo y religiones místicas*. 2ª edición. Madrid: Cátedra, 2007.
 - “Aspectos sociales del cristianismo de los primeros siglos”, en AAVV: *Cristianismo primitivo y religiones místicas*. 2ª edición. Madrid: Catedra, 2007.
 - “El cristianismo y el servicio militar”, en AAVV: *Cristianismo primitivo y religiones místicas*. 2ª edición. Madrid: Catedra, 2007.
 - “El culto imperial y los cristianos”, en AAVV: *Cristianismo primitivo y religiones místicas*. 2ª edición. Madrid: Catedra, 2007.
 - “El Edicto sobre las bacanales del año 186 antes de Jesucristo”. Versión electrónica:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01305053133804849978802/014930.pdf>.
- BLOOM, Harold: *La religión americana*. 1ª edición. Madrid: Santillana, 2009.
- BOBBIO, Norberto: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2015.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: “Einleitung zur Textausgabe der «Erklärung über die Religionsfreiheit»”, en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- BONET NAVARRO, Jaime: “Los límites al ejercicio de los derechos de la libertad religiosa”, en AAVV: *Las dimensiones jurídico-públicas de la Dignitatis Humanae*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006.
- BONILLA SÁNCHEZ, Juan José: “La objeción de conciencia ante la interrupción voluntaria del embarazo”. *Revista General de legislación y jurisprudencia*, 2011, núm. 3.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén: “El principio de igualdad retributiva: alcance y excepciones; en especial, la debida a la fecha de ingreso en la empresa”, en AAVV: *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- BOTICARIO GALAVÍS, María Luisa: “Los retos del Derecho Procesal ante la diversidad cultural en la sociedad española”, en AAVV: *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- BOUZA - BREY, Luis: “El poder y los sistemas políticos”, en AAVV: *Manual de ciencia política*. 2ª edición. Madrid: Tecnos, 1999.
- BRUCE, Steve: *Religion in the modern world. From cathedrals to cults*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- BUCKLEY IGLESIAS, Mónica: “Comercios y servicios de los inmigrantes en la Comunidad de Madrid: un enfoque geográfico”, en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.
- BUENO SALINAS, Santiago: “La protecció jurídico-canònica de la llibertat personal i familiar a partir de la *Dignitatis Humanae*”, en AAVV: *Las dimensiones jurídico-públicas de la Dignitatis Humanae*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006.
- BUENO SALINAS, Santiago y GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús: *Proselitismo religioso y Derecho*. 1ª edición. Granada: Comares, 2002.

- BULTMANN, Christoph: "Deuteronomy", en AAVV: *The Oxford Bible commentary*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BUTLER, Judith: "¿El judaísmo es sionismo?", en AAVV: *El poder de la religión en la esfera pública*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2011.
- CABEDO MANUEL, Salvador: *Filosofía y cultura de la tolerancia*. 1ª edición. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 2006.
- CABRERA MUÑOZ, Emilio: "Judíos, musulmanes y cristianos en la Baja Edad Media hispánica". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2015, núm. 50.
- CALHOUN, Craig: "Epílogo", en AAVV: *El poder de la religión en la esfera pública*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2011.
- CÁMARA BOTÍA, Alberto: "Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, núm. 33.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio:
 - "Principio de igualdad y derechos individuales", en AAVV: *Derecho Constitucional*. Vol. II. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 1999.
 - "El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la Constitución Española", en AAVV: *Derecho Constitucional*. Vol. II. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 1999.
- CANTIMORI, Delio: "Desafíos al cristianismo tradicional", en AAVV: *La época del Renacimiento. El amanecer de la Edad Moderna*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1969.
- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago:
 - "Las manifestaciones externas de la religiosidad en el Ordenamiento jurídico español: el empleo de la simbología religiosa", en AAVV: *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2003.
 - "Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: propuestas ante la reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Iustel, 2009.
- CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón:
 - *Elementos de análisis jurídico*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 1999.
 - *Fruta prohibida. Una aproximación histórico – teórica al estudio del derecho y del estado*. 2ª edición. Madrid: Trotta, 1999.
- CARDENAL CARRO, Miguel y HIERRO HIERRO, Francisco Javier: "La evolución histórica de la regulación de los profesores de religión y moral católica como recurso para el juicio sobre la constitucionalidad de la vigente (A propósito de la STC 38/2007, de 15 de febrero)". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, núm. 73.
- CARMONA FERNÁNDEZ, Francisco José: "Cristianismo, laicismo y laicidad", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. IV. El Mundo contemporáneo*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2010.
- CARO BAROJA, Julio: *El señor inquisidor*. 1ª edición. Madrid: Altaya, 1996.
- CARRASCO CARPIO, Concepción: "La vulnerabilidad de los inmigrantes en el mercado de trabajo español", Ponencia presentada en el *IV Congreso REPS 2013 sobre Las políticas sociales entre crisis y post-crisis*, Universidad de Alcalá, 6 y 7 de junio de 2013.
- CARRERA CARRERA, Joan: "La revolució de cada dia. Cristianisme, capitalisme i postmodernitat". *Quaderns Cristianisme i Justícia*, 2014, núm. 189.
- CARRO IGELMO, Alberto José: *El despido disciplinario*. 1ª edición. Granada: Bosch, 1984.
- CARSON, R.A.G.: "El orbe hecho urbe. De las siete colinas del Tíber al dominio mundial", en AAVV: *El nacimiento de la civilización occidental*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1966.
- CASTILLO SÁNCHEZ, José María: "El gran viraje de las teologías protestante y católica: el Concilio Vaticano II", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. IV. El Mundo contemporáneo*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2010.
- CASTRO, Américo: *Sobre el nombre y el quién de los españoles*. 1ª edición. Madrid: Sarpe, 1985.
- CASTRO JOVER, María Adoración:

- "Presentación", en AAVV: *Iglesias, confesiones y comunidades religiosas en la Unión Europea. San Sebastián, 25 y 26 de septiembre de 1998*. 1ª edición. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1999.
- "Los nuevos movimientos religiosos". *Eguzkilore*, 2004, núm. 18.
- *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos*. 1ª edición. Madrid: Universidad Complutense, 2005.
- "Libertad de conciencia, laicidad y privacidad", en AAVV: *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2005.
- "La integración de los inmigrantes. La educación como instrumento para formar ciudadanos", en AAVV: *Inmigración, minorías y multiculturalidad*. 1ª edición. Lejona: Adoración Castro, 2006.
- "La función de la laicidad en una sociedad plural", en AAVV: *Derechos humanos, minorías culturales y religiosas en Colombia y en España*. 1ª edición. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2008.
- "Interculturalidad y Derecho en el ámbito regional y supranacional europeo", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: "Libertad ideológica y contrato de trabajo", en AAVV: *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2011.
- CELADOR ANGÓN, Óscar:
 - *Religión y política en el Reino Unido en el Reino Unido en el siglo XVIII*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 1999.
 - "Derecho a la educación, libertad de enseñanza y laicidad del Estado", en AAVV: *Estado confesional y laicidad*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009.
- CHACÓN PIQUERAS, Carmen Mª: "Tradición constitucional en España", en AAVV: *Temas de Derecho Constitucional. Vol. I*. 1ª edición. Barcelona: Cedecs, 1998.
- CHACÓN RODRÍGUEZ, Lorenzo: *La «España inmigrante»: marco discriminatorio, mercado de trabajo y políticas de integración*. 1ª edición. Barcelona: Anthropos, 2009.
- CIÁURRIZ LABIANO, María José:
 - "La situación jurídica de las comunidades islámicas en España", en AAVV: *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2004.
 - "La recepción en el artículo 1 de la Ley Orgánica de libertad religiosa del derecho fundamental de libertad religiosa y de culto garantizado en el artículo 16 de la Constitución", en AAVV: *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (Comentarios a su articulado)*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006.
- CICERÓN: *Obras políticas*. 1ª edición. Barcelona: RBA, 2009.
- CLARK, Ken y DRINKWATER, Stephen: *Ethnic minorities in the labour market. Dynamics and diversity*. 1ª edición. Manchester: University of Manchester, 2007.
- CLAVERO, Bartolomé: *Manual de historia constitucional de España*. 1ª edición. Madrid: Alianza, 1989.
- COBBAN, Alfred:
 - "La forma de gobierno. Reyes, cortes y Parlamentos desde 1660 hasta la Revolución francesa", en AAVV: *El siglo XVIII. Europa en la época de la Ilustración*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1972.
 - "Reforma y revolución. El fin del «ancien régime»", en AAVV: *El siglo XVIII. Europa en la época de la Ilustración*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1972.
- CODINA, Víctor: "Hace 50 años hubo un concilio...". *Quaderns Cristianisme i Justícia*, 2012, núm. 182.
- COMAS ARNAU, Domingo: "Pluralismo moral y religioso en la España actual", en AAVV: *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2005.

- COMBALÍA SOLÍS, Zoila: “La necesidad de flexibilización del derecho y la objeción de conciencia en una sociedad plural (Contraste entre el sistema continental y el angloamericano)”, en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- CONDE MARÍN, Emilia: *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración en el contrato de trabajo*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2007.
- CONDE MARTÍN DE HIJAS, Vicente: “Autonomía individual: alternativa de desarrollo”. *Actualidad Laboral*, 1991, Tomo 2.
- CONRAD, Hermann: “Religionsbann, Toleranz und Parität am Ende des Alten Reiches”, en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- CONTRERAS MAZARÍO, José María: “Laicidad y derechos de las minorías”, en AAVV: *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2005.
- COONS, John E.: “The religious rights of children”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Religious perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- CORDERO SAAVEDRA, Luciano: “Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2000, núm. 101.
- CORRAL SALVADOR, Carlos: “El ordenamiento jurídico español de libertad religiosa”. *Revista de estudios políticos*, 1968, núm. 158.
- CORTÉS PEÑA, Antonio Luis: “La crisis de la cristiandad occidental en los albores de la Modernidad”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006.
- COULANGES, Fustel de: *La ciudad antigua*. 8ª edición. Madrid: Edaf, 2005.
- CRAGG, Gerald R.: *Puritanism in the period of the Great persecution 1660-1688*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 1957.
- CREMADES, Bernardo: *La sanción disciplinaria en la empresa*. 1ª edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969.
- CRESPO UBERO, Rafael: “Los «móodu-móodu» y su impacto en la sociedad de origen”, en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.
- CUMPER, Peter: “Religious liberty in the United Kingdom”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- DANIELOU, Jean: “La propagación de la palabra. El cristianismo como religión misionera”, en AAVV: *El crisol del cristianismo*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1971.
- DAVIE, Grace: *Europe: The exceptional case*. 1ª edición. Londres: Longman and Todd, 2002.
- DAWKINS, Richard: *The God delusion*. 1ª edición. Londres: Black Swan, 2007.
- DE CARLI, Romina: *El derecho a la libertad religiosa en la transición democrática de España (1963-1978)*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- DE CERVANTES SAAVEDRA, Miguel: *Don Quijote de la Mancha*. Vol. I. 1ª edición. Barcelona: RBA Editores, 1994.
- DE CHURRUCA ARELLANO, Juan:
 - *Actitud del cristianismo en el Imperio Romano*. 1ª edición. Granada: Comares, 1999.
 - “El acercamiento del cristianismo primitivo al Imperio Romano”, en *Cristianismo y mundo romano: nuevos estudios*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009.
 - “Opiniones de personas cultas de la primera mitad del siglo II sobre los cristianos como grupo social”, en *Cristianismo y mundo romano: nuevos estudios*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009.

- DE GOICOCHEA ZABALA, Javier López: "Los contenidos materiales del hecho religioso. En torno al art. 3.2 de la L.O. de Libertad religiosa". *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, 2005, vol. 3, separata.
- DE LA BORBOLLA RIVERO, Juan: "La protección de las conciencias en las normas jurídicas que regulan la información. Las tres edades de la regulación de la información", en AAVV: *La libertad de las conciencias en la regulación del derecho a la información*. 1ª edición. Valencia: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2006.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás: "Estado y religión en el constitucionalismo español", en AAVV: *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: *La formación histórica del Derecho español del Trabajo*. 1ª edición. Granada: Comares, 2003.
- DE LUCAS MARTÍN, Francisco Javier:
 - *Globalización e identidades. Claves jurídicas y políticas*. 1ª edición. Barcelona: Icaria, 2003.
 - "Superar el vínculo de nacionalidad: la potencialidad del artículo 15 de la DUDH". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2014, núm. 35.
- DE PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón en AAVV: *Constitución y derechos fundamentales*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de la Presidencia, 2004.
- DE STE. CROIX, G.E.M.: "Las persecuciones. El choque del cristianismo con el gobierno imperial romano", en AAVV: *El crisol del cristianismo*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1971.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis: *Democracy in America*. 1ª edición. Londres: Wordsworth, 1998.
- DE UNAMUNO Y JUGO, Miguel: *Del sentimiento trágico de la vida*. 1ª edición. Barcelona: Altaya, 1993.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro: "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)". *Responsa Iurispritorum Digesta*, 2003, vol. 5.
- DE VICENTE PACHÉS, Fernando:
 - *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. 1ª edición. Madrid: Consejo Económico y Social, 1998.
 - "El derecho a la libre apariencia física-estética en las relaciones de trabajo: una aproximación desde una perspectiva de sexo-género", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014.
- DEL REY GUANTER, Salvador: "Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general". *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1995, núm. 186, Tomo I.
- DÍAZ-SALAZAR MARTÍN DE ALMAGRO, Rafael: "La transición religiosa de los españoles", en AAVV: *Religión y sociedad en España*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1993.
- DICKMANN, Fritz: "Das Problem der Gleichberechtigung der Konfessionen im Reich im 16. und 17. Jahrhundert", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- DIEZ DE VELASCO, Francisco: *Introducción a la historia de las religiones*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2002.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. 3ª edición corregida. Madrid: Ariel, 1999.
- DOE, Norman: *Law and religion in Europe. A comparative introduction*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio y CORTÉS PEÑA, Antonio Luis: "Cristianismo e Ilustración. Los inicios de una nueva era", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006.

- DREISBACH, Daniel L.: "In pursuit of religious freedom: Thomas Jefferson's Church-State Views Revisited", en AAVV: *Religion, public life, and the American polity*. 1ª edición. Knoxville: The University of Tennessee Press, 1994.
- DRINKWATER, Stephen: *Ethnic minorities in the labour market. Dynamics and diversity*. 1ª edición. Manchester: University of Manchester, 2007.
- DUQUE PAJUELO, Félix: "Sobre la esencia del fundamento, o sea sobre la violencia", en AAVV: *Religión y violencia*. 1ª edición. Madrid: Círculo de Bellas Artes, 2008.
- DURHAM JR, W. Cole: "Perspectives on religious liberty: a comparative framework", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- DURKHEIM, Émile: *Les formes elementals de la vida religiosa*. 1ª edición. Barcelona: Edicions 62, 1982.
- DWORKIN, Ronald:
 - *Taking rights seriously*. 7ª impresión. Londres: Gerald Duckworth & Co, 1994.
 - *Religion without god*. 1ª edición. Cambridge: Harvard University Press, 2013.
- EGIDO LÓPEZ, Teófanos:
 - "Época moderna: de los confesionalismos a la tolerancia", en AAVV: *La tolerancia en la historia*. 1ª edición. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2004.
 - "Las reformas protestantes", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006.
 - "Lutero y el luteranismo", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006.
- EHRMAN, Bart D.: *Cristianismos perdidos*. 2ª edición. Barcelona: Crítica, 2009.
- ELLIOTT, John Huxtable:
 - *La Europa dividida. 1559-1598*. 7ª edición. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2005.
 - *El conde-duque de Olivares*. 2ª edición. Barcelona: Crítica, 2008.
- ELTON, Geoffrey Rudolph: *Reformation Europe. 1517-1559*. 22ª reimpresión. Londres: Fontana-Collins, 1982.
- EMMERICH, Charles J.: "Madison: A founder's vision of religious liberty and public life", en AAVV: *Religion, public life, and the American polity*. 1ª edición. Knoxville: The University of Tennessee Press, 1994.
- ENTRENA CUESTA, Rafael: *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I/2. 12ª edición. Madrid: Tecnos, 1998.
- ERASMO DE ROTTERDAM: *Elogio de la locura*. 1ª edición. Barcelona: RBA Editores, 1995.
- ESCRIBANO PAÑO, María Victoria: "El cristianismo marginado: heterodoxos, cismáticos y herejes del siglo IV", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. I. El Mundo antiguo*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2006.
- ESCUDERO LÓPEZ, José Antonio: *Curso de historia del Derecho. Fuentes e instituciones político - administrativas*. 2ª edición. Madrid: Autor - editor, 1995.
- ESCUDERO, Mansur: "El islam, hoy en España", en AAVV: *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006.
- ESPUNY TOMÁS, M. Jesús: "El Projecte de Llei d'intervenció obrera en la gestió de les indústries", en AAVV: *Segona República i món jurídic: recull de les ponències presentades a les jornades sobre la II República i món jurídic (1931-2006)*. 1ª edición. Mataró: Cálamo, 2007.
- ESTRADA DÍAZ, Juan Antonio: "Globalización, postmodernidad y cristianismo", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. IV. El Mundo contemporáneo*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2010.
- EVE, Eric: "1 Peter", en AAVV: *The Oxford Bible commentary*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Pablo: *Estatuto jurídico del profesional de la información: los colegios profesionales de periodistas*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2010.

- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio: *La obediencia al Derecho*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1987.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1993, Tomo 1. Versión electrónica: www.laleylaboral.com.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español”. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri – Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 1995, núm. 43.
- FERNÁNDEZ UBIÑA, José: “Constantino y el triunfo del cristianismo en el Imperio Romano”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. I. El Mundo antiguo*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRARI, Silvio: *El espíritu de los derechos religiosos*. 1ª edición. Barcelona: Herder, 2004.
- FEUERBACH, Ludwig: *La esencia del cristianismo*. 4ª edición. Madrid: Trotta, 2009.
- FLORES GIMÉNEZ, Fernando: “Igualdad y discriminación en los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los extranjeros”, en AAVV: *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- FORNÉS DE LA ROSA, Juan: “Consideraciones sobre la Ley Orgánica de libertad religiosa de 1980, con sus perspectivas de futuro”, en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: lustel, 2009.
- FRAIJÓ NIETO, Manuel: “Filosofía de la religión: una azarosa búsqueda de identidad”, en AAVV: *Filosofía de la religión. Estudios y textos*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2005.
- FRANKLIN, Eric: “Luke”, en AAVV: *The Oxford Bible commentary*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- FREDMAN, Sandra: *Discrimination law*. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FUENTESECA DÍAZ, Pablo:
 - “Historia del Derecho Romano y Derecho Público Romano”, en *Estudios de Derecho Romano*. 1ª edición. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2009.
 - “La idea política greco – romana y el cristianismo: polis o kosmopolis?”, en *Estudios de Derecho Romano*. 1ª edición. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2009.
- GALIANA MORENO, Jesús María y CÁMARA BOTÍA, Alberto: “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: las decisiones discriminatorias del empresario”, en AAVV: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- GANTEN, Ted Oliver: *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*. 1ª edición. Berlín: Duncker & Humblot, 2000.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, en AAVV: *Constitución y derechos fundamentales*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de la Presidencia, 2004.
- GARCÍA BLANCO, José María:
 - “Reflexiones sobre teoría y método de La ética protestante y el espíritu del capitalismo”, en AAVV: *En el centenario de La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2005.
 - “Caballeros bajo el estandarte del Profeta”, en AAVV: *Sagrado/Profano. Nuevos desafíos al proyecto de la Modernidad*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2010.
- GARCÍA CÁRCCEL, Ricardo y PALAU I ORTA, Josep: “Reforma y Contrarreforma católicas”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006.
- GARCIA GUILLÉN, Diego: “Historia de la objeción de conciencia”, en AAVV: *Objeción de conciencia y sanidad*. 1ª edición. Granada: Comares, 2011.

- GARCÍA MURCIA, Joaquín: “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en AAVV: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006.
- GARCÍA NORIEGA, Antonio: *Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales*. 1ª edición. Madrid: *Difusión Jurídica*, 2009.
- GARCÍA ORTIZ, Luis: “El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales como norma del ordenamiento jurídico español. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo del Derechos Humanos”. *Boletín Aranzadi Penal*, 1/2004 (BIB 2003, 1486).
- GARCÍA-PARDO GÓMEZ, David: “Descanso semanal y festividades religiosas islámicas”, en AAVV: *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2004.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, en AAVV: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- GARCÍA RUIZ, Yolanda:
 - “L’influx de la *Dignitatis Humanae* en la legislació espanyola”, en AAVV: *Las dimensiones jurídico-públicas de la Dignitatis Humanae*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006.
 - “Pluralidad religiosa, diversidad cultural y derechos de la mujer: novedades jurisprudenciales en España”, en AAVV: *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- GARCÍA-SANTESMASES MARTÍN-TESORERO, Antonio Juan:
 - “Los retos pendientes del laicismo. Ante el difícil porvenir de la escuela pública”, en AAVV: *Las sombras del sistema constitucional español*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2003.
 - “Objeción de conciencia al servicio militar”, en AAVV: *Las sombras del sistema constitucional español*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2003.
- GARCÍA VALVERDE, María Dolores: *Menores y jóvenes trabajadores. La prevención de riesgos laborales y medioambientales*. 1ª edición. Granada: Comares, 2013.
- GARCÍA VIÑA, Jordi: “La organización del trabajo en la empresa (I). El poder de dirección”, en AAVV: *Derecho del Trabajo*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2001.
- GARCÍA VITORIA, Ignacio: *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- GARDNER, Lynn McCutchen: “A new standard of review in Free Exercise cases: Thomas v. Review Board of the Indiana Employment & Security Division”. *Pepperdine Law Review*, 1983, Vol. 10, núm. 4.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- GAUSTAD, Edwin y SCHMIDT, Leigh: *The religious history of America. The heart of the American Story from colonial times to today*. Edición revisada. New York: Harper Collins, 2002.
- GIBBON, Edward: *Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano*. 1ª edición. Barcelona: RBA, 2005.
- GIL CALVO, Enrique: “El gran carnaval. Tradiciones, traducciones y traiciones”, en AAVV: *Las encrucijadas de la diversidad cultural*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2005.
- GIL Y GIL, José Luis:
 - “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”. *Aranzadi Social*, 2003, núm. 13. Versión electrónica: www.westlaw.es (BIB 2003, 1246).

- "Poder directivo y apariencia externa del trabajador", en AAVV: *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. 1ª edición. Madrid: La Ley 2005.
- GILL, Anthony: *The political origins of religious liberty*. 1ª edición. New York: Cambridge University Press, 2008.
- GIMÉNEZ GLÜCK, David: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2004.
- GINER DE SAN JULIÁN, Salvador: "Religión civil". *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 1993, núm. 61.
- GINER DE SAN JULIÁN, Salvador y SARASA URDIOLA, Sebastián: "Religión y Modernidad en España", en AAVV: *Religión y sociedad en España*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1993.
- GÓMEZ MIER, Vicente: *De la tolerancia religiosa a la libertad religiosa*. 1ª edición. Madrid: Perpetuo Socorro, 1997.
- GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, María José: "Incidencia del Real Decreto 696/2007 en la contratación laboral de los profesores de religión católica". *Relaciones Laborales*, 2007, núm. 17, tomo 2.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, José María:
 - "Las confesiones religiosas en España: perspectiva jurídica", en AAVV: *Encuentro de las tres confesiones religiosas. Cristianismo, judaísmo, Islam*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 1999.
 - "Límites de la libertad religiosa", en AAVV: *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (Comentarios a su articulado)*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006.
- GONZÁLEZ FAUS, José Ignacio: "Déu?". *Quaderns Cristianisme i Justícia*, 2014, núm. 190.
- GONZÁLEZ MANSO, Ana Isabel: "Tolerancia religiosa y modelo de Iglesia en España en la primera mitad del siglo XIX". *Historia Constitucional*, 2014, núm. 15.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz:
 - "El personal sanitario ante las nuevas técnicas de reproducción humana asistida y la investigación biomédica", en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
 - "La regulación legal de las opciones de conciencia y la ley orgánica de libertad religiosa", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Iustel, 2009.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La dignidad de la persona*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1986.
- GONZÁLEZ RABANAL, Miryam de la Concepción: "El impacto económico de las migraciones", en AAVV: *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- GONZÁLEZ-ROTVOSS GIL, Mariano: "Los enemigos del descanso dominical en España", en AAVV: *Estudios dedicados al Profesor García Oviedo con motivo de su jubilación. Volumen II: Derecho laboral*. 1ª edición. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1954.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro:
 - "Régimen jurídico de los «Testamentos Vitales». La protección de los derechos fundamentales a través de estos documentos", en AAVV: *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2003.
 - "Las objeciones de conciencia de los profesionales de la salud", en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
 - *Derecho y conciencia en las profesiones sanitarias*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2009.
- GOÑI SEIN, José Luis: *El respeto a la esfera privada del trabajador*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1988.

- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás: *El despido disciplinario*. 1ª edición. Madrid: Difusión Jurídica, 2008.
- GOUGH, Michael: "Hacia la ciudad de Dios. Del mundo antiguo al medieval por el puente de la fe", en AAVV: *El nacimiento de la civilización occidental*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1966.
- GRAU BELTRÁN, Silvia: "El protestantismo en España, situación actual", en AAVV: *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006.
- GRAU PINEDA, Carmen: "De las facilidades al retorno voluntario de los trabajadores inmigrantes en España: ¿Medidas anticrisis o gestión de flujos migratorios?". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2011, núm. 28.
- GREENWALT, Kent:
 - *Conflicts of law and morality*. 1ª edición. New York: Oxford University Press, 1987.
 - "Conscientious objection, civil disobedience", en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- GREGORY, Raymond F.: *Encountering religion in the workplace*. 1ª edición. Ithaca: Cornell University Press, 2011.
- GRIFFIN, James: *On human rights*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- GROSS, James A.: "Los derechos de los trabajadores como derechos humanos", en AAVV: *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración: "Crisis económica y derecho al trabajo de los inmigrantes: la evidencia de una insuficiencia normativa". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2013, núm. 33.
- GUGGISBERG, Hans R.: "Wandel der Argumente für religiöse Toleranz und Glaubensfreiheit im 16. und 17. Jahrhundert", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- GUIJARRO GONZÁLEZ, Susana: "Pedro Valdo y el despertar laico en el mundo medieval", en AAVV: *Herejes en la historia*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2009.
- GULIUZZA, Frank: "The Supreme Court, the Establishment Clause, and incoherence", en AAVV: *Religion, public life, and the American polity*. 1ª edición. Knoxville: The University of Tennessee Press, 1994.
- GUNN, Jeremy T.: "Adjudicating rights of conscience under the European Convention of Human Rights", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- HÄBERLE, Peter: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. 1ª edición. Granada: Comares, 2003.
- HABERMAS, Jürgen:
 - "¿Fundamentos prepolíticos del Estado democrático de Derecho?", en HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph: *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*. 1ª edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2008.
 - "Lo político: el sentido racional de una cuestionable herencia de la teología política", en AAVV: *El poder de la religión en la esfera pública*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2011.
 - *La inclusión del otro. Estudio de teoría política*. 6ª reimpresión. Barcelona: Paidós, 2012.
- HALEVI, Leor: "Religion and cross-cultural trade. A framework for interdisciplinary inquiry", en AAVV: *Religion and trade. Cross-cultural exchanges in world history, 1000-1900*. 1ª edición. Nueva York: Oxford University Press, 2014.
- HANSON, Charles P.: *Necessary Virtue. The pragmatic origins of religious liberty in New England*. 1ª edición. Charlottesville: University Press of Virginia, 1998.
- HART, H.L.A.: *The concept of law*. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press, 1997.

- HECKEL, Martin: "The impact of religious rules on public life in Germany", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- HEICHELHEIM, Fritz Moritz: *Historia social y económica de Roma*. 1ª edición. Madrid: Rialp, 1982.
- HELMHOLZ, R.H.: "Western canon law", en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- HEREU I BOHIGAS, Josep: "Ilustración, revolución, romanticismo y cristianismo", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. IV. El Mundo contemporáneo*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2010.
- HERNAINZ MÁRQUEZ, Miguel: *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*. 8ª edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961.
- HERRANZ GÓMEZ, Yolanda: "La formación de empresariado inmigrante en el contexto español", en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.
- HESSE, Konrad: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1995.
- HICKS, Douglas A.: *Religion and the workplace. Pluralism, spirituality, leadership*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- HOLT, Mack P.: *The French Wars of religion*. 2ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- HOMO, León: *Nueva Historia de Roma*. 1ª edición. Barcelona: Joaquín Gil, 1943.
- HOUSTON, Walter: "Exodus", en AAVV: *The Oxford Bible commentary*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- HUIZINGA, Johan: *Erasmus of Rotterdam*. 1ª edición. Londres: Phaidon, 1952.
- HUME, David: *Historia natural de la religión*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 2007.
- HUTCHISON, William R.: *Religious pluralism in America*. 1ª edición. Cambridge: New Haven, 2003.
- IBÁÑEZ ANGULO, Mónica: "La (des)coordinación de las políticas migratorias: el control de los flujos migratorios y las políticas de integración social", en AAVV: *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino: *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*. Volumen I. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- IGLESIAS CANLE, Inés Celia: "El juez ante la obligación de asistir a matrimonios de dos personas del mismo sexo", en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- IGLESIAS-REDONDO, Juan: *Diccionario de definiciones y reglas de Derecho Romano*. 2ª edición. Barcelona: Ariel, 2005.
- ISRAEL, Jonathan: *A revolution of the mind. Radical Enlightenment and the intellectual origins of modern democracy*. 1ª edición. Princeton: Princeton University Press, 2010.
- ITURRI GÁRATE, Juan Carlos: "El trabajo de las personas con discapacidad y la prevención de sus riesgos", en AAVV: *Tratado de salud laboral*. Tomo II. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2012.
- JABARDO VELASCO, Mercedes: "La lógica de la inmigración senegalesa en España". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2011, núm. 28.
- JAEGER, Werner: *Cristianismo primitivo y paideia griega*. 1ª edición. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1965.
- JELLINEK, Georg: *La Declaración de los Derechos del Hombre*. 1ª edición. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- JOHNSON, Luke Timothy:
 - "Religious rights and Christian texts", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Religious perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
 - "Law in early Christianity", en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

- JUERGENSMEYER, Mark: *Terror in the mind of God. The global rise of religious violence*. 1ª edición. Los Angeles: California University Press, 2001.
- JUSDADO RUIZ - CAPILLAS, Miguel Ángel: "Concepto de Derecho eclesiástico el Estado", en AAVV: *Derecho matrimonial canónico y eclesiástico del Estado*. 3ª edición. Madrid: Colex, 2008.
- JUST RIBA, Cassià Maria: *Regla de Sant Benet*. 2ª edición (2ª reimpresión). Barcelona: Publicacions de l'Abadia de Montserrat, 2007.
- KAMEN, Henry: *Intoleranz und Toleranz*. 1ª edición. Munich: Kindler Verlag, 1967.
- KANT, Immanuel: *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. 1ª edición. Madrid: Alianza, 2006.
- KAPLAN, Benjamin J.: *Divided by faith. Religious conflict and the practice of toleration in early modern Europe*. 1ª edición. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- KELSEN, Hans: *Teoría pura del Dret*. Vol. I y II. 1ª edición. Barcelona: Edicions 62, 1988.
- KUNKEL, Wolfgang: *Historia del Derecho Romano*. 7ª edición. Barcelona: Ariel, 1981.
- KUZNETSOV, Georgy: "Integración de inmigrantes". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2012, núm. 31.
- LABOA, Juan María: "La libertad religiosa en la historia constitucional española". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 1982, núm. 30.
- LACOMBA, Josep: *Historia de las migraciones internacionales*. 1ª edición. Madrid: Los libros de la catarata, 2008.
- LAFUENTE CUBILLO, Ana Isabel: "Sobre el derecho a la propia imagen". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1995, núm. 71.
- LAHERA FORTEZA, Jesús: "Libertad religiosa y condiciones laborales: la fe con mutua buena fe", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014.
- LAMBERT III, Lake: *Spirituality, Inc. Religion in the American Workplace*. 1ª edición. Nueva York: New York University Press, 2009.
- LANCEROS MÉNDEZ, José Francisco: "En el principio era el medio. Cuestión de orden", en AAVV: *Religión y violencia*. 1ª edición. Madrid: Círculo de Bellas Artes, 2008.
- LANGE, Ulrich: "Deutschland im Zeitalter der Reichsreform, der kirchlichen Erneuerung und der Glaubenskämpfe", en AAVV: *Deutsche Geschichte. Von den Anfängen bus zur Gegenwart*. 1ª edición. Frankfurt am Main: S. Fischer, 2002.
- LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*. 2ª edición. Barcelona, Ariel, 2001.
- LASAOSA IRIGOYEN, Elena: "Incidencia de las libertades ideológica, religiosa y de culto en el contrato de trabajo", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014.
- LECLER, Joseph: "Die Gewissensfreiheit", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- LEE MILLER, William: *The first liberty: Americas's foundation in religious freedom*. 1ª edición. Washington DC: Georgetown University Press, 2003.
- LEMA TOMÉ, Margarita: *Laicidad e integración de los inmigrantes*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- LERNER, Natan: "Religious human rights and the United Nations", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- LETURIA NAVARROA, Ana: "Educación para la inclusión en un modelo intercultural de gestión de la diversidad", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013.
- LIGHT, Ivan: "Economías étnicas", en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.
- LINZ STORCH DE GRACIA, Juan José: "Religión y política en España", en AAVV: *Religión y sociedad en España*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1993.
- LITTLE, David:

- "Studying «religious human rights»: methodological foundations", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- "Religious liberty", en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- LIVET, Georges: *Las guerras de religión*. 1ª edición. Barcelona: Oikos-Tau, 1971.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio:
 - *Derecho de la libertad de conciencia*. Vol. I y II. 3ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2007.
 - "Tolerancia, laicidad y diálogo intercultural", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013.
- LLANO SÁNCHEZ, Mónica: "La dignidad de la persona como valor constitucional y su proyección sobre el contrato de trabajo", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014.
- LLORCA, Bernardino: *Historia de la Iglesia católica*. Vol. I. 7ª edición. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1996.
- LOCKE, John: *Ensayo y Carta sobre la tolerancia*. 1ª edición. Madrid: Alianza, 1999.
- LOMAS SALMONTE, Francisco Javier: "El imperio cristiano", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. I. El Mundo antiguo*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2006.
- LOMBARDÍA, Pedro y FORNÉS DE LA ROSA, Juan: "El derecho eclesiástico", en AAVV: *Derecho eclesiástico del Estado español*. 5ª edición. Pamplona: EUNSA, 2004.
- LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: "Libertad religiosa y concordato". *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, 2003, núm. 21.
- LÓPEZ ALONSO, Carmen: "Religión, Iglesia y Estado Laico", en AAVV: *Europa, Siglo XXI: secularización y Estados laicos*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006.
- LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo: "La objeción de conciencia desde las creencias religiosas", en AAVV: *Objeción de conciencia y sanidad*. 1ª edición. Granada: Comares, 2011.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio: "Acerca de la libertad religiosa en el tiempo". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 1998, núm. 102.
- LÓPEZ LITA, Rafael y ESTELA BERNAD, Monferrer: "Publicidad, medios de comunicación y segregación ocupacional de la mujer: perpetuación y superación de los estereotipos de género y sus consecuencias en el mercado de mano de obra". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007, núm. 67.
- LÓPEZ LÓPEZ, Julia: "*Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad*", en AAVV: *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- LÓPEZ LOZANO, Carlos y BLÁZQUEZ BURGO, Mariano: "Problemática jurídica general de las iglesias evangélicas españolas", en AAVV: *Pluralismo religioso y Estado de derecho*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel: "Turquía, o el islam ante Europa". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2011, núm. 27.
- LÓPEZ TALAVERA, Mª del Mar y BARROSO ASENJO, Porfirio: "La cláusula de conciencia periodística: perspectiva ética", en AAVV: *La libertad de las conciencias en la regulación del derecho a la información*. 1ª edición. Valencia: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2006.
- LOZANO, Josep Maria: *La empresa ciudadana: un reto de innovación*. 1ª edición. Barcelona: ESADE, 2002.
- LUTZ, Heinrich: *Reforma y contrarreforma. Europa entre 1520 y 1648*. 1ª edición. Madrid: Alianza, 2009.
- MACHO, Luis Miguel: "Límites a la regulación por ley de las opciones de conciencia", en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- MACMULLEN, Ramsay: *Christianizing the Roman Empire*. 1ª edición. New Haven: Yale University Press, 1984.

- MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 1ª edición. Madrid: MacGraw Hill, 1999.
- MANTECÓN MOVELLÁN, Tomás A.: “Omnia sunt communia. Thomas Müntzer, la palabra y la rebelión del hombre común”, en AAVV: *Herejes en la historia*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2009.
- MAOZ, Asher: “Religious human rights in the State of Israel”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- MARCO PERLES, Ginés Santiago: “Alcance y límites de la invocación a la ética de los profesionales de la información en la jurisprudencia constitucional española”, en AAVV: *La libertad de las conciencias en la regulación del derecho a la información*. 1ª edición. Valencia: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2006.
- MARCOCCI, Giuseppe: “Trading with the Muslim world. Religious limits and proscriptions in the Portuguese empire”, en AAVV: *Religion and trade. Cross-cultural exchanges in world history, 1000-1900*. 1ª edición. Nueva York: Oxford University Press, 2014.
- MARCOS, Mar:
 - “Ley y religión en el Imperio Cristiano (s. IV y V)”. *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, 2004, núm. 11.
 - “La idea de libertad religiosa en el Imperio romano”. *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, 2007, núm. 18.
- MARÍN CORREA, José María: “Profesores de religión en centros de enseñanza públicos (a propósito del RD 696/2007, de 1 de junio)”. *Actualidad Laboral*, 2007, núm. 16, tomo 2.
- MARITAIN, Jacques: *On the use of philosophy*. 1ª edición. Princeton: Princeton University Press, 1961.
- MARTIN, J. Paul: “Inter-faith dialogue and the modern state: international perspectives”, en AAVV: *Encuentro de las tres confesiones religiosas. Cristianismo, judaísmo, Islam*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 1999.
- MARTÍN AYALA, María: “La objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo: procedimiento para su ejercicio. Los registros de objetores”. *Derecho y salud*, 2010, núm. 2.
- MARTIN HUME, C.: “España durante el reinado de Felipe III”, en AAVV: *Historia del mundo en la Edad Moderna. Vol. III. Las guerras de religión*. 2ª edición. Barcelona: Ramón Sopena, 1940.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo:
 - *Libertad religiosa y orden público. Un estudio de jurisprudencia*. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 1970.
 - “Sacrificios rituales de animales, autorización administrativa y libertad religiosa (Sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia, de 27 de junio de 2000)”. *Revista de Administración Pública*, 2003, núm. 161.
 - “Reflexiones sobre los acuerdos de cooperación del Estado con las federaciones evangélica, judía y musulmana. En los diez años de su vigencia”, en AAVV: *Los acuerdos con las confesiones minoritarias. Diez años de vigencia*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2004.
 - *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en materia de libertad religiosa*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2007.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro: “La libertad religiosa en la ley orgánica del Estado”. *Revista de Estudios Políticos*, 1972, núm. 182.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y GARCÍA GARCÍA, Ricardo: “La objeción de conciencia al aborto”, en AAVV: *Libertad de conciencia y salud. Guía de casos prácticos*. 1ª edición. Granada: Comares, 2008.

- MARTÍN VALVERDE, Antonio: "Ideologías jurídicas y contrato de trabajo", en AAVV: *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*. 1ª edición. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1978.
- MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes: "Obligaciones del trabajador en la relación de trabajo", en AAVV: *El contrato de trabajo. Vol. II. Régimen general del contrato de trabajo*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2010.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José:
 - *Constitución y libertad religiosa en España*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2000.
 - *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 2001.
 - "En el origen de la tolerancia y de la libertad de conciencia: Servet, Calvino y Castellio". *REDUR*, 2014, núm. 12.
- MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel:
 - "El principio de igualdad en la relación de trabajo (Un apunte sobre la eficacia *inter privatos* del artículo 14 de la Constitución) (I)". *Actualidad Laboral*, 1996, núm. 32.
 - "El principio de igualdad en la relación de trabajo (Un apunte sobre la eficacia *inter privatos* del artículo 14 de la Constitución) (y II)". *Actualidad Laboral*, 1996, núm. 33.
 - *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. 1ª edición. Barcelona: CEDECS, 1998.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier:
 - "Diez años después. Sugerencias sobre una posible revisión de los acuerdos de 1992 con las federaciones evangélica, israelita e islámica", en AAVV: *Los acuerdos con las confesiones minoritarias. Diez años de vigencia*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2004.
 - "La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, veintiocho años después", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Lustel, 2009.
 - "La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2015, núm. 50.
- MARTY, Martin E.: "Religious dimensions of human rights", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Religious perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- MARZAGALLI, Silvia: "Trade across religious and confessional boundaries in modern France", en AAVV: *Religion and trade. Cross-cultural exchanges in world history, 1000-1900*. 1ª edición. Nueva York: Oxford University Press, 2014.
- MASCALL, Eric L.: *Cristianismo secularizado*. 1ª edición. Barcelona: Kairós, 1969.
- MATÍA PRIM, Javier: "Descanso semanal y anual. Permisos", en AAVV: *Diecisiete lecciones sobre la ley de relaciones laborales*. 1ª edición. Madrid: Universidad de Madrid, 1977.
- MAYORAL CORTÉS, Victorino: "Libertad religiosa y laicidad: los límites del modelo", en AAVV: *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006.
- MCGOLDRICK, Dominic: "Religion in the European public square and in the European public life. Crucifixes in the classroom?". *Human Rights Law Review*, 2011, núm. 11-3.
- MÉNDEZ BAIGES, Víctor: *Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2002.
- MILLER, Robert T. y FLOWERS, Ronald B.: *Toward benevolent neutrality: Church, State, and the Supreme Court*. 4ª edición. Waco: Markham Press Fund of Baylor University Press, 1992.
- MINTEGUÍA ARREGUI, Igor:

- "La eficacia civil de los derechos confesionales en el marco del Estado laico", en AAVV: *Inmigración, minorías y multiculturalidad*. 1ª edición. Lejona: Adoración Castro, 2006.
- "La noción de orden público como límite de la libertad religiosa", en AAVV: *Derechos humanos, minorías culturales y religiosas en Colombia y en España*. 1ª edición. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2008, pp. 161-181.
- "Diversidad cultural y deporte profesional", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales: el paradigma de *Drittwirkung* laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1991, núm. 3.
- MOMIGLIANO, Arnaldo:
 - "Algunas observaciones preliminares sobre la «oposición religiosa» al imperio romano", en: *De paganos, judíos y cristianos*. 1ª edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
 - "Cómo se convirtieron en dioses los emperadores romanos", en: *De paganos, judíos y cristianos*. 1ª edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
 - "Historiografía de la religión: Concepciones occidentales", en: *De paganos, judíos y cristianos*. 1ª edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
 - "La biografía antigua y el estudio de la religión en el Imperio romano", en: *De paganos, judíos y cristianos*. 1ª edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
 - "La religión en Atenas, Roma y Jerusalén en el siglo I a.C.", en: *De paganos, judíos y cristianos*. 1ª edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
 - "La religión romana: el período imperial", en: *De paganos, judíos y cristianos*. 1ª edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
 - "Las desventajas del monoteísmo para un Estado universal", en: *De paganos, judíos y cristianos*. 1ª edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
 - "Los esfuerzos teológicos de las clases altas romanas en el siglo I a.C.", en: *De paganos, judíos y cristianos*. 1ª edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- MOMMSEN, Theodor: *Historia de Roma*. 1ª edición. Madrid: RBA, 2005. Vols. I, II, III y IV.
- MONEREO PÉREZ, José Luis:
 - "La cuestión social en la España del siglo XIX". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2005, núm. 128.
 - "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2013, núm. 34.
- MONEREO PÉREZ, José Luis y TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel:
 - "El modelo de política jurídica de inmigración y mercado de trabajo en España". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2012, núm. 29.
 - "Las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos sociales ante las transversales novedades jurídicas nacionales y comunitarias de 2011 y 2012: sentido y alcance desde el constitucionalismo democrático social". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2013, núm. 157.
- MONTERO GARCÍA, Feliciano: "La industrialización y sus repercusiones en las formas de vida y en la acción de la Iglesia Católica", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. IV. El Mundo contemporáneo*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2010.
- MONTERO GIBERT, José Ramón: "Las dimensiones de la secularización", en AAVV: *Religión y sociedad en España*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1993.
- MONTESQUIEU: *Grandeza y decadencia de los romanos*. 4ª edición. Madrid: Espasa Calpe, 1962.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo:

- *El poder de dirección del empresario*. 1ª edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965.
- “El derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores”. *Documentación Laboral*, 1983, núm. 7.
- *Derecho del Trabajo*. 13ª edición. Madrid: Tecnos, 1992.
- “Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen (sobre la STC 99/1994, de 11 de abril)”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1996, núm. 75.
- “El poder de dirección del empresario (art. 20)”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2000, núm. 100, Volumen I.
- *La buena fe en el derecho del trabajo*. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 2001.
- “El trabajo en la Constitución”, en AAVV: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*. 2ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2009.
- “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales”, en AAVV: *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2011.
- “El trabajo en las constituciones españolas del siglo XIX”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2012, núm. 154.
- MOORE, Leroy: “Religionsfreiheit: Roger Williams und die Revolutionäre Ära”, en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- MORAL DE BLAS, Alfonso y MARTÍN ROMÁN, Ángel Luís: “Efectos de la crisis económica sobre los flujos migratorios: un análisis provincial”, en AAVV: *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- MORALES RUIZ, Juan José: *La publicación de la ley de represión de la masonería en la prensa de la España de postguerra (1940)*. 1ª edición. Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 1992.
- MORATO GARCÍA, Rosa María: *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección*. 1ª edición. Granada: Comares, 2011.
- MORE, Thomas: *Utopía*. 2ª edición. Madrid: Akal, 2011.
- MOREAU, Jacques: *La persécution du christianisme dans l'empire romain*. 1 edición. Paris: Presses Universitaires de France, 1956.
- MORENO ANTÓN, María: “Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial”, en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Iustel, 2009.
- MORENO BOTELLA, Gloria: *La libertad de conciencia del trabajador en las empresas ideológicas confesionales*. 1ª edición. Madrid: Fundación Universitaria Española, 2003.
- MORENO MÁRQUEZ, Ana: “La discriminación directa e indirecta en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en AAVV: *Comentarios laborales de la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- MORENO MARTÍNEZ, Doris: “La Inquisición Española: ¿descubrimiento o nueva creación?”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006.
- MORENO RANGEL, César Humberto: *La objeción de conciencia y su aplicación al supuesto del aborto*. 1ª edición. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2010.
- MORERAS, Jordi: “Iniciativas comerciales inmigrantes en un contexto urbano en transformación: el caso de Ciutat Vella (Barcelona)”, en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.
- MORODO LEONCIO, Raúl: *La transición política*. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 1984.
- MOTILLA DE LA CALLE, Agustín:

- “La reforma de los acuerdos de cooperación con las federaciones evangélica, judía y musulmana”, en AAVV: *Los acuerdos con las confesiones minoritarias. Diez años de vigencia*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2004.
- “La libertad de vestimenta: el velo islámico”, en AAVV: *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2004.
- “Ley Orgánica de Libertad Religiosa y acuerdos con las confesiones: experiencia y sugerencias de iure condendo”, en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Iustel, 2009.
- El derecho a discriminar en las relaciones laborales; excepciones a la prohibición general a discriminar por motivos ideológicos o religiosos en Europa”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2013, núm. 158.
- MURPHY, Andrew R.: *Conscience and community: revisiting toleration and religious dissent in early modern England and America*. 1ª edición. Pennsylvania: Pennsylvania University Press, 2001.
- MURRAY, Bruce T.: *Religious liberty in America. The First Amendment in historical and contemporary perspective*. 1ª edición. Amherst: University of Massachusetts, 2008.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. 1ª edición. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. 2ª edición. Madrid: Iustel, 2012.
- NEGREDO DEL CERRO, Fernando: “Evolución de las relaciones Iglesia-Estado”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006.
- NEVILLE FIGGS, M.A.: “Las ideas políticas en el siglo XVI”, en AAVV: *Historia del mundo en la Edad Moderna. Vol. III. Las guerras de religión*. 2ª edición. Barcelona: Ramón Sopena, 1940.
- NIETO NÚÑEZ, Silverio: “Enseñanza de la religión en la escuela: normatividad legal y conflictividad social”, en AAVV: *Pluralismo religioso y Estado de derecho*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- NIETZSCHE, Friedrich: *L'Anticrist*. 2ª edición. Barcelona: Llibres de l'Índex, 2008.
- NIRENBERG, David: *Communities of violence: persecution of minorities in the Middle Ages*. 2ª edición. Princeton: Princeton University Press, 1998.
- NOONAN JR, John T.: “The tensions and the ideals”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- NOTÓ I BRULLES, Pere y PANYELLA I ROSES, Magí: *Introducció a la psicologia social*. 1ª edición. Barcelona: Edicions 62, 1986.
- NOVAK, David: “Law and religion in Judaism”, en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- NUSSBAUM, Martha: *Liberty of conscience. In defense of America's tradition of religious equality*. 1ª edición. Nueva York: Basic Books, 2008.
- NUÑEZ – CORTÉS CONTRERAS, Pilar Y GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo: “(Des) Igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores con responsabilidades familiares: realidad actual y soluciones – parciales – planteadas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres (I)”. *Tribuna Social*, 2006, núm. 192.
- NÚÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano: *Interculturalidad y derecho del trabajo. Una aproximación a la gestión no discriminatoria de la diversidad cultural en la empresa*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- NÚÑEZ RIVERO, Cayetano: “Confesionalismo excluyente, tolerancia y libertad religiosa en el constitucionalismo español del siglo XIX”, en AAVV: *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

- OEHLING DE LOS REYES, Alberto: "El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2011, núm. 91.
- OJEDA AVILÉS, Antonio: *La renuncia de derechos de los trabajadores*. 1ª edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- OJEDA AVILÉS, Antonio e IGARTUA MIRÓ, María Teresa: "La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, núm. 73.
- OLGIVIE, Robert M.: *Los romanos y sus dioses*. 1ª edición. Madrid: Alianza, 1995.
- OLLERO TASSARA, Andrés: *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*. 1ª edición. Madrid: Aranzadi, 2009.
- ORLOVSKI, Y.: "Derecho laboral", en AAVV: *Introducción al Derecho soviético*. 1ª edición. Moscú: Editorial Progreso, 1988.
- ORSY S.J., Ladislav: "The divine dignity of human persons in Dignitatis humanae". *Theological Studies*, 2014, Vol. 75 (I).
- ORTIZ DÍAZ, José: "El bien común y la Administración pública", en AAVV: *Estudios dedicados al Profesor García Oviedo con motivo de su jubilación. Volumen I: Derecho Administrativo*. 1ª edición. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1954.
- OSO CASAS, Laura y RIBAS MATEOS, Natalia: "Empresariado étnico y relaciones de género: mujeres dominicanas y marroquíes en Madrid y Barcelona", en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.
- PACHECO ZERGA, Luz: *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. 1ª edición. Madrid: Aranzadi, 2007.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos:
 - *Despidos discriminatorios y libertad sindical*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1983.
 - *Los derechos laborales en la Constitución Española*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
 - *Derecho del Trabajo e ideología*. 6ª edición revisada. Madrid: Tecnos, 2002.
 - "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos fundamentales inespecíficos", en AAVV: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- PALOMINO LOZANO, Rafael:
 - *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el Derecho norteamericano*. 1ª edición. Madrid: Montecorvo, 1994.
 - *Religión y derecho comparado*. 1ª edición. Madrid: Iustel, 2007.
 - *Neutralidad del Estado y espacio público*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2014.
- PÁNIKER, Agustín: *Los sikhs*. 1ª edición. Barcelona: Kairós, 2007.
- PANIKKAR ALEMANY, Raimon: "La religión del futuro", en AAVV: *Filosofía de la religión. Estudios y textos*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2005.
- PANIZO ROBLES, José Antonio: "Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y Seguridad Social (a propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2007, núm. 290.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: *Derecho Administrativo I. Parte General*. 13ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- PARKER, Geoffrey: *Europe in crisis. 1598-1648*. 1ª edición. Londres: Fontana-Collins, 1979.
- PARKER, T.H.L.: *John Calvin*. 1ª edición. Londres: Lion Publishing, 1982.
- PAULUS, Nikolaus: "Religionsfreiheit und Augsburgischer Religionsfired", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.

- PECES – BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. 2ª edición. Madrid: Dykinson, 2003.
- PEDRAJAS MORENO, Abdón: *Despido y derechos fundamentales*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 1992.
- PEREDA, Carlos: “Trabajadoras inmigrantes por cuenta propia. Una aproximación descriptiva”, en AAVV: *Empresariado étnico en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.
- PÉREZ-AGOTE POVEDA, Alfonso:
 - “Los límites de la secularización: hacia una versión analítica de la teoría”, en AAVV: *Sagrado/Profano. Nuevos desafíos al proyecto de la Modernidad*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2010.
 - *Cambio religioso en España: los avatares de la secularización*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2012.
- PÉREZ-AGOTE POVEDA, Alfonso y SANTIAGO GARCÍA, José A.: *La situación de la religión en España a principios del siglo XXI*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2005.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador: “Retos de la gestión de la diversidad cultural en el ámbito educativo francés. El caso del velo y del pañuelo islámicos”, en AAVV: *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- PÉREZ AMORÓS, Francisco: “Una aportación de la II República en favor del Derecho del Trabajo: su concepción del contrato de trabajo (Del arrendamiento de servicios civiles al contrato de trabajo y del derecho común al Derecho del Trabajo)”, en AAVV: *Segona República i món jurídic: recull de les ponències presentades a les jornades sobre la II República i món jurídic (1931-2006)*. 1ª edición. Mataró: Cálamo, 2007.
- PÉREZ BOTIJA, Eugenio:
 - *Contrato de trabajo y Derecho Público (Notas a la ley de 26 de enero de 1944)*. 1ª edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944.
 - *El contrato de trabajo*. 1ª edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1945.
- PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel: “Identidad de la relación laboral”, en AAVV: *El contrato de trabajo. Volumen II. Régimen general del contrato de trabajo*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2010.
- PÉREZ DEL RÍO, Teresa: “La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación para el debate”. *Revista de Derecho Social*, 2007, núm. 37.
- PÉREZ GARCÍA, Rafael M.: “Pensamiento teológico y movimientos espirituales en el siglo XVI”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antonio – Enrique: *Los derechos fundamentales*. 8ª edición. Madrid: Tecnos, 2004.
- PÉREZ-UGENA COROMINA, María: *La objeción de conciencia entre la desobediencia y el Derecho Constitucional*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- PÉREZ VAQUERO, Carlos: “La observancia de los ritos funerarios musulmanes y la policía sanitaria mortuoria (Española y Europea)”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2015, núm. 50.
- PERRY, Michael J.:
 - “Christianity and human rights”, en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
 - “Religious freedom and beyond: the right to moral freedom”. *Public Law & Legal Theory Research Papers Series*. Research Paper nº 09-60, Emory University School of Law.
- PICO LORENZO, Celsa: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Revista Unión Europea Aranzadi*, 2009, núm. 11.
- PIÑERO SÁENZ, Antonio: *Los cristianismos derrotados*. 2ª edición. Madrid: Edaf, 2008.

- POGGI, Gianfranco: "Releyendo un ensayo de hace cien años", en AAVV: *En el centenario de La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2005.
- POLO SABAU, José Ramón: *Dimensiones de la libertad religiosa en el Derecho español*. 1ª edición. Barcelona: Bosch Editor, 2014.
- PORRAS RAMÍREZ, José María: "La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea", en AAVV: *Derecho y factor religioso*. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 2011.
- PORSET, Charles: "Ilustración, masonería y Voltaire: espejo de laicidad", en AAVV: *Europa, Siglo XXI: secularización y Estados laicos*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006.
- POSTEL, V.: *Historia de la Iglesia desde Nuestro señor Jesucristo hasta el Pontificado de Pío IX*. 1ª edición. Barcelona: Librería Religiosa, 1875.
- PRADO, Abdennur: *El retorn de l'islam a Catalunya*. 1ª edición. Barcelona: Llibres de l'Índex, 2008.
- PRIBILLA, Max: "Dogmatische Intoleranz und bürgerliche Toleranz", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- PRIETO SANCHÍS, Luís: "Principios constitucionales del derecho eclesiástico español", en AAVV: *Manual de Derecho eclesiástico*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2004.
- PRIETO, Vicente: *Relaciones Iglesia-Estado. La perspectiva del Derecho Canónico*. 1ª edición. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 2005.
- RAHNER, Karl: *Tolerancia, libertad, manipulación*. 1ª edición, 2ª impresión. Barcelona: Herder, 2010.
- RAMOS – LISSÓN, Domingo: *Compendio de historia de la Iglesia antigua*. 1ª edición. Pamplona: Universidad de Navarra, 2009.
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel: "Acceso al mercado de trabajo y condiciones de trabajo de los inmigrantes en el contexto de la crisis económica". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2011, núm. 28.
- RATZINGER, Joseph: "Lo que cohesiona al mundo. Los fundamentos morales y prepolíticos del Estado liberal", en HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph: *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*. 1ª edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- RAWLS, John:
 - *A theory of justice*. 11ª reimpresión. Cambridge: Harvard University Press, 1981.
 - *Political liberalism*. 1ª edición. Nueva York: Columbia University Press, 1993.
- RAZ, Joseph: *The morality of freedom*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- REICHLEY, A. James: *Religion in American public life*. 1ª edición. Washington DC: The Brookings Institution, 1985.
- REQUERO IBÁÑEZ, José Luis: "La objeción de conciencia por los jueces", en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: "El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", en AAVV: *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- RICHARDSON, Oliver H.: "Religiöse Toleranz unter dem grossen Kurfürsten und ihre praktischen Ergebnisse", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- RIEMER, Neal:
 - "Madison: A founder's vision of religious liberty and public life", en AAVV: *Religion, public life, and the American polity*. 1ª edición. Knoxville: The University of Tennessee Press, 1994.
 - *James Madison: Creating the American Constitution*. 1ª edición. Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1986.

- RIVAS VALLEJO, Pilar:
 - "Trabajo, islam y género", XVIII Jornades Catalanes de Dret Social, Barcelona, 1 y 2 de marzo de 2007.
 - "Derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales a la luz de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014.
 - "Mujer trabajadora e Islam: binomio para la discriminación", ponencia a las jornadas "L'exercici del dret de llibertat religiosa en el marc laboral", Girona, 23 de octubre de 2015. Inédita.
- RIVERO LAMAS, Juan: "Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional", en AAVV: *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- RIUS SANT, Xavier: *La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual*. 1ª edición. Barcelona: Integral Edicions, 1988.
- ROCA FERNÁNDEZ, María José:
 - *La declaración de la propia religión o creencias en el Derecho español*. 1ª edición. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1992.
 - "Sobre el concepto de tolerancia en las fuentes jurídicas seculares de los territorios centroeuropeos durante la época de la Reforma". *Foro, Nueva Época*, 2006, núm. 4.
 - "Aplicación de las medidas de tolerancia religiosa en Prusia y Austria". *Revista de Derecho Canónico*, 2007, núm. 64.
 - "Dignidad de la persona, pluralismo y objeción de conciencia", en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
 - *La tolerancia en el derecho*. 1ª edición. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009.
- RODRÍGUEZ BAJÓN, Santiago: "La respuesta «insatisfactoria» del Tribunal Constitucional en un caso difícil: la objeción de conciencia ante la asignatura de Educación para la Ciudadanía". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8305.
- RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel: "Manifestaciones del derecho fundamental de libertad religiosa", en AAVV: *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (Comentarios a su articulado)*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*. 1ª edición. Oviedo: Consejo Económico y Social de Asturias, 2009.
- RODRÍGUEZ CRESPO, María José: "Problemas actuales sobre el poder empresarial de organizar y controlar la actividad productiva". *Aranzadi Social*, 2006, núm. 712. Versión electrónica: www.westlaw.es (BIB 2006, 1220).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*. 1ª edición. Barcelona: Cedecs, 2002.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio: *Derecho comunitario de la libertad de conciencia. Materiales*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2009.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Javier: "Introducción", en AAVV: *En el centenario de La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2005.
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO - FERRER, Miguel:
 - "Un modelo democrático de relaciones laborales", en AAVV: *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*. 1ª edición. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1978.
 - "La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional". *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1998, núm. 2, Tomo II.

- "La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo", en AAVV: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- "Derechos fundamentales del trabajador, poderes empresariales y contrato de trabajo", en AAVV: *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- "Poder de dirección y derecho contractual", en AAVV: *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. 1ª edición. Madrid: La Ley 2005.
- RODRÍGUEZ – PIÑERO Y BRAVO - FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda: *Igualdad y discriminación*. 1ª edición. Madrid: Tecnos, 1986.
- RODRÍGUEZ – PIÑERO ROYO, Miguel Carlos: "La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional". *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1998, núm. 2, Tomo II.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz: "Discriminación del trabajador con discapacidad por falta de realización de ajustes razonables: derecho a la reubicación y despido por incapacidad, ineptitud y absentismo", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014.
- RODRÍGUEZ – ZAPATA PÉREZ, Jorge: "¿Igualdad, o no discriminación en las relaciones de trabajo?". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2000, núm. 100, Volumen I.
- ROMAGNOLI, Umberto: "Weimar, ¿y después?", en AAVV: *Autoridad y democracia en la empresa*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 1992.
- ROMÁN DE LA TORRE, M^a. Dolores: *Poder de dirección y contrato de trabajo*. 1ª edición. Valladolid: Grapheus, 1992.
- ROSSELL GRANADOS, Jaime:
 - "Improcedencia de sanción laboral por uso de vestimenta religiosa: Comentario a la STSJ de Baleares, de 9 septiembre 2002". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2003, núm. 1.
 - *La no discriminación por motivos religiosos en España*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.
 - "La Ley Orgánica de libertad religiosa española y su posible reforma: ¿hacia el modelo de Ley de Libertad Religiosa portugués?", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Lustel, 2009.
- ROY, Olivier: *El Islam en Europa: ¿una religión más o una cultura diferente?*. 1ª edición. Madrid: Editorial Complutense, 2006.
- RUBIO HERNÁNDEZ, Rogelio: *Antropología: religión, mito y ritual*. 2ª edición. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1991.
- RUBIO LÓPEZ, José Ignacio: *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*. 1ª edición. Pamplona: Universidad de Navarra, 2006.
- RUIZ CASTILLO, María del Mar y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan: "El trabajo no retribuido", en AAVV: *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2007.
- RUIZ IBAÑEZ, José Javier y PENZI, Marco: "La edad del absolutismo confesional: las guerras de religión", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. III. El Mundo moderno*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2006.
- SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto: "La pretensión constitucional de la libertad de expresión y el problema de la televisión en España", en AAVV: *Las sombras del sistema constitucional español*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2003.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio: *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2005.

- SAGARDOY BENGOCHEA, José Antonio y GIL Y GIL, José Luis: "Los derechos constitucionales del empresario", en AAVV: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- SALAS PORRAS, María: "El poder de dirección del empresario como elemento modulador del derecho fundamental del trabajador a la libertad religiosa. Revisión de la jurisprudencia española procedente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014.
- SALADRIGAS RIERA, Robert: *Las confesiones no católicas de España*. 1ª edición. Barcelona: Edicions 62, 1971.
- SALOMÓN CHÉLIZ, María Pilar: "Laicismo, género y religión. Perspectivas historiográficas". *Ayer*, 2006, núm. 61.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Historia del constitucionalismo español*. 3ª edición revisada. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978.
- SÁNCHEZ-CARO, Javier:
 - "La objeción de conciencia farmacéutica", en AAVV: *Libertad de conciencia y salud. Guía de casos prácticos*. 1ª edición. Granada: Comares, 2008.
 - "La objeción de conciencia sanitaria". *Derecho y salud*, 2010, núm. 2.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Elena: "Modos de religiosidad en la contemporaneidad", en AAVV: *Europa, Siglo XXI: secularización y Estados laicos*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª Paz: *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- SÁNCHEZ SUÁREZ, Rafael: *La objeción de conciencia*. 1ª edición. Madrid: Instituto Nacional de Prospectiva, 1980.
- SÁNCHEZ – URÁN AZAÑA, Yolanda: "Despido y móvil discriminatorio: garantías, sustantiva y procesal, tras la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres". *Actualidad Laboral*, 2007, núm. 14.
- SANDBERG, Russell: *The Implications of the Court of Appeal Decision in Ladele. And other Case Law developments*. Comunicación presentada al Centre for Law and Religion's Interfaith Legal Advisers Network, 1 de marzo de 2010.
- SANDEL, Michael J.: *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?*. 2ª edición. Barcelona: Penguin Random House, 2014.
- SANS, Isidro María: "Síntesis de historia de las religiones", en AAVV: *Filosofía de la religión. Estudios y textos*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2005.
- SANTAMARÍA LAMBÁS, Fernando: "La multiculturalidad-interculturalidad y el derecho penal español: presente y futuro", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013.
- SCHALIT, Abraham: "Choque de ideologías. Palestina bajo los Seléucidas y los romanos", en AAVV: *El crisol del cristianismo*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1971.
- SCHEUNER, Ulrich: "Die Religionsfreiheit im Grundgesetz", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- SCHLETTE, Heinz Robert: "Toleranz", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- SCHWARTZ, Stuart B.: *All can be saved. Religious tolerance and salvation in the Iberian Atlantic world*. 1ª edición. New Haven: Yale University Press, 2008.
- SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, Àlex:
 - *Musulmans a Catalunya. El repte de la integració i la llibertat religiosa*. 1ª edición. Barcelona: Angel Editorial, 2004.
 - *La laicidad y sus matices*. 1ª edición. Granada: Comares, 2005.
 - "Tolerancia y libertad religiosa en la doctrina social de la Iglesia", en AAVV: *Las dimensiones jurídico-públicas de la Dignitatis Humanae*. 1ª edición. Granada: Comares, 2006.

- SEIFERT, Achim: "Federal Labor Court strengthens religious freedom at the workplace". *German Law Journal*, 2003, vol. 4, núm. 6.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina: "Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva", en AAVV: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: "El perímetro de la objeción de conciencia médica". *InDret*, 2009, núm. 4. Versión electrónica: www.indret.com.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario: "La discriminación indirecta por razón de sexo", en AAVV: *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- SHELTON, Dinah y KISS, Alexandre: "A draft model law on freedom of religion, with commentary", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- SHERWIN-WHITE, A. Nicholas: "El imperio de Roma. El gobierno romano y la Iglesia cristiana", en AAVV: *El crisol del cristianismo*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1971.
- SIERRA RODRÍGUEZ, Javier: *Seguridad y salud laboral entre la población musulmana durante el Ramadán. Informe sobre los riesgos laborales del trabajador musulmán durante el mes de Ramadán en la Región de Murcia*. Murcia: Consultores CSA, 2012.
- SOBOUL, Albert: *La revolución francesa*. 1ª edición, 7ª reimpresión. Madrid: Tecnos 2003.
- SÓFOCLES: *Tragedias*. 1ª edición. Barcelona: RBA, 2006.
- SOLÉ TURA, Jordi y AJA FERNÁNDEZ, Eliseo: *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*. 20ª edición. Madrid: Siglo XXI, 2005.
- SOUTO GALVÁN, Esther: "La libertad religiosa en la Constitución y en la Declaración Universal de Derechos Humanos", en AAVV: *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Lustel, 2009.
- SPINOZA, Baruch: *Tratado teológico-político*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Madrid: Alianza, 2008.
- STANLEY LEATHES, M.A.: "Enrique IV de Francia", en AAVV: *Historia del mundo en la Edad Moderna. Vol. III. Las guerras de religión*. 2ª edición. Barcelona: Ramón Sopena, 1940.
- STARCK, Christian:
 - "Raíces históricas de la libertad religiosa moderna". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1996, núm. 47.
 - "Derechos fundamentales y Derecho privado". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2002, núm. 66.
- STRONKS, Julia K.: "The Courts' definition of religious activity: protection of diversity or imposition of a majority view?", en AAVV: *Religion, public life, and the American polity*. 1ª edición. Knoxville: The University of Tennessee Press, 1994.
- STUART MILL, John:
 - "On liberty", en AAVV: *Utilitarianism and On Liberty*. 2ª edición. Oxford: Blackwell, 2003.
 - "Utilitarianism", en AAVV: *Utilitarianism and On Liberty*. 2ª edición. Oxford: Blackwell, 2003.
- SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis: *Crisis y restauración en Europa*. 1ª edición. Madrid: Homo Legens, 2009.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando:
 - "La indisciplina como causa de despido", en AAVV: *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*. 1ª edición. Madrid: Universidad de Madrid, 1969.
 - "El marco constitucional de los derechos laborales". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1997, nº 3.
- SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo:

- “Laicidad en el constitucionalismo español”, en AAVV: *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2005.
- “La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, 25 años después”, en AAVV: *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006.
- SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos: “La conciencia ética como límite de la regulación deontológica y jurídica”, en AAVV: *La libertad de las conciencias en la regulación del derecho a la información*. 1ª edición. Valencia: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2006.
- TAJADURA TEJADA, Javier: “Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2004, núm. 7.
- TAMAYO ACOSTA, Juan José:
 - “Las fuentes mítico-religiosas del pensamiento europeo: secularización, retorno de la religión y laicidad”, en AAVV: *Europa, Siglo XXI: secularización y Estados laicos*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006.
 - “Religiones y derechos humanos: dificultades, problemas y aportaciones”. *Encuentros multidisciplinares*, 2014, núm. 46, pp. 11-19.
- TARODO SORIA, Salvador:
 - “Identidad cultural y religiosa en el ámbito de la sanidad”, en AAVV: *Derechos humanos, minorías culturales y religiosas en Colombia y en España*. 1ª edición. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2008.
 - TARODO SORIA, Salvador: “Integración de la diversidad y sanidad en la administración local. Estudio de casos a partir de las iniciativas de cinco ciudades: Madrid, Barcelona, Bilbao, Getafe y Tudela”, en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013.
- TATARY BAKRY, Riay: “El Islam en España”, en AAVV: *La nueva realidad religiosa española: 25 años de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006.
- TAYLOR, Charles:
 - *Multiculturalism and the politics of recognition*. 1ª edición. Princeton: Princeton University Press, 1992.
 - “Por qué necesitamos una redefinición radical del secularismo”, en AAVV: *El poder de la religión en la esfera pública*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2011.
- TEDESCHI, Mario: “The three religions in the late Spanish middle ages”, en AAVV: *Encuentro de las tres confesiones religiosas. Cristianismo, judaísmo, Islam*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 1999.
- TEJA CASUSO, Ramón: “El cristianismo y el Imperio Romano”, en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. I. El Mundo antiguo*. 3ª edición. Madrid: Trotta, 2006.
- TÉLLEZ MAQUEO, David Ezequiel: “La conciencia personal: su concepto, medida y libertad”, en AAVV: *La libertad de las conciencias en la regulación del derecho a la información*. 1ª edición. Valencia: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2006.
- TERRÁDEZ SALOM, Daría: “El consejo de Europa y la integración de los inmigrantes: recomendaciones políticas”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2012, núm. 31.
- THOMAS, Hugh:
 - *El imperio español. De Colón a Magallanes*. 1ª edición. Barcelona: Planeta, 2007.
 - *El imperio español de Carlos V*. 1ª edición. Barcelona: Planeta, 2010.
- TIERNEY, Brian:
 - “Religious rights: An historical perspective”, en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Religious perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996
 - “Natural law and natural rights”, en AAVV: *Christianity and law. An introduction*. 1ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

- TIERNO GALVÁN, Enrique: *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1978)*. 2ª edición. Madrid: Tecnos, 1979.
- TOLEDO OMS, Albert:
 - *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2009.
 - "Relaciones colectivas y sindicación", en AAVV: *La relación de trabajo en el deporte profesional*. 1ª edición. Madrid: Difusión Jurídica, 2011.
 - "Relación laboral y libertad religiosa en España: una asignatura pendiente". *Derecho del Trabajo*. Fundación Universitas (Venezuela), nº 12/2011.
- TOMEI, Manuela: "Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo". *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, núm. 4.
- TORRADEFLOT, Francesc: "El cristianismo y el diálogo interreligioso", en AAVV: *Historia del cristianismo. Vol. IV. El Mundo contemporáneo*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2010.
- TORRENTS MARGALEF, Jorge: "Las limitaciones del ejercicio del derecho activo a la propia imagen del trabajador", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014.
- TORRES ARCE, Marina: "Lorenzo González, el último judaizante quemado por el Santo Oficio de Logroño (Siglo XVIII)", en AAVV: *Herejes en la historia*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 2009.
- TORRES DEL MORAL, Antonio: *Constitucionalismo histórico español*. 1ª edición. Madrid: Átomo Ediciones, 1986.
- TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro: "El desarrollo postconstitucional del derecho fundamental de libertad religiosa en España". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 2003, núm. 120.
- TREBOLLE BARRERA, Julio: "Monoteísmos y violencia: celotas y mártires", en AAVV: *Religión y violencia*. 1ª edición. Madrid: Círculo de Bellas Artes, 2008.
- TRIGG, Roger: *Equality, freedom & religion*. 1ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel: "Balance y perspectiva de las migraciones económico-laborales en España: insuficiencias y propuestas de revisión jurídico-políticas". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2013, núm. 33.
- TRIVELLATO, Francesca: "Introduction. The historical and comparative study of cross-cultural trade", en AAVV: *Religion and trade. Cross-cultural exchanges in world history, 1000-1900*. 1ª edición. Nueva York: Oxford University Press, 2014.
- TUCÍDIDES: *Guerra del Peloponeso*. Libro I. 1ª edición. Barcelona: RBA, 2006.
- TUMÁNOV, Vladimir: "El Derecho en la sociedad socialista", en AAVV: *Introducción al Derecho soviético*. 1ª edición. Moscú: Editorial Progreso, 1988.
- VALDEÓN BARUQUE, Julio: "El siglo XIV: la quiebra de la convivencia entre las tres religiones", en AAVV: *Cristianos, musulmanes y judíos en la España medieval. De la aceptación al rechazo*. 1ª edición. Valladolid: Ámbito Ediciones, 2004.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando:
 - "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", en AAVV: *Autoridad y democracia en la empresa*. 1ª edición. Madrid: Trotta, 1992.
 - "Persona del trabajador, Constitución, principio de igualdad", en AAVV: *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.
 - "Libertad religiosa y contrato de trabajo", en AAVV: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española: estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006.
- VALERO HEREDIA, Ana: *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

- VALTICOS, Nicolás: "La Organización Internacional del Trabajo: cincuenta años de actividades normativas". *Revista Internacional del Trabajo*, 1996, vol. 115, núms. 3-4.
- VARELA BUENO, Consuelo: "Tolerancia, denuncia y utilización política de la Brevisima", en AAVV: *La tolerancia en la historia*. 1ª edición. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2004.
- VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, José María: "Examen de las relaciones entre la Santa Sede y el Estado español: desde el concordato de 1953 a los acuerdos de 1979", en AAVV: *Pluralismo religioso y Estado de derecho*. 1ª edición. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- VÁZQUEZ GARRANZO, Javier: "La nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo". *Derecho y salud*, 2010, núm. 2.
- VEGA GUTIÉRREZ, Ana Mª: "Objeciones de conciencia y libertades educativas: los conflictos de conciencia ocasionados por determinados contenidos curriculares", en AAVV: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- VELASCO, Fernando: "La religiosidad integrista y la religiosidad ilustrada", en AAVV: *Religión y sociedad en España*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1993.
- VELASCO CONTRERAS, Marta: *Los otros mártires. Las religiones minoritarias en España desde la Segunda República hasta nuestros días*. 1ª edición. Madrid: Akal, 2012.
- VERA URBANO, Francisco de Paula: "La libertad religiosa en la antigüedad", en AAVV: *Dimensiones jurídicas del factor religioso*. 1ª edición. Murcia: Universidad de Murcia, 1987.
- VERMASEREN, M.J.: "La lucha a muerte del paganismo. Religiones en pugna con el cristianismo", en AAVV: *El crisol del cristianismo*. 1ª edición. Barcelona: Labor, 1971.
- VERSTRYNGE, Jorge: "Islam y guerra. Cuestiones previas", en AAVV: *Europa, Siglo XXI: secularización y Estados laicos*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006.
- VIDAL GALLARDO, Mercedes: "Integración de la diversidad en el ámbito de la sanidad en el ordenamiento jurídico español", en AAVV: *Interculturalidad y Derecho*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2013.
- VILAR RAMÍREZ, Juan Bautista: *Intolerancia y libertad en la España contemporánea. Los orígenes del protestantismo español actual*. 1ª edición. Madrid: Istmo, 1994.
- VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia: "Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario: cuestiones relativas a la imagen del trabajador", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014.
- VÖLKER, Karl: "Stefan Bathorys Kirchenpolitik in Polen", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- VOLTAIRE: *Tratado sobre la tolerancia*. 2ª edición. Madrid: Espasa Calpe, 2007.
- WALLRAFF, Günter: *Cabeza de turco*. 2ª edición. Barcelona: Anagrama, 1987.
- WALZER, Michael: *Spheres of justice. A defence of pluralism & equality*. 1ª edición. Oxford: Basil Blackwell, 1983.
- WARD, A.W.: "El Imperio en los reinados de Fernando I y Maximilano II", en AAVV: *Historia del mundo en la Edad Moderna. Vol. III. Las guerras de religión*. 2ª edición. Barcelona: Ramón Sopena, 1940.
- WEBER, Max:
 - *Sociología de la religión*. 1ª edición. Madrid: Istmo, 1997.
 - *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*. 1ª edición. Munich: C.H. Beck, 2004.
 - *La ética protestante y el «espíritu» del capitalismo*. 4ª reimpresión. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- WEISS, Johannes: "El objeto religioso y la objetividad de la sociología de la religión", en AAVV: *En el centenario de La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. 1ª edición. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2005.

- WITTE JR., John: "«The three uses of law»: towards a protestant theory of Criminal law" en AAVV: *Religion, public life, and the American polity*. 1ª edición. Knoxville: The University of Tennessee Press, 1994.
- WITTE JR., John y GREEN, M. Christian: "The American constitutional experiment in religious human rights: the perennial search for principles", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Legal perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- WOLF, Ernst: "Toleranz nach evangelischem Verständnis", en AAVV: *Zur Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit*. 1ª edición. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.
- WOOD, James E. Jr.:
 - "Religion, morality, and law", en AAVV: *Problems and conflicts between law and morality in a free society*. 1ª edición. Waco: J.M. Dawson Institute of Church-State Studies, Baylor University, 1994.
 - "An apologia for religious human rights", en AAVV: *Religious human rights in global perspective. Religious perspectives*. 1ª edición. La Haya: Kluwer Law International, 1996.
- WOODARD, Calvin: "Morality as a perennial source of indeterminacy in the life of the law", en AAVV: *Problems and conflicts between law and morality in a free society*. 1ª edición. Waco: J.M. Dawson Institute of Church-State Studies, Baylor University, 1994.