

PONDERACIÓN Y MODULACIÓN DEL EJERCICIO DEL
DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL CONTEXTO
OBLIGACIONAL LABORAL: UNA MIRADA A LA
JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

María SALAS PORRAS*

María Salas Porras (2014): "Ponderación y modulación del ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el contexto obligacional laboral: una mirada a la jurisprudencia española", *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, nº 9 (noviembre 2014). En línea puede leerse en: <http://www.eumed.net/rev/historia/09/religion.html>

RESUMEN: La relación laboral, por su propio diseño jurídico y normativo, genera un espacio en el que la persona del trabajador presta sus servicios bajo el poder de dirección del empleador. Esta sujeción implica, sin lugar a dudas, tener que encajar los derechos subjetivos y también fundamentales que posee todo ser humano con los deberes derivados de la prestación, si bien ese acoplamiento en absoluto puede consistir en una alteración tal de la formulación de los derechos del trabajador que genere su transgresión o, incluso, su vaciamiento. El riesgo de incurrir en estos atropellos podría aún ser mayor cuando los derechos objeto de modulación en el contexto laboral son los, así denominados, inespecíficos, puesto que su distancia de lo que puede considerarse el núcleo duro de la relación contractual conlleva, en ocasiones, ponderar en términos idénticos elementos tan dispares como las obligaciones contractuales y los derechos fundamentales. Por ello, el objetivo de este trabajo es analizar específicamente las operaciones interpretativas realizadas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sobre la ponderación de derechos y bienes constitucionales y de modulación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa, cuando es ejercido tanto por la parte empresarial como por la del trabajador, con la finalidad de identificar si tales técnicas jurisprudenciales de acomodación estuvieran apuntando en puridad a su deconstrucción.

PALABRAS CLAVE: Libertad religiosa, Contrato de trabajo, Agere Licere, Ponderación, Modulación.

ABSTRACT: The employment relationship for their own legal and regulatory design, creates a space in which the individual worker provides services under the able direction of the employer. This submission involves, no doubt, having to fit the individual and fundamental rights that every human being possess with the duties arising from the labor relationship, although that link at all may be a formulation such of the rights of the workers that generates their transgression or even emptying. The risk of incurring these attacks could be even greater when the rights subject to modulation in the employment context are the so-called "non-specific" ones, since its distance from what can be considered the core of the contractual relationship entails, sometimes weighing in identical terms as disparate elements as contractual obligations and fundamental rights. Therefore, the aim of this paper is to analyze specifically performing operations performed by the Spanish Constitutional Court and the Spanish Supreme Court on the weighting of constitutional rights and goods and modulation of the

exercise of the fundamental right to religious freedom, when exercised by both the business side as the worker, in order to identify whether, such jurisprudential accommodation techniques, were pointing to its deconstruction.

KEY WORDS: Religious Freedom, Labor Contract, Agere Licere, Weighting, Modulation.

«¿Hasta dónde se extiende el deber de tolerancia
y en qué medida obliga a cada uno?»
John Locke, *Carta sobre la Tolerancia*, 1689, p. 17.

«...las minorías poco populares se enfrentan a exigencias sobre su conducta
que las mayorías no tienen normalmente que afrontar...»
Martha Craven Nussbaum, *La nueva intolerancia religiosa*, 2013, p. 178.

1. *El ejercicio de derechos fundamentales en el contrato de trabajo*

La convergencia en el ser humano del “status personae” y del “homo laboratoris”¹ cuando se vincula a un empleador mediante un contrato de trabajo, conlleva tener que combinar ambas esferas en modo que permita desarrollar al trabajador su función en el proceso productivo sin dejar de observar su condición de persona participante² –frente a su cosificación como simple engranaje del gran mecanismo económico–. En concreto, los derechos, cuyo ejercicio se presta con mayor facilidad a entrar en franca colisión con los deberes contractuales laborales, son los relativos al derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14 CE); el derecho a la vida y la integridad física (artículo 15 CE); el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18.1 CE); el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE); el derecho a la protección de datos de carácter personal (artículo 18.4 CE); el derecho a la libertad de expresión (artículo 20.1.a) CE); el derecho a la libertad de información (artículo 20.1.d) CE); el derecho de reunión (artículo 21 CE); el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE); el derecho a la educación (artículo 27 CE) y, también, el derecho a la libertad ideológica y religiosa (artículo 16.1 y 16.2 CE) que nos ocupa.

El modo jurídico en que se solventa este dilema, puesto que el legislador no tiene obligación reconocida legalmente de regular con mayor o menor detalle las distintas esferas de los derechos constitucionales, ha sido establecido por la jurisprudencia a través de la doble técnica de la *ponderación* entre derechos y bienes constitucionales y la *modulación* de su ejercicio conforme al criterio de la buena fe³. Esta técnica se define como un método de apreciación de circunstancias y de valoración de conductas que permite armonizar el ejercicio

*Profesora Ayudante Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

¹ Ambas expresiones entrecomilladas han sido extraídas del trabajo de F. Valdés Dal Ré, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: Entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio”, en *Relaciones Laborales*, 2003, p. 70.

² En este sentido se pronuncia Antonio Martín Valverde, “Libertad religiosa, contrato de trabajo y docencia de religión”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 138, 2008, p. 277.

³ *Ibidem*, p. 279.

de derechos fundamentales en el contrato de trabajo. De esta forma se trata de articular todo un sistema que permita al trabajador ejercitar, sin desvirtuarlos, sus derechos fundamentales y libertades públicas aun en el seno de la relación de trabajo, la cual habrá de respetar, puesto que los deberes contractuales que ahora chocan con sus derechos fundamentales han sido asumidos voluntariamente (artículo 5. a) ET). En ese forcejeo se busca –o al menos se debería buscar– evitar que los derechos constitucionales cedan absoluta y desproporcionadamente ante los deberes laborales⁴, puesto que aquellos son inherentes a la dignidad de la persona, y constituyen el fundamento del orden público y la paz social (artículo 10.1 CE). Preocupantes resultan, sin embargo, las tres conclusiones a las que se llega a poco que se aproxime uno a la temática que abordamos.

La primera se refiere a que la *ponderación/modulación* implica un respeto a las obligaciones contractuales por parte de los derechos fundamentales, quedando traducido en términos de búsqueda de un equilibrio entre ambos, aun cuando unos son indisponibles y las otras fruto de la disposición voluntaria de su titular. De este modo se están instalando en el mismo plano de protección, garantía y consideración jurídica, lo que por naturaleza no lo es.

La segunda conclusión es la relativa a que la invocación de los derechos en el contexto de la relación laboral puede experimentar variaciones. Las cuales dependerán, además del contenido de los derechos y libertades en ejercicio, de las circunstancias de cada caso. Un criterio este que no sólo adolece de grandes dosis de imprecisión normativa y jurisprudencial, sino que tiene como resultado la inseguridad jurídica para la ciudadanía en un terreno, el de los derechos fundamentales del trabajador, que es límite único entre cosificar al individuo o respetar el carácter personalísimo de su prestación.

Y, por último, el hecho de que se deje a la casuística una temática tan delicada como el ejercicio de los derechos fundamentales en un contexto de dependencia jurídica, tiene como resultado que, de entre los diversos derechos inespecíficos, se hayan producido protecciones de distinto grado⁵, según si el derecho en cuestión es de los más próximos al núcleo de la relación laboral, – como es el caso del derecho a la libertad ideológica, de expresión e información⁶– y que tradicionalmente la jurisprudencia ha recibido con una mayor protección constitucional; o más lejano, como es el caso del derecho a la

⁴ STC núm. 129/1989, de 17 de julio, relativa al cambio de turno de trabajadores de un hospital en Sevilla que venían disfrutando del privilegio de mantenerlos en el turno de noche para que pudieran desarrollar sus estudios en la Universidad de esta misma ciudad.

⁵ En concreto nos referimos tanto a los trabajos de los primeros años de vida de la CE como a los más actuales, de entre los que citamos aquí a S. Del Rey Guanter, “Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en M. R. Alarcón Caracuel, coord., *Constitución y Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Valencia, 1992, p. 34, y C. San Martín Mazzucconi y A. V. Sempere Navarro, dir., *Derechos Fundamentales Inespecíficos y Negociación Colectiva*, Thomson Aranzadi, Cuadernos de Aranzadi Social, 2011, p. 18.

⁶ Para el ejercicio de estos derechos fundamentales en el contexto de la relación laboral, se utiliza por la jurisprudencia constitucional un juego de ponderaciones en el que los límites a la libertad de expresión e información están constituidos únicamente por el respeto al principio de la buena fe y al derecho al honor –STC núm. 582/2009, de 10 de febrero–. No se exige la “prueba de veracidad” de las expresiones o informaciones vertidas –sea por el empresario o por el trabajador– puesto que los «pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor que, a diferencia de lo que ocurre con los hechos, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de exactitud» –STC núm. 204/1997, de 25 de noviembre–.

intimidad⁷ y el que nos ocupa, los cuales se han mantenido, por así decir, preteridos, en las zonas más frías o de mínima “constitucionalización”⁸.

Por qué, podríamos plantearnos, qué causa justifica esta predilección por amparar con mayor entusiasmo a unos derechos fundamentales frente a otros a la hora de “interiorizarlos”⁹ en los mecanismos contractuales. Pues, probablemente, a ello haya contribuido una serie de razones meta-jurídicas que han sido identificadas por la doctrina como la tendencia hacia la “humanización de las relaciones de trabajo”¹⁰. Un criterio este conforme al que, de un lado, los trabajadores habrían tomado conciencia de su individualidad frente a su identificación tradicional con la clase obrera de la revolución social del siglo XIX y principios del XX. De otra parte, por la expansión y avance originados en el campo de las nuevas tecnologías y su especial incidencia en las formas de comunicación y de producción, lo cual tendría una incidencia clara en el incremento de herramientas que facilitarían el mayor control –por tanto mayor sometimiento– del trabajador al poder del empresario, con la consiguiente lucha por el reconocimiento de derechos más próximos a la esfera subjetiva individual que a la colectiva. La globalización y los fenómenos –entre otros– de inmigración masiva que la caracteriza¹¹, también podría hallarse en la base de las razones que apuntan a un auge de la protección de los derechos fundamentales dentro de la relación laboral, dado que justificaría el nacimiento de una necesidad social y jurídica por delimitar, de forma más exhaustiva, los derechos de trabajadores nacionales respecto de los que no lo son, o de quienes siquiera pueden tener esa condición por carecer de los permisos exigidos. Y, para finalizar, la propia neutralidad, o laicización en términos abrumadoramente negativos¹², de las sociedades, que ha reducido el hecho religioso al fuero interno de los trabajadores, y por ello, rara vez estos

⁷ Traemos aquí a colación la STC núm. 170/1987, de 30 de octubre, relativa al infructuoso recurso de amparo presentado por un barman despedido por no afeitarse la barba tras los varios requerimientos realizados por la empresa. O también la más controvertida y actual STC núm. 212/2013, de 16 de diciembre, en la que la trabajadora trata de esgrimir sin éxito la vulneración de su derecho a la intimidad cuando había sido grabada por las cámaras de seguridad de la empresa localizadas en un habitáculo utilizado –si bien no destinado– por los trabajadores como vestuario, y cogiendo un par de sobres con dinero que no eran de su propiedad.

⁸ S. Del Rey Guanter, “Contrato de trabajo y derechos fundamentales...”, *op. c.*, p. 31.

⁹ El entrecomeillado pertenece al trabajo de M. Rodríguez Piñero, “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, en *Relaciones Laborales*, 2003, p. 55.

¹⁰ En este sentido se recoge la cita que de Daübler hace el Prof. Valdés Dal Ré, en su trabajo “Los derechos fundamentales...”, *op. c.*, p. 74.

¹¹ Este es el sentir común que puede apreciarse en J. A. Fernández Avilés y M. N. Moreno Vida, dir., *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Granada, Editorial Comares, 2012.

¹² Resulta abismal la diferencia existente y reconocida, filosófica y doctrinalmente, entre laicidad y neutralidad puesto que, mientras la primera implica o se deriva de la corriente filosófica beligerante contra las religiones, la segunda se define como exigencia del pluralismo que implica la imparcialidad de los poderes públicos frente a la religión o creencias de los individuos, así como el respeto de las doctrinas de las confesiones y grupos religiosos. La neutralidad o laicidad positiva no impide que el Estado promueva y sea portador de valores y de una ética propia, que forman el mínimo común sobre el que se fundamenta la convivencia y la base del Derecho. En este sentido se pronuncia I. Martín Sánchez, “El modelo actual de relación entre el Estado y el factor religioso en España”, en J. Ferreiro Galguera, coord., *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, pp. 57 y 58. También A. Martín Valverde, “Libertad religiosa...”, *op. c.*, p. 301, en su nota a pie número 27.

considerarían legítimo activar las acciones de defensa que les brinda, en nuestro ordenamiento jurídico, la propia Constitución.

Por consiguiente, si los factores ambientales y contextuales inciden tan fuertemente en el posicionamiento jurisprudencial que a través de la ponderación/modulación ejercitan, cabría preguntarse qué garantías jurídicas posee el individuo de que sus derechos no vayan a ser vulnerados cuando soplen vientos distintos. Qué protegerá al trabajador, a la persona al fin y al cabo, cuando, el mercado amoral se erija en justificación de todo y, en lugar de por la humanización del contrato, se opte por su mercantilización. Acaso no estamos presenciando ya la deconstrucción de los derechos sociales, qué puede faltar para testimoniar la reducción total de los derechos fundamentales. Obviamente ello no debe, no puede ser así. Por este motivo, en los apartados siguientes se analizan, en primer lugar, si normativa y jurisprudencialmente se reconoce la existencia de un núcleo duro e irreductible en el derecho a la libertad religiosa. Y, en segundo lugar, se trata de identificar los criterios jurídico-normativos a los que comúnmente responden las deliberaciones jurisprudenciales que, basadas en la técnica de la ponderación/modulación, se emiten con ocasión del ejercicio, en la relación laboral, de este derecho fundamental.

2. *La libertad religiosa: ¿Un derecho fundamental diferente?*

El objetivo de este apartado es ofrecer un bosquejo, lo más completo posible, de las dimensiones que, desde la norma y la jurisprudencia, se reconocen al ejercicio de la libertad religiosa, tratando de identificar los elementos básicos y esenciales de aquellos que sean circunstanciales o sencillamente prescindibles, cuya ausencia no suponga una alteración tal del derecho que lo haga irreconocible o impracticable.

En este sentido el derecho que nos ocupa es definido en el artículo 16 CE¹³, en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y desarrollado a través de la Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa (en adelante LOLR), desde una vertiente positiva que implica una obligación *de hacer* para los Poderes Públicos, consistente en garantizar su ejercicio individual y colectivo. Y desde otra negativa atada a un deber *de no hacer*, cuyos destinatarios son, además de los Poderes Públicos, los sujetos particulares, referida a la prohibición de exigir al individuo –¿y a la comunidad? – declaraciones sobre tales aspectos. De esta forma la libertad religiosa queda reconocida –y blindada frente al trato desigual discriminante– en sus dimensiones individual y colectiva, en su ejercicio, en su omisión, en el derecho al cambio de la misma, en la asociación con estos fines, en el derecho al proselitismo, y con los únicos límites del derecho de los demás al ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas, la salvaguarda de la seguridad, la salud y la moralidad; unos aspectos estos que nutren al orden

¹³ Estudios sobre este preceptos hay por doquier, pero consideramos excepcional el presentado por J. M. Contreras Mazarío, “La igualdad y la libertad religiosas en las relaciones de trabajo”, en *Documentación Jurídica*, Tomo XVIII, abril–junio 1991, pp. 26-28 y el de los profesores M^a. J. Gutiérrez del Moral y A. Cañivano Salvador, *El Estado frente a la libertad de religión: Jurisprudencia constitucional española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 34-35.

público¹⁴. Eco de todo ello se hace el propio RD Legislativo 1/1995 del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante), en cuyos artículos 4.2.c), 4.2.e), 16.3, 17.1 y 54, reconoce el derecho del trabajador y el deber del empresario –así como el de los servicios públicos de empleo– de no discriminar por razón de religión. De forma correlativa el Real Decreto Legislativo 5/2000 de Infracciones y Sanciones del Orden Social prevé como infracción muy grave las decisiones unilaterales de las empresas que generen discriminaciones favorables o adversas por motivos de religión –artículos 8.12, 8.13, 10 bis, 16.2 y 40.1–.

Del tenor literal de estos preceptos, podrían derivarse dos reflexiones.

La primera se refiere al dato de que el aspecto o dimensión nuclear de la libertad religiosa es su ejercicio, ya sea en su aspecto interno o íntimo del individuo, ya sea en el externo de manifestación. En este sentido, y tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, se puede decir que la libertad religiosa tiene una doble dimensión: interna y externa. Por un lado, esa libertad 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 (STC 177/1996, de 11 de noviembre); es decir, cada uno, en su fuero interno, puede creer o no en lo que quiera. De otro lado, también existe una dimensión externa –el denominado *agere licere*¹⁵– que permite a los ciudadanos externalizar ese claustro íntimo, actuando con arreglo a sus propias convicciones y manteniéndolas frente a terceros (STC 137/1990, de 19 de julio). Ese reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* se complementa con su dimensión negativa: nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Según otra sentencia del mismo órgano, la STC 101/2004, de 2 de junio, la dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, además, en «la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso (...) tales como las que se relacionan (...) con los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades». Por tanto puede concluirse que si no existiera esta esfera del *agere licere* –como señaló el magistrado del Tribunal Supremo José Manuel Sieira (voto particular en la STS de 11 de febrero de 2009)– y no pudiéramos mostrar públicamente nuestras convicciones y creencias, el art. 16 CE, se vaciaría de contenido específico, reduciéndolo sin más a una mera libertad de pensamiento y de expresión para difundir las propias ideas. La especialidad, por consiguiente, de esta libertad radica justamente en que, a través de la externalización de su práctica, se dota de sentido a su ejercicio y de contenido al derecho fundamental que encierra ese precepto constitucional. Ahora bien, el ejercicio del derecho al que aludimos se refiere no sólo –aunque también– a los ritos litúrgicos y plegarias a divinidades, sino además al cumplimiento de los preceptos que componen los códigos normativos de ineludible seguimiento para los fieles, siendo estos últimos los que verdaderamente influyen sobre su persona y sobre el tráfico jurídico en que se inserta. Esto puede advertirse, por ejemplo, en la comida y bebida que se puede ingerir o los momentos en que está permitido hacerlo, incluso con el

¹⁴ Del mismo parecer es J. M. Contreras Mazarío, “La igualdad y la libertad religiosas...”, *op. c.*, pp. 52-55.

¹⁵ Locución latina traducible, libremente, como: llevar a cabo algo con licencia.

hecho de tocar un tipo u otro de alimentos, la forma de vestirse, la fijación de los días de descanso, etc. Unos códigos estos que, si bien existen en la mayoría de las religiones, cuentan con un alcance obligacional diferenciado según los casos, como sucede justamente con el descanso semanal que, para los Adventistas del Séptimo Día o los Hebreos, tiene un carácter sagrado, habiendo de respetarse entre las horas que abarcan desde la caída del sol del viernes hasta el sábado. En estos supuestos, en que la religión constriñe sin duda a sus creyentes de forma intensa, forzándoles a acomodar sus compromisos laborales a sus creencias religiosas, ¿cómo se modulan el ejercicio del derecho fundamental y de las obligaciones contractuales para que no se produzca el vaciamiento del primero? Pues, seguramente, atendiendo a la afirmación antes realizada: habría que respetar la externalización de su práctica. De forma más ejemplificativa podría indicarse que habría ponderación/modulación de la prestación laboral cuando esta permitiese el cumplimiento del *sabbat* por parte de los fieles, puesto que, lo contrario, implicaría constreñir la profesión de la fe religiosa a un simple credo de pensamiento abstracto.

La segunda reflexión que se extrae de los preceptos antes citados y derivada de todo lo anterior, pondría en tela de juicio que los únicos límites al ejercicio del derecho de libertad religiosa sean los constituidos por el ejercicio de otros derechos fundamentales y por el orden público. Respecto a esto, el TC pronto determinó su postura, ubicándola en una negativa, y recordando que «...ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse ilimitados. De la misma forma tampoco puede aceptarse que los derechos consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos por la norma fundamental. (...) La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras, el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos»¹⁶. Es decir, no sólo el orden público o el ejercicio de otros derechos fundamentales pueden afectar, restringiendo, la vertiente externa del derecho a la libertad religiosa, sino *la necesidad de preservar otros bienes protegidos*, siempre que esos bienes tengan título habilitante en la CE –aunque esté previsto indirectamente–, lo cual implica observar los derechos fundamentales desde la legalidad ordinaria, con las correspondientes reducciones jurídicas que ello puede conllevar. Otra sentencia, la STC 98/2000¹⁷, concreta aún más el sentido de la limitación que aquí abordamos, subrayando, en primer lugar, la necesidad de su carácter *indispensable* para lograr el fin legítimo previsto. Es decir, el contenido esencial de los derechos y libertades constitucionales se verá atacado cuando, de la limitación realizada, se derive la imposibilidad de satisfacer los intereses

¹⁶ Esta doctrina ha sido reiterada en múltiples sentencias, fue presentada por primera vez en la STC de 8 de abril de 1981, FJ 7.

¹⁷ Se trata de la STC núm. 98/2000, de 2 de abril, relativa al reconocimiento por parte del TC de la transgresión del derecho a la intimidad que sufrían los trabajadores de un casino por la instalación de micrófonos visibles en las cajas del centro de trabajo.

protegidos por esos derechos y libertades¹⁸. En segundo lugar, la *proporcionalidad* de la limitación, en el sentido de que resulte adecuadamente razonable al fin perseguido. Y, en tercer lugar, que sea *justificada* y responda a motivaciones objetivas, distintas de la simple conveniencia empresarial¹⁹. Se añade a todo ello la indicación que, a modo de advertencia, hace el propio TC, conforme a la cual se categoriza como *especial* la situación de sujeción que se deriva de la relación laboral, en la que habrá de observarse por ambas partes el principio de la buena fe contractual, el honor y el cumplimiento leal de las obligaciones (STC 6/1988)²⁰. Como puede observarse, todos estos criterios comparten la nota esencial de la imprecisión jurídico-conceptual de su contenido, lo cual nos lleva a concluir que su aplicación dependerá del caso concreto planteado, y que, en ningún caso, ello puede amparar resultados inconstitucionales y lesivos de derechos fundamentales del trabajador o del empresario.

A tratar de esclarecer estas presuntas indeterminaciones destinamos los siguientes apartados, buscando arrojar un poco de luz sobre los criterios seguidos por la práctica jurisprudencial a través de la técnica de la ponderación/modulación en estos supuestos en que friccionan derechos fundamentales y obligaciones contractuales. Y, para ello, se ha distinguido según se trate de una empresa ideológica o no y se ha atendido a los distintos momentos que constituyen la relación laboral.

3. La modulación jurisprudencial del ejercicio del derecho a la libertad religiosa del trabajador en empresas de tendencia ideológica

La introducción en nuestra Constitución de preceptos reguladores de la actividad económica permite que, desde ella, pueda definirse la capacidad de intervención del Estado en la economía, así como configurarse el marco de libertades para la actuación privada. En este sentido, el artículo 38 CE reconoce, junto a la economía de mercado, la libertad de empresa que, a juicio de la doctrina²¹, encerraría en sí un principio de ordenación económica del que se deriva la facultad de cada empresa para decidir sobre sus objetivos y establecer su propia planificación. Pero también un derecho subjetivo –incluido entre los derechos fundamentales– a participar libremente, por la aportación de recursos privados, en la fundación, mantenimiento y reproducción de empresas económicas. Conforme a esta doble configuración jurídica, los titulares de entidades económicas estarían facultados, de un lado, a demandar de los

¹⁸ En este sentido se pronunció E. Gómez Reino y Carnota, “Las libertades públicas en la Constitución”, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, vol. I, Madrid, UNED, 1978, pp. 57-58.

¹⁹ Un estudio más extenso se ha realizado en J. M. Contreras Mazarío, “La igualdad y la libertad religiosas...”, *op. c.*, pp. 89-90 y en C. San Martín Mazzucconi y A. V. Sempere Navarro, dir., *Derechos Fundamentales Inespecíficos...*, *op. c.*, pp. 24-26.

²⁰ Se trata de la STC núm. 6/1988, de 21 de enero que si bien resuelve el recurso de amparo planteado por quien dice haber sufrido vulneración en su derecho fundamental a la libertad de expresión e información, puede ayudar a esclarecer la modulación de derechos en el seno de la relación laboral.

²¹ De este sentir es M. García Pelayo, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, p. 32. Para Alfredo Montoya Melgar, en su trabajo “Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”, en *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, p. 341, la libertad de empresa es más un principio de política económica que un derecho fundamental.

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–²². 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 religioso²³ sería, pues, una manifestación del derecho a la libertad religiosa, ubicada en la esencial esfera del *agere licere*, y susceptible de contar con la protección, las garantías y los límites antes citados.

Del modo en que operan estas cauciones y acotaciones cuando entran en colisión el ejercicio de la libertad religiosa por la parte empresarial y el ejercicio de ese, o cualquier otra libertad o derecho constitucionalmente protegido, por el lado de los trabajadores, nos ocupamos en los siguientes puntos.

3.1. Contratación

Los actos encerrados en este estadio de la relación contractual laboral, son los referidos a la preselección, selección y contratación de los trabajadores, en los que la última palabra la tiene siempre el empleador²⁴, en la medida en que la propia esencia del esquema socioeconómico diseñado en la Constitución, le arroga diversos poderes en orden a conseguir los fines productivos de su organización. El ejercicio de esta facultad de selección y contratación cobra una especial fuerza cuando la empresa de que se trata es portadora de un ideario concreto –religioso en nuestro caso– puesto que, aunque en el Derecho del Trabajo impera, como regla general, el criterio de la no acepción personal en las relaciones productivas, en las relaciones laborales de contenido ideológico, sí que pueden advertirse algunas excepciones a esa norma. De hecho, el propio TC en su sentencia núm. 77/1985, de 27 de junio considera que «si el titular del proyecto fundacional carece de la decisión última de seleccionar y mantener el equipo (docente), en manera alguna puede decirse que se garantiza el núcleo esencial de sus facultades directivas y la

²² Un estudio más profundo realiza J. M. Contreras Mazarío, “La igualdad y la libertad religiosas...”, *op. c.*, pp. 45-47.

²³ Nuestro ordenamiento jurídico carece de una legislación expresa sobre las empresas de tendencia que a las mismas se refiera y, por tanto, no existe una delimitación jurídico-normativa a priori a la que referimos. Del mismo modo, cuando en este trabajo abordamos el estudio –en abstracto– de la modulación jurisprudencial del ejercicio del derecho a la libertad religiosa del empresario en confluencia con ese u otros derechos y libertades constitucionales del trabajador, recurrimos a las sentencias sobre centros docentes privados, sobre hospitales regidos por órdenes religiosas y sobre la asignatura de religión en los centros docentes públicos. En estos últimos supuestos ha sido jurisprudencia constitucional consolidada (STC núm. 5/1981 y mantenido en la STC núm. 38/2007) la negativa a considerar que la Administración Pública adquiere la condición de empresa de tendencia cuando, para ejecutar su deber de colaboración con la Iglesia Católica derivado del principio de neutralidad confesional, contrata a los profesores de religión considerados como aptos por ella. Se trata por tanto de una situación especial que nosotros hemos incardinado en este apartado por considerar que guarda con él más semejanzas que diferencias.

²⁴ A salvo quedan, obviamente, aquellos supuestos en que se produzca discriminación sea en la selección, sea en la contratación de los trabajadores. En este sentido A. Aguilera Rull, “Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, en *InDret (Revista para el Análisis del Derecho)*, Barcelona, Febrero 1/2009, pp. 21-27.

consecuente posibilidad de desarrollo del proyecto (educativo)»²⁵. No supone la afirmación anterior la implantación de la arbitrariedad en la contratación de personal en estas organizaciones sino que, junto a un adecuado perfil profesional, la *fiducia*, el *intuitu personae*²⁶ y el comulgar con la ideología de la organización, se presentan como elementos clave para ingresar en la empresa de que se trate²⁷. En este sentido, la pregunta sobre si, en la etapa de la selección, el empresario estaría facultado para investigar, –mediante preguntas en la entrevista personal, o mediante la introducción de cláusulas con esta finalidad en el propio contrato²⁸–, sobre las convicciones internas del candidato, recibiría una respuesta afirmativa sin considerarse ello vulneración del derecho fundamental a la intimidad, discriminación o transgresión de la prohibición a no declarar sobre su religión²⁹, así como tampoco discriminación en las relaciones laborales –conforme al artículo 17 ET, artículo 3.1 de la Directiva 2000/78/CE³⁰ y al artículo 1.2 del Convenio nº 111 OIT–. Puesto que al titular del establecimiento le ampara la garantía del exacto cumplimiento de la obligación y el deber de neutralidad de los poderes públicos respecto al credo religioso de una comunidad o un ciudadano, conforme al parecer del TC en el Fº Jº 8º de su sentencia núm. 5/1981 y en el Fº Jº 7º de la núm. 38/2007.

Por consiguiente, en esta etapa previa pero necesaria a la propia relación laboral no se exige –ni cabría– la introducción del criterio de la ponderación dado que, el derecho a la libertad de creación de empresa, se funde con el derecho a la libertad de creencia religiosa del trabajador, que busca y quiere –se presume– prestar sus servicios en una entidad con cuya ideología comulga internamente.

3.2. Desarrollo y extinción de la prestación

Una vez contratado el trabajador, la disyuntiva convicción interna/cumplimiento externo, adquiere nuevas dimensiones, en la medida en que el trabajador pierda la identidad de creencias existente al tiempo del inicio de la relación laboral. Siendo debido ello a un cambio en la ideología del empresario, o bien en la del propio trabajador.

En el primero de los casos, aunque inexistente si se valora la frecuencia de su aparición como litis en la jurisprudencia española, podría resolverse –en caso de que se planteara– de forma análoga al modo en que se está procediendo cuando la organización empresarial fuerza al trabajador a

²⁵ El entrecomillado ha sido extraído del Fº Jº 5º de esta sentencia, en la que el TC respondía a la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre los artículos 20.2 y 53 de la LOLE.

²⁶ En otros casos no relacionados con la libertad religiosa, sino con criterios objetivos de productividad, también se acepta la influencia de estas pautas a la hora de contratar o no. Éste es el criterio que se suele utilizar para elegir al personal de alta dirección o para asumir cargos con una responsabilidad elevada.

²⁷ J. de Otaduy, “Libertad religiosa y contratación del profesorado en centros concertados”, en *Actualidad Laboral*, nº 33, semana 9, 15 septiembre de 1991, p. 409.

²⁸ *Ibidem*, p. 410.

²⁹ De este sentir son A. Baylos Grau, “En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador”, en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profs. Bayón y Del Peso*, Madrid, 1980, p. 68; J. L. Goñi Seín, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, p. 101 y A. Martín Valverde, “Libertad religiosa...”, *op. c.*, pp. 288-289.

³⁰ Se trata de la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre para el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000).

participar en actos de culto o ceremonias religiosas, o bien como cuando pretende adoctrinarle, contra su voluntad, con enseñanzas religiosas –distintas, se entiende, a aquellas conocidas en el momento de la contratación–. En estos casos, la jurisprudencia, ponderando los derechos en juego, opta por hacer prevalecer la vertiente negativa del derecho a la libertad religiosa, esto es, la prohibición de imponer las creencias a otro (artículo 16.1 CE, artículo 2 LOLR, y artículo 4.2.e) ET). Y, para ello, sanciona la conducta empresarial, como puede observarse en las sentencias del TSJ Madrid, de 11 de septiembre de 2001 y en la sentencia del TC núm. 101/2004, de 2 de junio. En este sentido, también la doctrina científica propone reconocer como causa legalmente válida de extinción por voluntad del trabajador, la «discriminación cultural»³¹ que sufriría el trabajador por manifestar o no su credo religioso en el entorno laboral.

Si, por el contrario, es el trabajador quien se separa del credo religioso de la empresa en que presta sus servicios, es necesario que se produzca la exteriorización de tal distanciamiento puesto que, mantenerlo en la esfera íntima, además de inaccesible al conocimiento de cualquier otro, en ningún caso puede resultar lesivo para la entidad de que se trate. Ahora bien, entre los casos que en este sentido han llegado hasta los Tribunales, hay que distinguir, según si el campo de fricción esté constituido por el ejercicio de derechos fundamentales más próximos a la esfera laboral –caso del ejercicio del derecho a huelga (artículo 28.1 CE) de la cadena de sentencias del TC núm. 80/2007 a 90/2007³² y de la libertad de expresión (artículo 20.1 CE) en relación con determinados actos desarrollados por la propia entidad titular de la STC núm. 63/1994–, o a la esfera personal –supuestos, entre otros, de las sentencias del TC núm. 38/2007, 128/2007 y núm. 51/2011–.

En el primero, el TC, mediante la técnica de la ponderación, reconoce prevalencia a la protección jurisdiccional de los trabajadores por encima de la libertad religiosa del empresario –manifestada, como sabemos, a través de la creación/dirección de la empresa de tendencia–. En este sentido considera que, aunque el artículo 16.1 CE prevé la neutralidad confesional del Estado, y el ejercicio de la libertad religiosa por parte del empleador conlleva ciertas prerrogativas que le facultan a exigir del trabajador –y a sancionar en caso de que no las haya– conductas u omisiones afines a esa ideología, tales exigencias sólo pueden radicar en motivos estrictamente religiosos y en que su incumplimiento suponga un ataque directo o encubierto al ideario de la entidad. Esas facultades, en ningún caso, justifican que las decisiones del empresario sean inmunes al control judicial³³ puesto que, de lo contrario, se estaría

³¹ C. Núñez González, *Interculturalidad y derecho del trabajo. Una aproximación a la gestión no discriminatoria de la diversidad cultural en la empresa*, Tirant Lo Blanch, Monografías, nº 670, Valencia, 2009, pp. 153-155. El propio autor reconoce que el desistimiento unilateral en la relación laboral puede resultar una medida extrema, pero no por ello descabellada cuando el ser humano siente invadido un espacio tan íntimo e identificativo como sus creencias religiosas y su sentir espiritual.

³² Los casos de profesores de religión en centros públicos los traemos a este apartado relativo a las relaciones laborales en empresas ideológicas debido, no a que la Administración se convierta en una empresa de tendencia (Fº Jº 7º STC 80/2007), sino a que quien efectivamente da el visto bueno para contratar es la Iglesia Católica. La Administración Pública es considerada por el TC como obligada a entrar en esta relación a tres en virtud del artículo 16.3 CE –deber de neutralidad del Estado español– (Fº Jº 5º de la STC 38/2007).

³³ La cadena de sentencias del TC núm. 80/2007 a 90/2007 se han pronunciado sobradamente sobre la temática de si procede o no el control judicial respecto de las decisiones tomadas por

vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la protección jurisdiccional de derechos constitucionales y laborales de los trabajadores (artículo 24.1 CE). Es decir, si elevado a litis el conflicto, se demuestra por el trabajador que existen indicios³⁴ de la existencia de un panorama lesivo de derechos constitucionales que nada tienen que ver con motivos religiosos incluido el orden moral que preceptúe tal ideología, o que, aun estando relacionados con estos motivos, su actuación no daña la finalidad ideológica de la entidad, entonces el órgano judicial deberá declarar que prevalece el derecho del trabajador y que se ha hecho un mal uso de las facultades empresariales reconocidas. Cuándo, cabría plantearse, una acción del trabajador puede ser considerada jurisprudencialmente como actuación lesiva y, por tanto, ser prioritario el derecho a la libertad religiosa del empresario. Pues la respuesta podemos hallarla en la STC núm. 106/1996, en donde el TC reconocía y declaraba la existencia de la vulneración del derecho fundamental de la trabajadora a expresar libremente su opinión al ser despedida por el hospital regido por una orden religiosa en que prestaba servicios, tras manifestar públicamente y a voces su desacuerdo con el acto de comunión que se facilitaba mientras a los enfermos. Estas acciones no se consideraron por el TC como ataque abierto al ideario del centro, estando su justificación radicada, no tanto en el modo en que se profirieron las acciones verbales –que podría resultar insultante en cualquier contexto de educación cívica y cortesía–, sino en la naturaleza de las prestaciones a las que estaba enfocada la empresa ideológica. La asistencia sanitaria, consideró el TC, no implica, por su propia naturaleza, un vínculo tan inextricable con la identidad religiosa de la orden que gestiona la organización, como es el caso de, por ejemplo, la educación. En el asunto enjuicado, la trabajadora contratada como auxiliar de clínica, desempeñaba labores que, en general «no guardaban una relación directa con el ideario de la entidad titular del Centro hospitalario (...). El carácter de esa actividad claramente excluye que pueda ser equiparada a la que desarrolla un docente en una escuela privada. Y la consecuencia obligada es que no son trasladables al trabajador, que en la empresa cumple funciones meramente neutras en relación con la ideología de su empresario, las limitaciones que el ideario del Centro, en el sentido antes indicado, pueden imponer a un profesor en el ejercicio de sus libertades» (Fº Jº 4º). Por consiguiente, la prevalencia del derecho del empresario a preservar el ideario religioso de su organización, se producirá, conforme a la técnica de la ponderación/modulación hasta ahora seguida, cuando las actividades desarrolladas por la entidad no sean neutras en relación con la ideología que se profesa en la empresa, entendida esta neutralidad, parece, en términos de proselitismo. Es decir, toda actividad desarrollada por empresas ideológicas que no inciten directamente a la creencia o a la confesión de la religión de que se trate, es neutra, y por tanto, no susceptible de la protección o garantía dispensada por el artículo 16.1 CE, independientemente del grado de agresión encerrado en el acto realizado por el trabajador. A nuestro juicio, la ponderación realizada por el TC en este caso

el Ordinario de la Iglesia Católica para otorgar o revocar la declaración eclesiástica de idoneidad. Un área esta que aunque interesantísima, desbordaría los límites de este trabajo, motivo por el cual no ha sido tratada con la suficiente profundidad que merece.

³⁴ El empresario está obligado a demostrar de forma suficiente la existencia de hechos que proporcionen una justificación objetiva y razonable de la decisión adoptada. En este sentido se pronuncia el Prof. A. Martín Valverde, "Libertad religiosa...", *op. c.*, p. 292.

concreto adolece del más mínimo criterio de modulación del ejercicio de los derechos constitucionales conforme a la buena fe contractual, subsumiendo en la indeterminación del derecho a la libertad religiosa, actos que bien pudieran considerarse transgresores del derecho a no ser coaccionado durante el ejercicio de actos de culto (artículo 2.1.b) LOLR). El trabajador puede internamente pensar lo que considere oportuno –libertad de opinión– de un oficio religioso, pero no debe considerarse legítimo ni conforme a la buena fe contractual proferir insultos en un momento clave para los creyentes católicos como es el de la comunión.

En el segundo supuesto que planteamos, referido a que entren en colisión el derecho a la libertad religiosa del titular de una empresa ideológica y otros derechos/libertades constitucionales del trabajador más cercanos a su esfera personal, la ponderación realizada por la jurisprudencia del TC otorga preferencia a esta última, siempre que ello no suponga un ataque solapado o directo a la propia ideología de la organización. La diferencia con el supuesto anterior –el de la STC núm. 106/1996– radica en que el ejercicio de estos derechos por parte del trabajador no se produce con ocasión o por motivo de su relación laboral, sino que se materializan en este contexto sencillamente por confluir en él el “status personae” y el de “homo laboratoris”. Estos son los supuestos de las sentencias del TC núm. 38/2007, 128/2007 y 51/2011, cuyo denominador común es la de pertenecer los actores al colectivo de profesores de cuyos servicios se prescinde, al haberseles retirado la declaración eclesiástica de idoneidad para la enseñanza de religión católica, tras establecer relaciones de convivencia como parejas de hecho sin acudir al matrimonio canónico³⁵. En los dos primeros supuestos, la decisión del TC ponderó primordial el derecho del empleador –en este caso la Iglesia Católica– a definir las aptitudes que consideraba esenciales para la prestación del servicio y, por consiguiente, cuando estas aptitudes desaparecían también lo hacía el interés del empleador por que fuera esa persona y no otra –criterio del *intuitu personae*– la que desempeñara el cargo. A ello se añadía que, concretamente en la STC núm. 128/2007, el trabajador había hecho público su estado de sacerdote casado, al facilitarle a un medio de comunicación autonómico una fotografía suya junto a su familia –mujer y cinco hijos– con ocasión de un reportaje sobre el Movimiento pro-celibato opcional. El pertenecer a este movimiento, así como el hecho de ser sacerdote casado –debido al retraso que llevaba la respuesta eclesiástica a su petición de pasar al estado laico– no había sido óbice para que el Obispado de Cartagena renovara anualmente la idoneidad para impartir clase de religión. Sin embargo, ese hecho relativo a hacer pública de forma voluntaria sus condiciones personales, se consideró una suerte de “peligro de escándalo”³⁶ para la comunidad de creyentes, dado el especial carácter que para esta Iglesia tiene el sacramento del orden sacerdotal en tanto que rebasa el ámbito laboral o profesional. La motivación para no otorgar la habilitación eclesiástica de idoneidad fue el testimonio personal que con su vida daba el trabajador a la sociedad. Un testimonio en el

³⁵ En los tres supuestos, los profesores no podían acceder al matrimonio canónico debido a que sus parejas eran divorciadas –casos números 38/2007 y 51/2011– o a que sobre ellos mismos existía un impedimento también canónico –en el caso 128/2007, se trataba de un sacerdote que había solicitado pasar al estado secular, un acto que no llegó tras trece años de espera, durante los cuales había contraído matrimonio civil–.

³⁶ Fº Jº 7º.

que o desde el que, a juicio de la Iglesia Católica –única titular del derecho a determinar su propio credo de fe (artículo 2.2 LOLR) –, no se respetaba su dogma religioso y su código moral. Esa falta de respeto incidía justamente en el *agere licere* o vertiente externa del derecho a la libertad religiosa del empleador. Un *agere licere* cuyo reflejo en la relación laboral implica, no que el trabajador abrace fervientemente la fe, sino que su comportamiento y conductas no supongan un ataque directo ni indirecto a la propia ideología de la organización. Precisamente, aparecer en un medio público de comunicación como sacerdote casado que encabeza un movimiento pro-celibato, parece a todas luces, una forma indirecta –como mínimo– de oposición a los fundamentos ideológicos de la Iglesia en cuestión.

En la STC núm. 5/2011 el TC cambia absolutamente los criterios de ponderación que hasta ahora habíamos observado y opta por reconocer que la trabajadora, quien contrae matrimonio civil por ser divorciada su pareja, ha sufrido discriminación por razón de sus circunstancias personales, que se ha vulnerado su derecho a la libertad ideológica de elegir el matrimonio civil al canónico, y a la intimidad personal y familiar. En esta tercera sentencia, algún sector doctrinal observa cómo el TC «pone el acento en las relaciones laborales (...)»³⁷, siendo precisamente esta la afirmación que compartimos desde este trabajo. Cuando la ponderación del TC ha dado prioridad a la relación laboral y económica por encima del ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad religiosa del empleador, indirectamente está sentando las bases para que la transgresión de este derecho se produzca en cualquier supuesto, dado que a partir de ahora, el *agere licere* será considerado un aspecto circunstancial y fácilmente suprimible por los poderes públicos y por sujetos privados. Ello, sin embargo, no habría de extrañarnos. Al contrario, este cambio de rumbo por parte del TC ya cuenta con la antesala de la ponderación/modulación que, desde el reconocimiento mismo de los derechos fundamentales en la década de los ochenta, realiza este Tribunal cuando quien trata de ejercitar su derecho a la libertad religiosa es el trabajador, una temática esta a la que dedicamos los siguientes apartados.

4. La modulación jurisprudencial del ejercicio del derecho a la libertad religiosa del trabajador en empresas sin tendencia ideológica

Limitados en número son también los supuestos en que el trabajador solicita en amparo la protección de su derecho fundamental a la libertad religiosa. Y, entre esos pocos casos, todos se producen en la fase del desarrollo de la relación contractual, puesto que en la etapa de la contratación la preferencia o la postergación de un trabajador cuyas creencias religiosas se conozcan, – cuestión distinta es que se intenten conocer, puesto que estaríamos ante la vulneración del artículo 16.2 CE–, supone la transgresión del derecho fundamental a la no discriminación contemplado en el artículo 14 CE, en el artículo 4.2.c) del ET y en el artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE.

³⁷ S. Rodríguez Escanciano, “Enseñanza de religión en centros públicos y derechos fundamentales del trabajador: Sentencia TC 51/2011, de 14 de abril”, en J. García Murcia, dir., *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa. 20 Casos de Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 327.

4.1. Desarrollo y extinción de la prestación

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 como indicábamos líneas atrás, el *agere licere* no sólo es objeto de protección constitucional, sino que dota de contenido al 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 facilitararlo. En esos pronunciamientos³⁸, –cuyo punto de partida fue la STC núm. 19/1985, en la que una trabajadora perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo día, reclamó infructuosamente la acomodación de sus deberes laborales a su deber religioso del sabbat– 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 esa 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. Qué justificaría, nos planteamos, que el TC opte por quebrantar la libertad religiosa a favor de la producción. Son numerosos los argumentos que se barajan entre la doctrina³⁹, ante el silencio irreverente del Tribunal. Entre ellos traemos a colación aquí el relativo al riesgo que podría correrse cuando, la excepción en el cumplimiento de las obligaciones laborales a los miembros de una confesión religiosa, se extendiera a todos los demás casos de confesiones religiosas. El temor a su reproducción radica en el presunto caos productivo y logístico que se generaría. Ello es, como mínimo, absurdo, puesto que en ningún caso, el ejercicio de un derecho fundamental, cuyo límite es el respeto a los derechos y libertades constitucionales y la moral del resto de ciudadanos, puede desembocar en el desbaratamiento del orden público. Un ejemplo claro lo tenemos en Estados Unidos⁴⁰, donde el ejercicio del derecho a la libertad religiosa se hace prevalecer a las relaciones productivas, otorgándosele así el lugar que le corresponde como derecho fundamental configurador de la dignidad del ser humano. O aquel otro argumento, igualmente vago, relativo a que el reconocimiento de ese derecho conferiría una sobreprotección al trabajador, lo que repercutiría negativamente en un

³⁸ A esta sentencia la han seguido, en los mismos términos, la STC núm. 177/1996, de 11 de noviembre y la STC núm. 101/2004, de 2 de junio.

³⁹ En este sentido se pronuncian los profesores S. Del Rey Guanter, “Contrato de trabajo y derechos fundamentales...”, *op. c.*, p. 49; A. Martín Valverde, “Libertad religiosa...”, *op. c.*, p. 277 y I. A. Rodríguez Cardo, “Libertad religiosa y contrato de trabajo: Sentencia TC 19/1985, de 13 de febrero”, en J. García Murcia, dir., *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa. 20 Casos de Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 278 y 288.

⁴⁰ M. C. Nussbaum, *La nueva intolerancia religiosa. Cómo superar la política del miedo en una época de inseguridad*, (Traducción de Albino Santos Mosquera), Paidós, Barcelona, 2013, p. 87 y F. Valdés Dal Ré, “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, en M^a E. Casas Baamonde, coord., *Las transformaciones del Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley-Actualidad, 2006, p. 598.

descenso en su contratación. La actual crisis económica está demostrando que el mayor o menor número de contrataciones depende, casi exclusivamente, de la situación económica del empresariado. Pero no de la mayor flexibilidad interna o externa en las relaciones laborales o de la existencia o no de medidas de fomento del empleo para determinados tipos de contrato.

Conclusiones

Consideramos pues necesaria la reformulación de los derechos inespecíficos en el ámbito laboral, tal y como señala la más reconocida doctrina⁴¹ y, especialmente, la reordenación de la técnica de ponderación/modulación que la jurisprudencia constitucional utiliza para resolver los conflictos surgidos cuando se pretende ejercitar el derecho a la libertad religiosa en un contexto relacional laboral. Para proceder a tal reordenación, partimos de la identificación del *agere licere* como elemento esencial y núcleo duro del derecho que estudiamos, capaz de dotarlo de contenido y conferirle una excepcionalidad tal que, su limitación, en cualquiera de las formas posibles, por acción o por omisión, conlleva su vaciamiento. Por ello, proponemos que se articulen algún tipo de medidas que, basadas en la buena fe, si bien no supongan a las partes implicadas un gravamen excesivo, al menos permita que el ejercicio del derecho a la libertad religiosa en su vertiente externa sea real, no sólo previsible e hipotético, dependiente exclusivamente de la casuística, del contexto social y de la voluntad del juez, por muy objetiva que esta sea. Se trata de hacer del derecho a la libertad religiosa una garantía de la pluralidad humana, base esencial para cualquier sociedad que se quiera democrática, libre y justa.

Bibliografía

- Aguilera Rull, A., "Prohibición de discriminación y libertad de contratación", en *InDret* (Revista para el Análisis del Derecho), Barcelona, Febrero 1/2009, pp. 1-30.
- Baylos Grau, A., "En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador", en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profs. Bayón y Del Peso*, Madrid, 1980.
- Contreras Mazarío, J. M., "La igualdad y la libertad religiosas en las relaciones de trabajo", en *Documentación Jurídica*, Tomo XVIII, abril – junio 1991.
- De Otaduy, J., "Libertad religiosa y contratación del profesorado en centros concertados", en *Actualidad Laboral*, nº 33, semana 9, 15 septiembre de 1991, pp. 339-413.
- Del Rey Guanter, S., "Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional", en Alarcón Caracuel, M. R. (Coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Valencia, 1992.

⁴¹ J. L. Goñi Seín, "Los Derechos Fundamentales Inespecíficos en la Relación Laboral Individual ¿Necesidad de una reformulación?", en Primera Ponencia del XXIV CNDTSS, disponible en abril de 2014 en http://www.aedtss.com/index.php?option=com_content&view=article&id=49&Itemid=9

- Fernández Avilés, J. A. y M^a. N. Moreno Vida, dir., *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Granada, Editorial Comares, 2012.
- García Pelayo, M., “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979.
- Gómez Reino y Carnota, E., “Las libertades públicas en la Constitución”, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, vol. I, Madrid, UNED, 1978.
- Goñi Seín, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988.
- Gutiérrez del Moral, M^a. J. y A. Cañivano Salvador, *El Estado frente a la libertad de religión: Jurisprudencia constitucional española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Atelier, Barcelona, 2003.
- Locke, J., *Carta sobre la Tolerancia*, Edición a cargo de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1985.
- Martín Sánchez, I., “El modelo actual de relación entre el Estado y el factor religioso en España”, en Ferreiro Galguera, J., coord., *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.
- Martín Valverde, A., “Libertad religiosa, contrato de trabajo y docencia de religión”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 138, 2008, pp. 275-311.
- Montoya Melgar, A., “Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”, en *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, pp. 329-360.
- Núñez González, C., *Interculturalidad y derecho del trabajo. Una aproximación a la gestión no discriminatoria de la diversidad cultural en la empresa*, Tirant Lo Blanch, Monografías nº 670, Valencia, 2009.
- Nussbaum, M. C., *La nueva intolerancia religiosa. Cómo superar la política del miedo en una época de inseguridad* (traducción de Albino Santos Mosquera), Paidós, Barcelona, 2013.
- Palomeque López, M. C., “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en Martín Jiménez, R. y Sempere Navarro, A. V., coord., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2003.
- Rodríguez Cardo, I. A., “Libertad religiosa y contrato de trabajo: Sentencia TC 19/1985, de 13 de febrero” en García Murcia, J., dir., *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa. 20 Casos de Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- Rodríguez Escanciano, S., “Enseñanza de religión en centros públicos y derechos fundamentales del trabajador: Sentencia TC 51/2011, de 14 de abril” en García Murcia, J., dir., *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa. 20 Casos de Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- Rodríguez Piñero, M., “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, en *Relaciones Laborales*, 2003, pp. 55-67.
- San Martín Mazzucconi, C. y Sempere Navarro, A. V., dir., *Derechos Fundamentales Inespecíficos y Negociación Colectiva*, Thomson Aranzadi, Cuadernos de Aranzadi Social, 2011.
- Valdés Dal Ré, F., “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. Entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio”, en *Relaciones Laborales*, 2003, pp. 69-76.

- Valdés Dal Ré, F., "Libertad religiosa y contrato de trabajo" en Casas Baamonde, M^a. E., coord., *Las transformaciones del Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley-Actualidad, 2006.

Jurisprudencia

- Sentencia del TS de 20 de abril de 1988, (Sala de lo Social) (RJ 1988/2999)
- Sentencia del TS de 20 de noviembre del 2000 (Sala de lo Social) (RJ 2000/10293)
- Sentencia del TS de 4 de diciembre del 2000 (Sala de lo Social) (RJ 2000/10414)
- Sentencia del TS de 20 de diciembre del 2000 (Sala de lo Social) (RJ 2001/1861)
- Sentencia del TS de 16 de octubre de 2001 (Sala de lo Social) (RJ 2002/3074)
- Sentencia del TS de 12 de marzo de 2002 (Sala de lo Social) (RJ 2002/5136)
- Sentencia del TS de 9 de julio de 2003 (Sala de lo Social) (RJ 2003/8372)
- Sentencia del TS de 14 de enero de 2009 (Sala de lo Social) (RJ 2009/1713)
- Sentencia del TS de 6 de octubre de 2009 (Sala de lo Social) (RJ 2010/60)
- Sentencia del TS de 22 de octubre de 2009 (Sala de lo Social) (RJ 2009/7717)
- Sentencia del TC 5/1981, de 13 de febrero (Pleno) (RTC 1981/5)
- Sentencia del TC 19/1985, de 13 de febrero (Sala Segunda) (RTC 1985/19)
- Sentencia del TC 47/1985, de 27 de marzo (Sala Segunda) (RTC 1985/47)
- Sentencia del TC 77/1985, de 27 de junio (Pleno) (RTC 1985/77)
- Auto del TC núm. 551/1985, de 24 de julio (Sala Primera) (RTC 1985/551)
- Auto del TC núm. 1987/625, de 20 de mayo (Sala Segunda) (RTC 1988/625)
- Sentencia del TC 340/1993, de 16 de noviembre (Pleno) (RTC 1993/340)
- Sentencia del TC 106/1996, de 12 de junio (Sala Primera) (RTC 1996/106)
- Sentencia del TC 177/1996, de 11 de noviembre (Sala Segunda) (RTC 1996/177)
- Sentencia del TC 154/2002, de 18 de julio (Pleno) (RTC 2002/154)
- Sentencia del TC 101/2004, de 2 de junio (Sala Primera) (RTC 2004/101)
- Sentencias del TC desde el número 80 al 90 del 2007 (Pleno) (RTC 2007/80, 2007/81, 2007/82, 2007/83, 2007/84, 2007/85, 2007/86, 2007/87, 2007/88, 2007/89, 2007/90)
- Sentencia del TC 128/2007, de 4 de junio (Sala Segunda) (RTC 2007/128)
- Sentencia del TC 51/2011, de 14 de abril (Pleno) (RTC 2011/51)

Recibido el 19 de septiembre de 2014. Aceptado el 21 de octubre de 2014