

El velo islámico como causa de despido en empresas privadas

The Islamic veil as a cause for dismissal in private companies

MAR LEAL-ADORNA

*Profesora titular
Universidad de Sevilla*

Recibido: 27.05.2023 / Aceptado: 19.06.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8075

Resumen: El uso de simbología religiosa en el ámbito laboral ha traído consigo un gran número de problemas que se ha planteado no sólo a nivel nacional, sino también europeo e internacional. Varios son los supuestos sobre los que se han debido pronunciar los tribunales a la hora de determinar si el despido de un trabajador por el uso de prendas o símbolos de una confesión puede implicar una discriminación por motivos religiosos o una violación de la libertad religiosa. En este estudio se analiza si existe derecho a portar simbología dinámica, la regulación normativa (o no) del mismo y los casos concretos que han dado lugar a los pronunciamientos judiciales en relación con el uso del velo islámico como causa de extinción de la relación laboral en empresas privadas.

Palabras clave: Velo islámico, despido laboral, libertad religiosa, discriminación religiosa.

Abstract: The use of religious symbols in the labor environment has resulted in problems not only at the national level, but also at the European and international levels. In many cases, the courts have taken positions on whether or not the firing of an employee for wearing clothing or symbols representative of a given religious confession constitutes religious discrimination. This study explores whether or not a right to wear religious symbols actually exists, analyzes the legislation and regulations (or lack thereof) surrounding that question, and delves into the specific cases that have resulted in legal decisions being made pertaining to the termination of private-sector employment due to a person's decision to wear the Islamic veil.

Keywords: Islamic veil, labor firing, religious freedom, religious discrimination.

Sumario: I. La libertad religiosa y su repercusión en el uso de la simbología dinámica. 1. La normativa nacional. 2. La normativa internacional. 3. La normativa europea II. La igualdad y la no discriminación por motivos religiosos. 1. La Directiva 2000/78 del Consejo Europeo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. III. El uso de símbolos religiosos en las relaciones laborales privadas: Especial referencia a la jurisprudencia del TJUE en materia del uso del velo islámico. 1. La Jurisprudencia del TJUE. A) Sentencia TJUE, de 14 de marzo de 2017 (C-157/2015). B) Sentencia TJUE, de 14 de marzo de 2017 (C-188/2015). C) Sentencias TJUE, de 15 de julio de 2021 (C-804/2018 y C-341/2019). D) Sentencia TJUE, de 13 de octubre de 2022 (C-344/2020). IV. Reflexiones finales.

I. La libertad religiosa y su repercusión en el uso de la simbología dinámica

1. Fenómenos como la globalización y los movimientos migratorios están produciendo profundos cambios en la sociedad occidental. Una sociedad que, cada día, es más plural, más rica en la convivencia, tanto de culturas como de nacionalidades y, esencialmente, más diversa en las diferentes facetas que rodean a la identidad humana. La religión no representa ninguna excepción y Europa es buen ejemplo de ello.

2. Las creencias religiosas, cada vez más variadas en los países democráticos, están configurando un mapa religioso diverso al de hace algunas décadas y esto es más destacable en algunas religiones concretas como el Islam¹. Las citadas creencias serán amparadas y protegidas por el derecho de libertad religiosa que es considerada la primera de las libertades; pero, como es lógico, aquéllas no pueden mantenerse en el ámbito privado. La religión posee un creciente protagonismo en la esfera pública y es aquí donde entra en juego la simbología. Es necesario determinar, por el objeto de estudio de nuestro trabajo, si el uso de prendas religiosas puede considerarse una manifestación externa del derecho fundamental antes mencionado.

3. Como punto de partida, para responder a la cuestión planteada, hemos de aclarar qué se entiende por símbolo religioso para después, intentar establecer si su uso está amparado por la libertad religiosa.

Podemos afirmar, con carácter general, que un símbolo religioso es aquél que manifiesta la pertenencia de un individuo a una determinada confesión; si bien, no existe una opinión unívoca en la doctrina². Nos encontramos con quienes lo definen basándose en el elemento subjetivo, en el denominado criterio de autorreferencia³, conforme al cual será el propio individuo el que establezca si las causas por las que usa un determinada prenda o adorno tienen o no carácter religioso. Otros consideran que el criterio objetivo es el que debe prevalecer, esto es, sólo lo determinado como símbolo religioso en el ámbito normativo se considerará tal⁴. También hay quien afirma que la opinión del sujeto no es suficiente a la hora de determinar la religiosidad de un símbolo, aunque tampoco se puede tomar, como único indicio, lo establecido por la norma ya que, en ese caso, sólo lo considerado como tal por la mayoría se impondrá a la minoría, de modo que según estos autores hay que seguir una teoría intermedia⁵.

A este respecto, hay que tener en cuenta que “Las vestimentas no son de suyo símbolos stricto sensu, pero han sido asimiladas y tratadas como tales en la práctica jurídica nacional y comparada”⁶. De este modo lo ha entendido también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) que ha establecido que los elementos materiales de la vida de los creyentes que contribuyen al ejercicio de la religión o las creencias en el culto, la enseñanza, la práctica o la observancia, incluyendo vestimentas, utensilios, edificios, materiales escritos o gráficos, pueden considerarse símbolos religiosos.

4. Ahora bien, la clave de esta cuestión será determinar si el uso de simbología se encuentra amparado por algún derecho, concretamente, por el de libertad religiosa. Para ello, nos dedicaremos al análisis de la normativa relativa a este derecho fundamental.

¹ Según los datos del Instituto Pew Research Center, la población musulmana es de, aproximadamente, el 4% en la Unión Europea en la actualidad, mientras que en el 2050 crecerá hasta el 8,12%. Concretamente, en el caso de nuestro país, este crecimiento será aún mayor puesto que subirá de 1,6 millones en 2020 a casi cuatro en 2050. <https://www.pewresearch.org/religion/2017/11/29/croissance-de-la-population-musulmane-en-europe/> (página consultada el 12 de febrero de 2023).

² Si se desea tener un conocimiento profundo de este tema, se puede consultar a M. VIDAL GALLARDO, “Símbolos religiosos y señas de identidad”, en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, XXXI (2015), p. 325

³ A. MOTILLA, *Concepto de confesión religiosa en el Derecho español. Práctica administrativa y doctrina jurisprudencial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 32. Coincide con esta postura A. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, “Simbología islámica masculina y libertad religiosa”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, XV (2022), p. 26 y R. PALOMINO LOZANO, “El símbolo religioso en el Derecho. Concepto y clases”, en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/40005/> (página consultada el 14 de abril de 2023).

⁴ J. ANDRÉS GALLEGO, “Notas históricas sobre el problema de los símbolos religiosos”, en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, XXVIII (2012), pp. 22 y ss.

⁵ B. ALÁEZ CORRAL, “Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 67 (2003), pp. 92 y ss.

⁶ R. PALOMINO LOZANO, “El símbolo religioso en el Derecho...”, art. cit., p. 5.

1. La normativa nacional

5. En el ámbito nacional, la Constitución española (en adelante CE) garantiza, en su artículo 16, la libertad ideológica, religiosa y de culto, a través de un sistema de neutralidad de los poderes públicos al declarar, en su apartado tercero, que “Ninguna religión tendrá carácter estatal”. Seguidamente, establece el mandato de tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, por lo que la laicidad o neutralidad mencionada debe ser entendida en una vertiente positiva⁷.

6. El derecho fundamental protegido por el precepto citado, por mandato expreso del artículo 81 CE, es desarrollado a través de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (en adelante LOLR). El artículo 2.1. a) de esta norma, al fijar la vertiente individual de aquélla, determina que, junto a la inmunidad de coacción, comprenderá el derecho de toda persona a “profesar las creencias religiosas que libremente elija, o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse a declarar sobre ellas”. Así, las manifestaciones o expresiones de las propias creencias, entre las que podemos considerar incluido el uso de símbolos religiosos, se encuentran amparadas por el derecho del artículo 16 CE y han de estar libres de inmunidad de coacción por parte del Estado, tal y como lo establece el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en su sentencia 128/2001, de 4 de junio: “Ahora bien, el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues cabe apreciar una dimensión externa de la libertad religiosa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso (...)”.

Los límites, al derecho fundamental que estamos abordando, se encuentran recogidos en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica citada: “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”. Todos ellos habrán de ser tenidos en cuenta a la hora de fundamentar la posible prohibición del uso de simbología dinámica.

En nuestro ordenamiento no existe una normativa expresa sobre este tema, a diferencia de algunos de nuestros países vecinos⁸. Un gran sector de la doctrina española considera que la seguridad jurídica que implicaría la regulación de esta materia no compensa los riesgos que podría acarrear, por lo que es aconsejable que los problemas que se susciten sean resueltos en sede jurisprudencial⁹.

7. El mayor número de cuestiones que se está planteando en relación con el uso de símbolos religiosos personales se encuentra directamente relacionado con el ámbito laboral. A este respecto, podemos citar los Acuerdos con las denominadas confesiones minoritarias (FEREDE, FCJ y CIE) a través de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, que incluyeron cierta mención a dicho ámbito en relación con la libertad religiosa, concretamente en sus artículos 5 y 12. Del mismo modo, el Estatuto de

⁷ El Tribunal Constitucional, en su sentencia 101/2004, de 2 de junio, sostiene que “el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener «las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones», introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» (STC 177/1996, de 11 de noviembre)”.

⁸ Es cierto que, en Cataluña, concretamente por el Ayuntamiento de Lleida, fue prohibido el uso del velo integral en edificios públicos. Sin embargo, esta normativa fue anulada por el Tribunal Supremo ya que consideró que dicha prohibición vulneraba el artículo 16 de la Constitución española. Para un mayor abundamiento sobre el tema se puede consultar, entre otros, a R. VALENCIA CANDALIJA, “La prohibición del velo integral en Italia y España: el caso lombardo y el catalán”, en *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, 1 (2020).

⁹ Vid. Entre otros, S. CAÑAMARES ARRIBAS, “Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: propuestas ante la reforma de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa”, en *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, 19 (2009), p. 1.

los Trabajadores, en sus artículos 4.2 c), e) y 17.1, también hará referencia a ese derecho y a la no discriminación por ese motivo, sin hacerse mención expresa, en ninguno de ellos, a la simbología dinámica.

Si bien, aunque los problemas planteados en relación con el uso de prendas o adornos religiosos en el trabajo no han traspasado el ámbito jurisdiccional de nuestras fronteras, como podremos comprobar, en otros países como Reino Unido, Francia o Bélgica, los tribunales regionales e internacionales ya han tenido que pronunciarse sobre esta materia¹⁰. Al estudio de las sentencias dictadas por el TEDH y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en materia de despido laboral por portar el velo islámico, nos dedicaremos en este trabajo para así determinar puntos en común o divergencias entre las distintas resoluciones y plantear propuestas para evitar los conflictos que, cada vez con mayor frecuencia, se están produciendo.

2. La normativa internacional

8. El artículo 10.2 de la CE nos remite, a la hora de interpretar los derechos fundamentales, a la normativa internacional: “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, para hacer frente al análisis de la libertad religiosa, derecho en el que se fundamenta el posible uso de simbología dinámica, hemos de hacer mención, entre otros muchos, a la Declaración Universal de Derechos Humanos que, en su artículo 18, recoge el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Del mismo modo, se protege esta libertad en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.

9. Aunque en ninguno de los textos mencionados se hace referencia expresa al uso de la simbología dinámica, como ya argumentamos en el primer apartado de este trabajo, éste se puede considerar amparado por la libertad religiosa al tratarse de una manifestación externa de las creencias religiosas del ciudadano. Además, se ha de tener en cuenta que cuando el Comité de Derechos Humanos interpreta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determina que los símbolos religiosos se encuentran dentro del ámbito de protección de las libertades que contiene. Así se establece en la Observación General número 22 del artículo 18, en la que se afirma que la práctica de la religión o de las creencias puede incluir el uso de prendas de vestir o tocados distintivos¹¹. Del mismo modo, la Declaración de la Asamblea General de la ONU de 1981 recoge, en su artículo 6, que la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia incluye la libertad “de hacer, adquirir y utilizar en grado adecuado los artículos y materiales necesarios relacionados con los ritos o costumbres de una religión o creencia”.

10. Por todo lo hasta aquí establecido, hemos de reiterarnos en la idea de que el uso de simbología religiosa personal queda amparado por la libertad religiosa desde el momento en el que ésta incluye el derecho de la persona de manifestar su religión, individual o colectivamente¹².

¹⁰ Como comprobaremos en el apartado relativo a la jurisprudencia del TEDH, éste rechazó el recurso de la abogada española expulsada de una sala de la Audiencia Nacional por llevar velo islámico. Si bien, tan alto tribunal fundamenta el rechazo en el hecho de que la recurrente no agotó en España todas sus vías de recurso, ya que introdujo de manera tardía el recurso de alzada ante la propia Audiencia Nacional (Decisión TEDH, Barik Edidi contra España, de 26 de mayo de 2016).

¹¹ “La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias puede ejercerse “individual o colectivamente, tanto en público como en privado”. 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 sueto. 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 (...)”.

¹² Así lo determina el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de febrero de 2016 cuando, haciendo referencia al velo

11. Ahora bien, se ha de partir de la premisa de que no existen derechos ilimitados, por muy fundamentales que sean. Es cierto que el establecimiento de límites es tarea harto difícil que ha de seguir un criterio restrictivo, tal y como afirma el TEDH en muchas de sus sentencias. Concretamente, el artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos determina como posibles limitaciones a la libertad religiosa, además del orden público, la seguridad, la salud, la moral pública y los derechos y libertades de los demás. Todas éstas estarán sometidas a lo que se denomina, comúnmente, el “test de Estrasburgo”¹³; unas reglas establecidas en la jurisprudencia del TEDH que establecen que, cualquier límite a los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio y, por tanto, a la libertad religiosa, habrá de cumplir, cumulativamente, los siguientes requisitos:

1. Estar previstos por ley nacional: Entendida en sentido amplio, esto es, cualquier norma emanada de quien tiene competencia normativa, siempre y cuando sea accesible y previsible¹⁴.
2. Persecución de un fin legítimo: Las razones que justifican la intromisión en el derecho fundamental deben ser realmente importantes y proporcionales al fin legítimo perseguido¹⁵.
3. Que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática: Proporcionalidad entre la medida sancionadora y la finalidad, respondiendo a una necesidad social imperiosa, esto es, debe de tratarse de una limitación ineludible. Es más, corresponde a los Estados valorar, inicialmente, esa necesidad, aunque el margen de discrecionalidad de aquéllos no es ilimitado¹⁶.

12. A estos elementos enumerados hay que añadir lo que el TEDH ha venido a denominar la opinión social¹⁷, puesto que la aplicación de las normas sin que ésta se encuentre presente puede originar ciertas desigualdades. El derecho del Convenio se aplica en Estados diversos que poseen, igualmente, distintas características y peculiaridades; por ello, aunque sea comprensible la importancia de la opinión social, no hay que olvidar que el otorgarle un carácter extremo no deja de aportar una serie de soluciones dispares (dependiendo de la sociedad y del ordenamiento en el que nos encontremos) que no hace más que aumentar la inseguridad jurídica de los sujetos pasivos de la norma. Como bien establece FREIXES, “los límites que puedan fundamentarse en la opinión social, han de estar cuidadosamente seleccionados y justificados para que puedan considerarse compatibles con el Convenio Europeo”¹⁸.

Todo ello se deberá tener presente a la hora de limitar el uso de simbología religiosa en el ámbito laboral.

3. La normativa europea

13. En lo relativo a la Unión Europea¹⁹ ya el artículo 6 del Tratado de Maastricht otorga el carácter de principios generales del Derecho comunitario a los derechos tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que queda implementado con los artículos 6 y 13 del

integral (entendido como símbolo religioso) determina que: “Partiendo, pues, de que el uso de velo integral constituye una manifestación de ejercicio de libertad religiosa, regulada en el art. 16.1 CE y en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, respecto a cuyo contenido, ejercicio y límites ha de estarse a lo dispuesto en los arts. 81 y 53 CE (...)” (Fundamento de Derecho Noveno).

¹³ Lo que podríamos denominar “el límite de los límites” de los derechos fundamentales.

¹⁴ Ahora bien, se ha de tener en cuenta que la interpretación de estos criterios no siempre ha seguido la misma línea. Así, en el caso *Silver* y otros contra Reino Unido (STEDH 4/1983, de 25 de marzo), se sostiene que, en este supuesto, las instrucciones y circulares no tienen fuerza de ley.

¹⁵ STEDH, de 13 de agosto de 1981, caso *Young, James y Webster* contra Reino Unido.

¹⁶ Lo que es conocido, y en una gran cantidad de sentencias utilizado, como “margen de apreciación de los Estados”. Éste quedará afectado no sólo por la naturaleza de la restricción, sino también por la de las propias actividades implicadas (STEDH, de 22 de octubre de 1981, caso *Dudgeon* contra Reino Unido).

¹⁷ Que no difiere en gran medida del tercero de los elementos citados.

¹⁸ T. FREIXES SANJUÁN, “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrigue Furió Ceriol*, 11-12 (1995), p. 106.

¹⁹ No mencionaremos aquí la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, puesto que será ésta analizada con detenimiento en el epígrafe II.1.

Tratado de Amsterdam, siendo muy importante su Declaración Aneja 11²⁰. En este ámbito, también se ha de citar el Tratado de Lisboa, que modifica el de la Unión Europea y el constitutivo de la Comunidad Europea, en el que su artículo 6.1 reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que le concede el mismo valor jurídico que los Tratados. De este modo, se hace necesario mencionar el artículo 10.1 de la Carta: “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”.

14. Conforme al último de los preceptos citados, podemos afirmar que, al igual que a nivel nacional o internacional, en derecho europeo el uso de simbología religiosa quedará amparado por la libertad religiosa al comprender el derecho de la persona a manifestar su religión.

15. En cuanto a sus límites, la Carta determina que serán los mismos que los establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 52.3) y deberán respetar lo establecido en el artículo 52.1, que posee un contenido similar al que hemos denominado “test de Estrasburgo”. Serán éstos los que operen, por tanto, en el uso de símbolos religiosos.

16. A pesar de la normativa mencionada, no encontramos ninguna en la que se aborde directamente el tema de la libertad religiosa y el uso de simbología dinámica en el puesto de trabajo. Sin embargo, no se ha de olvidar que, tal y como afirma el TC, “(...) la celebración del contrato de trabajo no priva al trabajador de sus derechos constitucionales y que las organizaciones productivas no son ajenas a los derechos y principios constitucionales que informan las relaciones laborales”. De este modo, en el ámbito laboral la persona mantiene intactos sus derechos, la posibilidad de esgrimirlos ante cualquier posible violación. El empleador ha de respetar las elecciones religiosas personales del individuo ya que “la firma de un contrato de trabajo y la asunción de deberes laborales o profesionales no priva a la persona del trabajador del derecho no sólo a elegir y mantener sus creencias, sino también a que nadie le obligue a declarar sobre ellas o haga indagaciones al respecto (salvo que sea estrictamente necesario para el desenvolvimiento de la relación laboral), según nos advierten las normas sobre protección de datos personales”²¹. Ahora bien, la confrontación entre la libertad de empresa, que faculta al empleador a gestionar su negocio conforme a los criterios de eficiencia o economía, y la libertad religiosa del trabajador, puede ocasionar una obligada modulación de este último para el cumplimiento de los deberes contractuales asumidos o bien, un acomodo del empresario para el respeto de los derechos fundamentales del empleado.

II. La igualdad y no discriminación por motivos religiosos

17. En el tema objeto de estudio, a la libertad que acabamos de hacer referencia se ha de unir otro derecho que, igualmente, se encuentra reconocido como fundamental, la igualdad o no discriminación por motivos religiosos²². Conforme a éste, el empleado no puede ser tratado de forma diversa por sus creencias a no ser que, como analizaremos posteriormente, existan causas que lo justifiquen.

²⁰ No se ha de olvidar que al ser una Declaración Aneja posee un ámbito político y no jurídico, pese a lo cual, no se ha de dejar de mencionar su importancia. En ella se reconoce la dimensión colectiva de la libertad religiosa, no prejuzgando el estatuto reconocido, en virtud del derecho nacional de los Estados miembros, a las Iglesias, Asociaciones o Comunidades religiosas.

²¹ J. GARCÍA MURCIA, – I. RODRÍGUEZ CARDO, “Signos religiosos en la indumentaria del trabajo y principio de no discriminación: las primeras aportaciones del Tribunal de Justicia”, en *Diario La Ley*, nº 49 (30 de junio de 2017), p. 7.

²² Es cierto que la discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral es relativamente reciente puesto que, anteriormente, las sociedades eran básicamente homogéneas y no existía el conflicto en el desarrollo del derecho de libertad religiosa en ese ámbito: J. ROSSELL GRANADOS, *La no discriminación por motivos religiosos en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, p. 87.

18. En nuestro ordenamiento, el artículo 14 de nuestra Carta Magna proclama el derecho mencionado, citando como causa especialmente rechazable la religión²³. A este respecto, es importante destacar la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación que incluye, con carácter general, la prohibición de discriminación por motivos religiosos²⁴.

19. En el ámbito de las Naciones Unidas, la igualdad se articula como un principio básico de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Concretamente, el artículo 2.1 protege el derecho de toda persona al disfrute de sus libertades sin distinción alguna por razón de religión²⁵. Éste ha sido también reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁶ y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁷. Es de especial importancia, en orden al tema que abordamos, la Declaración Universal sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, en la que se hace referencia expresa a la prohibición de discriminación por motivos religiosos y se obliga a los Estados a promover, también en el ámbito laboral, las condiciones necesarias para evitarla²⁸. Concretamente, el artículo 3 del último texto citado determina que la discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o de creencias constituye una afrenta a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

20. En el marco del Consejo de Europa, el derecho que analizamos es un valor esencial, y así se recoge en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con la entrada en vigor del Protocolo número 12, la igualdad y la no discriminación constituyen un derecho autónomo, no dependiente de los otros reconocidos en él, estableciéndose, en su artículo 1.1, la igualdad sin posibilidad de discriminación por motivos religiosos, principio básico y esencial.

21. Si nos centramos en la Unión Europea, el artículo 2 Tratado ampara la no discriminación como uno de los valores comunes y la lucha contra ésta como uno de los objetivos de aquélla. Serán los artículos 20 y 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales los que también hagan referencia expresa al derecho que abordamos.

22. La relación entre este derecho y la libertad religiosa ya ha sido puesta de manifiesto en vía jurisprudencial. A modo de ejemplo, podemos destacar varios pronunciamientos del TEDH²⁹, en los que

²³ “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”.

²⁴ Art. 2.1: “Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

²⁵ “Toda persona tiene 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”.

²⁶ Art. 2.1: “1. Cada uno de los Estados Parte 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”.

²⁷ Art. 2.2: “Los Estados Parte 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”.

²⁸ Para un profundo estudio sobre el tema se puede consultar D. GARCÍA PARDO, *La protección internacional de la libertad religiosa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, pp. 47 y s.

²⁹ Hay algunos autores que hablan del denominado “Test de igualdad”, que aplica el TEDH en las sentencias a la hora de apreciar o no la discriminación por cualquier motivo, incluido el religioso:

- No existirá discriminación si existe justificación objetiva.
- Existirá justificación en relación con la finalidad de los efectos de la medida, que se ha de basar en principios generalmente aceptados en una sociedad democrática.
- Debe existir proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

se afirma que “no se puede ser objeto de trato discriminatorio como consecuencia de la pertenencia de la persona a una minoría religiosa. Ahora bien, hay que aplicar los criterios de los límites a la última de las libertades citadas dado que la diferencia de trato por motivos religiosos sólo será discriminación si existe ausencia de justificación objetiva y razonable, es decir, si no responde a un objetivo legítimo y si no hay una relación razonable entre los medios empleados y el fin perseguido”³⁰.

1. La Directiva 2000/78 del Consejo Europeo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

23. Como ya hemos apuntado, el principal problema que se plantea es la falta de regulación expresa relativa a la protección de la libertad religiosa y de la no discriminación por este motivo en el puesto de trabajo³¹. Es cierto que el derecho comunitario sí que ha afrontado este tema en la Directiva 2000/78 del Consejo Europeo, de 27 de noviembre de 2000³², relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, la Directiva)³³. Si bien, aunque en ella no se pretende tutelar de forma directa el ejercicio del derecho de libertad religiosa en el trabajo³⁴ sí que, en la práctica, será aplicada por el Tribunal de Justicia para afrontar el problema de la discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral.

24. Es necesario analizar esta norma, aunque sea someramente, puesto que en ésta se basarán las decisiones dadas por el TJUE que serán objeto de este estudio. Es más, a través de ella se pretende crear un marco común mínimo aplicable a la legislación nacional en el que no exista discriminación por motivos religiosos en el empleo y la ocupación. No haremos referencia a todos y cada uno de sus preceptos, aunque nos detendremos en aquellos que consideramos fundamentales para el análisis de las decisiones mencionadas³⁵.

25. Su artículo 1, al recoger el objeto de la Directiva, determina que la finalidad es “establecer 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”, por lo que se puede comprobar que una de las causas expresamente mencionada es la religión. Se afirma que la discriminación religiosa (entre otras) puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado de Funcionamiento de

Para un mayor conocimiento de este tema se puede consultar T. FREIXES SANJUÁN, *Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, art.cit., pp. 100 y ss.

³⁰ STEDH, de 23 de junio de 1993, caso Hoffman contra Austria.

³¹ Sí que se han recogido en nuestro ordenamiento, a través de convenios o acuerdos colectivos, algunas pautas al respecto. Así podemos citar, entre otros, el Convenio Colectivo del Transporte de Mercancías de la Ciudad Autónoma de Ceuta (BOCCE núm. 4246, de 26 de agosto de 2003 y BOCCE núm. 4424, de 10 de mayo de 2005); Convenio Colectivo del sector de empresas de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública mediante control horario y cumplimiento de las ordenanzas de aparcamiento (Resolución de 28 de septiembre de 2004 de la Comunidad de Madrid), etc. Es más, la Directiva 2000/78 que analizaremos posteriormente se remite a los mismos en su artículo 13.2 “Siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros fomentarán entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración al nivel apropiado, de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de aplicación”. Para un mayor abundamiento sobre el tema se puede consultar a M. SALIDO, “Libertad religiosa y no discriminación en el ámbito laboral en España: Legislación y Convenios Colectivos”, en *Derecho y Religión*, 11 (2016), pp. 163-188.

³² En el ámbito del Consejo de Europa, no podemos dejar de citar la Resolución de la Asamblea Parlamentaria 2013/1928 sobre “Protección de los derechos humanos en relación con la religión y las creencias y la protección de las comunidades religiosas de la violencia”.

³³ DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

³⁴ J. ROSSELL GRANADOS, *La no discriminación por motivos religiosos...* ob.cit., p. 64

³⁵ La aplicación de la finalidad de la Directiva es obligada para los Estados miembros, el medio y la forma de aplicación se dejan al arbitrio de la autoridad estatal. De este modo, España ha optado por no hacerlo a través de una norma específica sino a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

la Unión Europea, principalmente, conseguir un alto nivel de empleo y protección social, lo que impediría elevar el nivel y la calidad de vida, junto a la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.

26. Se ha de partir de la idea de que la discriminación es un trato diferenciado sin justificación alguna, por lo que si se da ésta no podremos considerarla como tal. Pero, ¿qué podemos entender por “discriminación religiosa o por motivos de religión”? Para ser capaces de establecer una noción aproximada, es necesario entrar a dilucidar qué se considera religión.

En las Conclusiones de la Abogado General del caso Achbita, al que nos referiremos posteriormente, se aclara que en el concepto de religión se mezclan puntos de vista objetivos con elementos de la convicción religiosa de cada persona³⁶. Si bien, aunque la Directiva ha de ser interpretada en sentido amplio, esto es, la concepción de lo religioso no se restringe al ámbito interno, sino también al externo, a la práctica y la manifestación de la fe de la persona (aunque no quede expresamente establecido en la Directiva)³⁷, esto no implica que todo comportamiento o actuación esté protegido por derivar de sus convicciones religiosas³⁸.

27. Partiendo de esta idea, debemos afirmar que tanto la discriminación directa, como la indirecta, están prohibidas en todos los territorios de la Unión. Se da la primera en el caso en el que la persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga; mientras que la segunda se produce cuando una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, respecto de otras.

28. El trato diferenciado en situaciones similares no posee justificación alguna y dará lugar a una discriminación directa, salvo los supuestos establecidos en los artículos 2.5 y 4 de la propia Directiva³⁹. Así, conforme al primero de los citados, si existen medidas establecidas en la legislación nacional que son necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, no se entenderá la existencia de discriminación directa. Del mismo modo, no se apreciará ésta, conforme al artículo 4, cuando debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta o al contexto en el que se desarrolla, la característica que fundamenta la diferencia de trato, constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado⁴⁰.

29. Sin embargo, la discriminación indirecta no se producirá, además de en los supuestos que acabamos de mencionar, en los siguientes (art. 5 de la Directiva):

- Cuando exista objetivamente una finalidad legítima y los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.
- En aquellos casos en los que, respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas

³⁶ Conclusiones de la Abogado General Sra. Julienne KoKott, de 31 de mayo de 2016. Asunto C-157/15.

³⁷ No puede ser de otra forma si se tiene en cuenta que el artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea así lo establece.

³⁸ Teniendo en cuenta esta última afirmación, hay que aclarar que en la norma que abordamos, religión y convicciones son dos caras de la misma moneda, es decir, son fuente de un único y mismo motivo de discriminación.

³⁹ Aunque en las conclusiones de la Abogado General, en el asunto C-157/15, de 31 de mayo, en el considerando 27 se afirma que “en determinadas circunstancias una diferencia de trato directa también puede estar perfectamente justificada”.

⁴⁰ “No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 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”.

adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

30. Así las cosas, la discriminación directa es más fácilmente identificable puesto que radica en un trato menos favorable basado en algunos de los motivos alegados que son de comprobación más objetiva; en cambio, la apreciación de la indirecta es más compleja dado que no se plantea de forma consciente por quien crea la norma, sino que la posible desigualdad surge en la aplicación de la misma. De este modo, será necesario abordar cada supuesto concreto, lo que va a justificar la creciente jurisprudencia al respecto⁴¹.

31. No se ha de olvidar que, conforme al artículo 3.1, la Directiva se ha de aplicar a todas las personas tanto en el sector público, como en el privado; lo que es especialmente importante en relación a los problemas que son objeto de estudio en este trabajo⁴².

32. Son éstos los preceptos que consideramos que merecen una especial atención en relación con el tema que nos ocupa, aunque algunos de los restantes también serán abordados al realizar los análisis de las sentencias.

III. El uso de símbolos religiosos en las relaciones laborales privadas⁴³: Especial referencia a la jurisprudencia del TJUE en materia del uso del velo islámico

33. Como hemos apuntado, los derechos fundamentales deben ser respetados en cualquier ámbito, incluido el laboral. El problema surge en los momentos en los que se da (o puede darse) una fricción entre la libertad religiosa del empleado y las obligaciones derivadas de la relación de trabajo. Determinar qué bien jurídico debe prevalecer no es un tema baladí, como lo demuestra la prolija jurisprudencia existente.

La libertad religiosa, como ya hemos afirmado, no sólo posee una perspectiva interna, la que pertenece a la esfera privada del individuo, sino que se extrapola, además, a una externa que conlleva su expresión en público. Es esta última la que repercutirá en el ámbito laboral puesto que los límites expuestos, en los epígrafes anteriores, no tienen un contorno definido⁴⁴. De este modo, puede surgir la duda de si es posible esgrimir la libertad religiosa para incumplir un deber contractual o, por el contrario, aquélla se habrá de adaptar o restringir por la relación de trabajo, teniéndose en cuenta que ésta es, en todo momento, voluntaria⁴⁵.

⁴¹ P. BETRIÁN CERDÁN, “Discriminación indirecta y religión en el ámbito laboral”, en *Derecho y Religión*, XI (2016), p. 77.

⁴² En el artículo 10, se traslada la carga de la prueba al demandado si el demandante alega la existencia de hechos de los que se pueda inferir algún tipo de discriminación a las que se refiere el artículo 2.2, ya sea directa o indirecta, incluida, claro está, aquélla que se fundamentan en motivos religiosos.

Art. 10 Directiva: “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante.

3. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a los procedimientos penales.

4. Lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 se aplicarán asimismo a toda acción judicial emprendida de conformidad con el apartado 2 del artículo 9.

5. Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar lo dispuesto en el apartado 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente”.

⁴³ Sobre este tema, aunque con carácter más genérico, se puede consultar a M. RODRÍGUEZ BLANCO – I. CANO RUIZ, *La libertad religiosa en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Observatorio del Pluralismo Religioso en España, Madrid, 2021.

⁴⁴ Hay quien ha denominado a la libertad religiosa como derecho fundamental inespecífico en el ámbito laboral, por cuanto no se dirige exclusivamente a éste, pero sí impacta claramente. Vid., a modo de ejemplo, E. ROJO TORDECILLAS, “Aproximación al ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el ámbito de las relaciones de trabajo”, en F. CAMAS RODA (coord.), *El ejercicio del derecho de libertad religiosa en el marco laboral*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 36

⁴⁵ Partiendo de esta base, la tesis mantenida por el TEDH ha sido la de entender que, si una persona puede eludir las

34. No hay que olvidar que esta libertad no es la única en juego en esta dicotomía, también debe ser tenida en cuenta la libertad de empresa. Tal y como apunta la Abogada General del TJUE en sus Conclusiones, en el asunto C-188/15, conciliar la libertad de una persona de manifestar su religión con la libertad de empresa, requerirá un difícil ejercicio de equilibrio entre los dos derechos en conflicto.

35. Del mismo modo, tal y como hemos apuntado anteriormente, hay que traer a colación el derecho de igualdad o no discriminación por motivos religiosos que, como es lógico, también se aplicará en el ámbito laboral.

36. Por todo ello, podemos afirmar que tres son los derechos en juego: la libertad religiosa, la de empresa y la igualdad o no discriminación. La conexión de los tres se aprecia desde el momento en el que “la libertad de conciencia, de religión o de creencias también se refiere a las manifestaciones de la diversidad religiosa en el lugar de trabajo”⁴⁶, por lo que se han de abordar medidas específicas de ajuste razonable de la libertad de empresa para que sea posible tanto superar la discriminación por motivos religiosos, como respetar la libertad religiosa del empleado.

37. Variados son los supuestos en los que la utilización de vestimenta religiosa en el ámbito laboral ha causado graves problemas que han llegado, en gran cantidad de ocasiones, a los tribunales.

38. No se ha de olvidar que en este estudio nos centramos en las relaciones laborales privadas. Consideramos procedente esta aclaración puesto que la perspectiva es fundamentalmente diversa desde el momento en el que, en el ámbito público, en la mayoría de los Estados europeos, ha de regir la neutralidad o laicidad del Estado⁴⁷. Sin embargo, en el privado, el derecho de libertad religiosa del trabajador podrá (o deberá) ser modulado cuando entre en conflicto con el de libertad de empresa y viceversa.

39. Ante el posible enfrentamiento de los derechos citados, se ha de tener en cuenta el denominado criterio de “acomodo razonable”. Conforme al mismo, el empleador deberá intentar “acomodar” las exigencias laborales a la libertad religiosa del trabajador cuyas creencias ha manifestado anteriormente guiado por el principio de buena fe, siempre y cuando no suponga un perjuicio para su empresa⁴⁸. Ya los tribunales de algunos países europeos se han manifestado en tal sentido. A modo de ejemplo, podemos citar la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán⁴⁹ en la que se aborda el despido improcedente de una dependienta de grandes almacenes al comunicar su decisión de llevar el cabello cubierto en cumplimiento de sus creencias religiosas, ante lo que la compañía alegaba un grave perjuicio económico por considerar que la clientela se negaría a ser atendida por esta persona. Las dos primeras instancias judiciales justifican el citado despido mientras que el Tribunal Federal de Trabajo (y posteriormente el Constitucional) mantiene que la trabajadora está en su derecho de ejercer su libertad religiosa a través del uso del velo ya que la empresa no ha demostrado el perjuicio alegado; es más, argumenta que ésta ni siquiera había pretendido “acomodar” los dos derechos en conflicto puesto que, en ningún momento, ha ofrecido a su empleada el desempeño de un puesto en el que no estuviese obligada a un contacto directo con el público⁵⁰.

limitaciones impuestas sobre su derecho de libertad religiosa, como podría hacerlo renunciando a su puesto de trabajo, en esos casos no hay interferencia con el artículo 9 del Convenio. Esta teoría cambia en el caso Eweida y otros contra Reino Unido, como comprobaremos con posterioridad.

⁴⁶ Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias A continuación, se refiere a los medios para eliminar la intolerancia y la discriminación por motivos religiosos en el lugar de trabajo (A/69/150).

⁴⁷ No debemos olvidar que en la Unión Europea aún siguen existiendo Estados confesionales (Reino Unido, Dinamarca, Finlandia, Grecia y Malta).

⁴⁸ Sobre el tema de la acomodación de símbolos religiosos se puede consultar, entre otros muchos, A. CASTRO JOVER, “Símbolos, ceremonias, manifestaciones religiosas y poderes públicos”, en J. FERREIRO GALGUERA (COORD.), *Jornadas jurídicas sobre libertad religiosa en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, pp. 810 y ss.

⁴⁹ Sentencia de 30 de julio de 2003.

⁵⁰ En derecho inglés se pueden citar varias sentencias en las que se otorga prevalencia al derecho de libertad religiosa. Así podemos mencionar a la decisión del Tribunal Laboral Malik versus British Home, o bien el caso Hussain versus Midlan Cosmetic Sales. Para conocer los hechos de las sentencias se puede consultar A. MOTILLA, “Vestimentas y símbolos religiosos en el derecho laboral...” art.cit., pp. 264-265.

40. Siguiendo esta línea, dentro de nuestras fronteras, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en su Sentencia de 9 de septiembre de 2002, tuvo que decidir sobre el derecho de un conductor de autobuses municipales a portar el gorro judío. La compañía despide al empleado alegando que esa prenda no forma parte del uniforme, pero el Tribunal entiende (al igual que en el caso alemán) que, aunque puede aceptarse un conflicto entre la libertad religiosa del trabajador y la de empresa, ésta no demuestra que exista daño o menoscabo para ella, máxime cuando había permitido el uso del yarmulke durante años⁵¹.

41. Teniendo presente lo hasta aquí expuesto, vamos a intentar establecer los criterios comunes de la jurisprudencia, centrándonos en las sentencias del TJUE, ya que la mayoría de ellas han abordado, expresamente, el tema del velo islámico como causa de despido en las empresas privadas, objeto de nuestro estudio.

42. Los órganos judiciales se han pronunciado, respecto al uso de símbolos religiosos, tanto sobre la empresa pública como privada. Si bien nosotros nos centramos en esta última, nos parece interesante hacer referencia a algunas de las resoluciones que se han emitido en relación con el ámbito público, puesto que en ellas se sustentarán algunas de las pautas que consideramos necesario seguir en una posible regulación de este tema.

43. La doctrina del TEDH ha evolucionado, en cierta medida, a la hora de aceptar el uso de vestimenta religiosa en el marco laboral⁵². Una de sus primeras sentencias fue el caso Dahlab contra Suiza⁵³, relativo a una profesora católica convertida al Islam que había comenzado a usar el velo islámico y que impartía clases a niños con edades comprendidas entre los 5 y los 8 años. Así lo hizo durante un lustro, sin que nada se opusiera a ello. Tras una ley cantonal en la que se protegía la laicidad de la escuela pública, se le prohibió su utilización. A pesar de que el Tribunal reconoce que existe una limitación o restricción al ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa, acepta que es completamente necesaria para el mantenimiento de la “paz social”, como medida que asegura la existencia de una escuela laica, lo que justificaba el margen de apreciación de los Estados a la hora de establecer restricciones al citado derecho, reconocido en el artículo 9 del Convenio⁵⁴. Hay autores, entre los que me encuentro, que mantienen que la decisión del Tribunal fue desproporcionada puesto que no se había demostrado, en ningún momento, perturbación alguna del límite que denominaron “paz social”, dado que la profesora había ejercido su profesión durante cinco cursos sin que existiese queja alguna al respecto⁵⁵.

44. Del mismo modo, el Tribunal Europeo se vuelve a pronunciar sobre el uso de simbología religiosa en el ámbito público, pero esta vez, en el caso del velo islámico⁵⁶. El asunto proviene de la

⁵¹ Los tribunales españoles, a la hora de valorar los despidos por uso de vestimenta o adornos religiosos, además de tener en cuenta toda la normativa analizada en los anteriores apartados, deben tener presente el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, donde se determina que se ha de considerar nulo el despido que “tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”. También hace referencia a este tema el artículo 54.2.g), si bien aquí se establece la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento grave del trabajador, considerándose como tal 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.

⁵² Un detallado estudio sobre el tema se realiza, entre otros, en I. CANO RUIZ, “Vestimenta y símbolos religiosos en el ámbito laboral”, en A. MOTILLA (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, Granada, Comares, 2016, p. 41 a 64; D. GARCÍA-PARDO, “La discriminación religiosa en el ámbito laboral en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en *Derecho y Religión*, 11 (2016), pp. 7-45.; J. MARTÍNEZ TORRÓN, “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en *Derecho y Religión*, 4 (2009), pp. 87-109; M. MORENO ANTÓN, “Los recelos de Europa ante la realidad multicultural: hiyab y TEDH”, en *Derecho y religión*, 9 (2014), pp. 169-204

⁵³ Decisión sobre la admisibilidad de la solicitud número 42393/98, 15 febrero 2001.

⁵⁴ Un comentario sobre esta sentencia es realizado por B. RODRIGO LARA, *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Universidad Complutense, Madrid, 2005, pp. 399-403.

⁵⁵ J. MARTÍNEZ TORRÓN, “La cuestión del velo islámico en...”, art.cit., p. 94.

⁵⁶ STEDH Ebrahimian contra Francia, de 26 de noviembre de 2015. Este supuesto se produce en el marco de una empresa pública.

demanda interpuesta por una ciudadana francesa que es contratada, por el período de 3 meses (renovada posteriormente por un año), como asistente social de un establecimiento público en París. Antes de la finalización del contrato, se le comunica que no se procederá a su renovación por las quejas de algunos de los pacientes del centro ante la negativa a quitarse velo que llevaba. El Tribunal, teniendo en cuenta la normativa, tanto nacional como internacional, y alegando la laicidad del Estado, la neutralidad de los servicios públicos, la limitación del derecho fundamental de libertad religiosa por los derechos y libertades de los demás, etc., basa su decisión, como ya venía siendo costumbre, en el margen de apreciación de los Estados y declara, por seis votos a favor y uno en contra, la inexistencia de violación del artículo 9 del Convenio⁵⁷.

45. A este respecto, no podemos dejar de mencionar la Decisión de 26 de febrero de 2016, emitida en el caso Barik Edidi contra España, por la expulsión de la Sala de la zona reservada a las partes del proceso en la Audiencia Nacional, de una abogada musulmana por llevar la cabeza cubierta con un hiyab. Hubiese sido interesante la opinión del Tribunal en este tema, sin embargo, la demanda no fue admitida ya que la presentación extemporánea del primer recurso de alzada privó a los Tribunales internos (también al TEDH) de la posibilidad de pronunciarse sobre el fondo de sus pretensiones dado que no se agotaron “las vías de recursos internos, en aplicación del artículo 35 §§ 1 y 4 del Convenio, por incumplimiento de la demandante, de las formalidades prescritas en el Derecho nacional para la interposición de los recursos”⁵⁸.

46. Como se puede apreciar, con carácter general, la jurisprudencia internacional avala la restricción del derecho de libertad religiosa en cuanto a la prohibición de simbología dinámica en el puesto de trabajo en el ámbito público, basándose en los principios de laicidad y en los derechos y libertades de los demás.

47. Sin embargo, como ya adelantamos, nuestro estudio se centra en el uso de prendas religiosas en la empresa privada, concretamente, en el velo islámico. Para comprender la evolución de la jurisprudencia en este tema, hemos de comenzar haciendo referencia, nuevamente, a una sentencia del TEDH que, si bien no versa sobre esta vestimenta religiosa, sí que nos dará una idea del cambio de posición de este órgano internacional en relación con esta materia. Nos estamos refiriendo al caso Eweida y otros contra Reino Unido⁵⁹.

48. En esta resolución se abordan diferentes supuestos en los que se considera posible la violación del derecho fundamental de libertad religiosa: por una parte, una auxiliar de vuelo (Eweida) y una enfermera (Chaplin)⁶⁰ que entendían que habían sufrido restricciones en sus derechos de libertad e igualdad religiosas desde el momento en el que las normas de sus lugares de trabajo no les permitían portar, a la vista de los demás, un crucifijo de pequeñas dimensiones; por otra, una empleada del Regis-

⁵⁷ Es de destacar el caso Sodan contra Turquía, de 2 de febrero de 2016, puesto que aquí, aunque también se hace referencia al ámbito público laboral, el asunto versa sobre un tema muy curioso y polémico. El demandante fue trasladado, como superior en la oficina del gobernador en la capital de Ankara a un puesto similar en una provincia, a consecuencia de un informe sobre su conducta en el que se destacaba que su mujer llevaba velo (además de otras circunstancias relativas a su timidez). El TEDH acepta que la ropa de los funcionarios públicos y, en concreto, la prohibición de llevar símbolos religiosos puede sustentarse en la laicidad y neutralidad del servicio público, sin embargo, en este caso, la alegación del uso de velo por la mujer de un funcionario, siempre y cuando no intervenga en sus funciones, se ha de considerar una intromisión ilegítima en la vida privada que implica, no una violación del artículo 9 del Convenio, sino del 8 del mismo texto.

⁵⁸ Decisión TEDH, Barik Edidi contra España, de 26 de mayo de 2016.

⁵⁹ STEDH Eweida y otros c. El Reino Unido, de 15 de enero de 2013 (Recursos núms.48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10).

⁶⁰ Sobre esta sentencia se recomienda la consulta del artículo de H. HALL, – J. GARCÍA OLIVA, “Simbología religiosa en el ámbito laboral. A propósito del caso Chaplin y sus implicaciones en el Derecho británico”, en *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, 32 (2013), pp. 1-20.

tro de matrimonios (Ladele)⁶¹ y un consejero de relaciones de pareja (McFarlane) que rehusaron prestar servicios a parejas del mismo sexo alegando que era contrario a sus creencias religiosas⁶².

49. En el primero de los citados, en el caso Eweida, se analiza la normativa de la aerolínea que prohibía el uso de símbolos religiosos no autorizados expresamente y no obligatorios según la religión. Tras la denuncia de la asistente de vuelo que portaba una pequeña cruz de oro blanco al cuello y a la que se le suspende (tras varios apercibimientos) de empleo y sueldo hasta que acepte las reglas de uniforme que establece la compañía⁶³, se produce un cambio en las normas de la empresa, permitiendo el uso de ese tipo de símbolos. A este respecto, el TEDH entiende que la prohibición que afectó en un primer momento a la Sra. Eweida no estaba justificada. Basándose en la ponderación y en el principio de proporcionalidad afirma que la manifestación de las creencias religiosas del trabajador, fundamentada en el derecho de libertad religiosa recogido en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no ha sido lo suficientemente protegida, puesto que los tribunales nacionales han dado una prevalencia extrema a los intereses de la empresa porque, aunque ésta puede establecer la uniformidad y proyectar la imagen que considera oportuna, no demuestra que el portar una cruz al cuello tenga unas consecuencias diversas al uso de otras prendas religiosas que sí estaban permitidas (como el velo o el turbante sij).

En este supuesto, el TEDH rompe parcialmente con su doctrina. Anteriormente había considerado que, al poseer la relación laboral carácter voluntario, no se podía entender limitada la libertad religiosa del empleado al que se le prohibía el uso de simbología dinámica puesto que bastaba con renunciar al contrato de trabajo para que su derecho se pudiese desarrollar con total plenitud; en cambio, aquí sostiene que “(...) cuando un individuo se queja de una restricción en su libertad religiosa en el lugar de trabajo, en vez de considerar que la posibilidad de cambiar de trabajo negaría cualquier interferencia con el derecho, el enfoque más apropiado sería sopesar esa posibilidad dentro del balance general al considerar si la restricción fue o no proporcionada”. Es decir, lo importante es, a través de la ponderación, buscar un equilibrio entre el derecho fundamental del trabajador a manifestar sus creencias, amparado por la libertad religiosa, y la libertad de empresa del empleador sobre el uso de uniformes⁶⁴. Como se puede apreciar, se insinúa la protección del “derecho de acomodo” ya comentado.

50. Del mismo modo, rompe con el ya consabido “margen de apreciación de los Estados”, puesto que negó que los tribunales de Reino Unido hubiesen ponderado correctamente el justo equilibrio de los derechos en conflicto⁶⁵. Ahora bien, se reafirma en gran parte de lo recogido en anteriores decisiones como el hecho de la falta de una regulación relativa al uso de simbología religiosa en el trabajo y su posible necesidad para evitar mayores problemas⁶⁶.

⁶¹ Un comentario expreso sobre el caso Ladele contra Reino Unido se puede consultar en F. PÉREZ MADRID, “Objeción de conciencia y Uniones civiles entre personas del mismo sexo: Comentarios acerca del caso Ladele c. Reino Unido”, en *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, 32 (2013), pp. 1-19.

⁶² Sólo haremos referencia a los dos citados en primer lugar, por no ser los restantes relativos al uso de simbología dinámica.

⁶³ La demandante renuncia a un puesto administrativo en la empresa que no exigía el uso de uniforme.

⁶⁴ A. C. DOS SANTOS – D. GARCÍANDÍA IGAL, *La libertad religiosa de los trabajadores. El deber empresarial de acomodación razonable como mecanismo de promoción de los derechos humanos*, Iustel, Madrid, 2021, p. 284.

⁶⁵ No así en los casos Ladele y McFarlane.

⁶⁶ “(...) en la mayoría de los Estados el uso de vestimenta religiosa y/o utilización de símbolos religiosos en el lugar de trabajo no está regulado. En tres Estados, a saber, Ucrania, Turquía y algunos cantones de Suiza, está prohibido el uso de símbolos religiosos y/o vestimenta de ropa religiosa para funcionarios públicos y otros empleados del sector público, pero en principio se permite a los empleados de empresas privadas. En cinco Estados – Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania y Holanda – los tribunales nacionales han admitido expresamente, al menos en principio, el derecho del empresario a imponer ciertas limitaciones sobre el uso de símbolos religiosos por los empleados; Sin embargo, no existen ni leyes ni reglamentos en ninguno de estos países permitiendo expresamente al empresario el hacerlo. En Francia y Alemania, está estrictamente prohibido el uso de símbolos religiosos por funcionarios y empleados del Estado, mientras que, en los otros tres países, la actitud es más flexible. En ningún lugar se permite una prohibición general para los empleados privados de llevar prendas religiosas y/o símbolos religiosos en el lugar de trabajo. Por el contrario, en Francia tal prohibición está expresamente excluida por ley. Según la legislación francesa, con el fin de ser declaradas legales tales restricciones deben perseguir un objetivo legítimo, respecto a normas sanitarias, la protección de la salud y las costumbres, la credibilidad de la imagen corporativa ante los ojos del cliente, así como pasar una prueba de proporcionalidad”.

51. No obstante, a pesar de lo establecido en la sentencia analizada, en el caso Chaplin, aunque el TEDH entiende que el llevar la cruz al cuello es una forma de manifestación de las creencias religiosas y, por tanto, de la libertad religiosa, toma en consideración el especial trabajo realizado por la enfermera puesto que el uso del colgante podía afectar a la salud y seguridad en el ámbito hospitalario por lo que la medida restrictiva aquí se entiende proporcional y justificada⁶⁷.

Como se puede apreciar, es la adecuación de los límites de la libertad religiosa lo que puede o no justificar la injerencia en este derecho y la prohibición del uso de símbolos religiosos en el puesto de trabajo.

52. Dentro de nuestras fronteras y centrándonos ya en el uso del velo islámico en la empresa privada y las posibles consecuencias de aquél, hemos de citar la resolución dada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma⁶⁸ que reconoció la violación del derecho fundamental de libertad religiosa a una trabajadora, auxiliar administrativo, que comunicó el uso del hiyab a la empresa que procedió a su despido, alegando que el velo no formaba parte del uniforme estipulado. El órgano judicial, haciendo referencia a la Directiva comunitaria analizada y a toda la normativa internacional mencionadas en el apartado anterior, considera que la empleada está siendo discriminada ya que el empleador no invoca, en ningún momento, política de neutralidad religiosa y, además, permite a otros trabajadores exhibir cruces y vírgenes o no hacer uso riguroso del uniforme (portando bolsos, zapatos no reglamentarios o piercings)⁶⁹.

53. Muy significativas son también las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, núms. 131, 132 y 133/2017, de 22 de junio, en las que se dilucidan tres supuestos de hecho acaecidos en las mismas circunstancias y dentro de la misma empresa. Las demandantes son tres trabajadoras musulmanas con contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo, que portan hiyab y prestan sus servicios en una compañía dedicada a la recolección de champiñones. Ésta, en el momento de la firma del contrato, les comunicó la obligatoriedad de que la bata y el gorro sean las prendas más externas del uniforme, alegándose que la certificación del sistema de calidad prohibía cualquier tipo de contaminación al trabajarse con alimentos. Se destacó, por parte del empleador, que “la inobservancia de esta norma, puede conllevar la contaminación de una gran cantidad de champiñón, ya sea por un pelo, por restos de perfume u otros elementos ajenos al propio champiñón, pudiendo provocar la pérdida de gran cantidad de champiñón si se detecta en los controles de la empresa, e incluso algo peor, una alerta sanitaria si ese champiñón sale de la fábrica”. Igualmente, en la carta de despido en la que se les recuerda estos extremos, la empresa les insiste en que hay otras trabajadoras musulmanas que portan el velo, pero que lo hacen bajo el gorro obligatorio. Ante la negativa de las demandantes (en varias ocasiones) a aceptar llevar el pañuelo islámico bajo el uniforme, son despedidas. Las tres sentencias entienden, de acuerdo con algunas de las resoluciones del TJUE que estudiaremos posteriormente, que no se cercena su derecho constitucional a la libertad religiosa, razonando al efecto que dicha decisión resulta completamente ajena y extraña a la utilización del hiyab como signo externo de una determinada confesión religiosa, al responder a razones de higiene la exigencia de que ningún elemento de las prendas de vestir de las empleadas que prestan servicios en el departamento de producción quede por fuera de la bata y gorro de trabajo, pues de tal forma se minimiza el riesgo de contaminación. Tampoco se considera que exista discriminación por motivos religiosos, ya que la prohibición de prendas de este tipo no sólo se impone a las mujeres musulmanas, siendo de destacar, además, que no se les impide portar el velo, únicamente se les exige el uso bajo el gorro del uniforme.

⁶⁷ Sin olvidar que, a diferencia del caso Eweida, la restricción no sólo se centraba en algunos tipos de simbología religiosa, sino que se prohibían todos aquellos que pudieran suponer un riesgo para la salud de los pacientes y del personal sanitario.

⁶⁸ Sentencia núm. 31/2017, de 6 febrero.

⁶⁹ También el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ha pronunciado sobre el tema del uso de simbología dinámica, concretamente en su Sentencia de 27 de octubre de 1997, en la que, a diferencia del caso anterior, no acepta la prevalencia de la libertad religiosa sobre la de empresa puesto que no se observa buena fe contractual por parte de la trabajadora al no manifestar, en el momento de la contratación (pocas semanas antes de realizar su reclamación) su necesidad de que se le permitiera utilizar un uniforme que estuviera de acuerdo con sus creencias religiosas.

54. Especialmente importante hubiese sido, en la materia objeto de estudio, la opinión del Tribunal Supremo relativa al recurso de casación para la unificación de doctrina⁷⁰, presentado en relación con una de las sentencias apenas mencionadas. Sin embargo, tan alto Tribunal desestima la admisión por no cumplir los requisitos necesarios (Auto de 29 de mayo de 2018). Se alega que “La parte recurrente, en su escrito de interposición del recurso no realiza la debida comparación entre la sentencia recurrida y la que cita de contraste, a los efectos del motivo de recurso que propone, realizando una breve referencia a cada resolución, pero sin establecer debidamente los aspectos comparativos de los que pueda deducirse la identidad sustancial en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones, como exige el art. 224.1.a) de la LRJS”⁷¹.

55. Como se puede comprobar, al igual que en el ámbito internacional, en el nacional vuelven a ser los límites del derecho fundamental de libertad religiosa los que pueden justificar la prohibición del uso de simbología religiosa en el trabajo.

56. A pesar de la importancia de todas las resoluciones tratadas, consideramos que merecen especial atención las sentencias emitidas por el TJUE ya que en ellas se analizan detalladamente los tres derechos que entran en juego en el objeto de este trabajo y, además, han servido de base a las sentencias nacionales apenas mencionadas. A su estudio nos dedicaremos a continuación.

1. Especial referencia a la jurisprudencia del TJUE

57. En este epígrafe partimos de todas las premisas establecidas en los anteriores si bien, principalmente, se ha de recordar que los derechos fundamentales también han de ser respetados, como no podía ser de otra forma, en la relación laboral. Es cierto que se pueden aceptar matizaciones, tal y como comprobaremos en el análisis de las siguientes sentencias y como se ha podido apreciar en el estudio de las ya citadas.

58. En la mayor parte de las resoluciones judiciales que deciden sobre el uso de simbología dinámica en el trabajo, por no decir en todas, se afronta no sólo el tema de la libertad religiosa, sino también el de la igualdad o no discriminación y es, en este último derecho fundamental, en el que se basan las sentencias dadas por el TJUE, partiendo de la Directiva 2000/78 analizada.

A) Sentencia TJUE, de 14 de marzo de 2017 (C-157/2015)

59. Esta resolución⁷², conocida comúnmente como caso Achbita, al igual que las que comentare-

⁷⁰ Citándose como contraste las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 30 de abril de 1978 y la dictada por la misma sala del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1987.

⁷¹ No en tema de despido, pero sí de inadmisión en un puesto de trabajo por el uso del hiyab, podemos citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de núm. 26/2002, de 24 de enero de 2022, que dilucida el caso del mantenimiento o no de los ingresos establecidos en la Ley 18/2008 de 23 de diciembre para la Garantía de Ingresos e Inclusión Social ya que ésta, en su apartado i) establece la pérdida de éstos: “Cuando sea de aplicación, rechazar en una ocasión, sin causa justificada, un empleo adecuado según la legislación vigente o una mejora en las condiciones de trabajo que pudiera conllevar un aumento del nivel de ingresos”. En este supuesto se deniegan los mismos ya que se entiende, por el Servicio Vasco de Empleo, que una trabajadora musulmana había rechazado un trabajo, lo que conllevaba la pérdida del derecho. Sin embargo, se consideran hechos probados que la empresa decidió no contratar a una mujer musulmana que, al presentarse a la entrevista, le preguntaron si estaba dispuesta a prescindir -en el trabajo- del pañuelo islámico y al responder que (si era posible) no, se decidió no ofrecer el puesto a la demandante alegándose que no era el perfil que estaban buscando ya que el uniforme estaba compuesto de manga corta y gorra, siendo imposible llevar el hiyab. No entraremos en el fondo del asunto de esta resolución (en la que se entiende que no es la demandante de empleo la que rechaza la oferta sino la empresa quien decide no contratarla y, por tanto, no pierde los ingresos que obtenía conforme a la norma citada); sin embargo, si nos llama la atención que no se realizase ningún tipo de reclamación por la mujer musulmana al no ser aceptada en el trabajo cuando, expresamente, habían comunicado que no se le ofrecía el empleo por el uso del velo islámico.

⁷² Se han realizado múltiples comentarios sobre esta resolución, a modo de ejemplo podemos citar: J. M. CONTRERAS MAZARÍO, “El TJUE no prohíbe el uso del velo islámico. Comentario a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos

mos posteriormente, se fundamenta en la petición de una decisión prejudicial, planteada por el Tribunal de Casación de Bélgica mediante resolución de 9 de marzo de 2015, que tiene por objeto la interpretación del artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva ya analizada. Además, se abordan los considerandos 1⁷³, 4⁷⁴ y 23⁷⁵ de la misma, así como los artículos 1, 2.1, 3.1 y 4.1⁷⁶. Al ser la primera dada en relación con este hecho, será la que analizaremos más detenidamente para después hacer a ella referencia en los siguientes subepígrafes.

60. El litigio surge entre la Sra. Achbita (y el Centro para la Igualdad de Oportunidades y la lucha contra el Racismo)⁷⁷ y la empresa en la que trabajaba por la prohibición que esta última impone a sus trabajadores relativa al uso de signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas, así como a observar cualquier rito relacionado con dichas convicciones en el lugar de trabajo⁷⁸. La libertad religiosa y la no discriminación en el empleo por razones de este tipo van a ser el eje sobre las que gire esta decisión.

61. La pretensión de la recurrente, de confesión musulmana, era poder vestir el pañuelo islámico durante su jornada de trabajo como recepcionista en GS4. En ésta, existía una norma no escrita por la que los trabajadores no podían llevar signos visibles que manifestaran sus convicciones, en el caso que aquí nos interesa, religiosas. Durante los tres primeros años de contrato (que tenía carácter indefinido) la Sra. Achbita no había portado el pañuelo, pero a partir de abril de 2006, comunicó su intención de llevarlo durante su jornada laboral, a lo que la empresa se negó. Tras un período de baja por enfermedad, el 12 de mayo del año citado, informa al empleador de su reincorporación y de que ésta se hará efectiva llevando el velo, lo que hace el 15 del mismo mes. Catorce días más tarde, el Comité de empresa de GS4 modifica el reglamento interno incluyendo el siguiente texto (reflejo de la norma no escrita a la que hemos hecho referencia)⁷⁹: “Se prohíbe a los trabajadores llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas u observar cualquier rito derivado de éstas en el lugar de trabajo”.

C-157/15 y C-188/15”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57 (2017), pp. 577-613; J. CRUZ DÍAZ, “Pañuelo Islámico y discriminación en la UE: comentarios a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos Achbita/G4S y Bougnaoul/Micropole”, en *Crónica Jurídica Hispalense: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*, 15 (2017); J. GARCÍA MURCIA – I. A. RODRÍGUEZ CARDO, “Signos religiosos en la indumentaria de trabajo y principio de no discriminación: las primeras aportaciones del Tribunal de Justicia”, en *La Ley Unión Europea*, 49 (30 de junio de 2017), pp. 1-36; J. D. PELAYO OLMEDO, “La prohibición del uso de prendas y símbolos religiosos en el ámbito laboral. Aclaraciones del TJUE sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el caso Samira Achbita c. G4S Secure Solutions NV”, en *Revista General de Derecho Europeo*, 43 (2017), pp. 1-26; S. SOLDEVILLA FRAGOSO, “Libertad religiosa y velo islámico en el empleo: STJUE de 14 de marzo de 2017, asunto C-157/2017 Samira Achbita”, en *Actualidad Administrativa*, 7-8 (2017).

⁷³ “De conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a todos los Estados miembros y respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario”.

⁷⁴ “El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros. El Convenio nº 111 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación”.

⁷⁵ “En muy contadas circunstancias, una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada a la religión o convicciones, a una discapacidad, a la edad o a la orientación sexual constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado. Dichas circunstancias deberán figurar en la información que facilitarán los Estados miembros a la Comisión”.

⁷⁶ En el proceso también intervinieron el Gobierno belga, el Gobierno francés, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión Europea.

⁷⁷ Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding.

⁷⁸ Se ha de partir de la idea ya expresada por la Abogada General en sus Conclusiones en relación con este caso: la laicidad del Estado en cuestión no afecta a la trabajadora en este caso ya que no nos encontramos ante un funcionario público.

⁷⁹ Que entra en vigor el 13 de junio de 2006.

62. Ante la persistencia en su idea de portar el hiyab, la Sra. Achbita es despedida el 12 de junio de 2006⁸⁰. Todas las demandas que interpone, por despido improcedente, son desestimadas por los Tribunales belgas alegándose, concretamente por parte del Tribunal Laboral Superior de Amberes, que la prohibición no suponía una discriminación directa, tampoco podía tacharse de indirecta y, en ningún caso, suponía una violación de la libertad individual o de religión.

63. Como ya apuntamos, la discriminación directa se produce en aquellos supuestos en los que la persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga. Los tribunales nacionales mantienen la inexistencia de la misma puesto que afirman que la norma afecta a todo trabajador, independientemente de la confesión a la que pertenece, teniendo alcance general, por lo que el despido no se produce por profesar la fe musulmana sino por su intención de hacerla visible durante las horas de trabajo⁸¹. Sin embargo, la recurrente entiende que no se aplican correctamente los criterios relativos a este tipo de discriminación, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva.

64. A la hora de decidir sobre el asunto, el Tribunal de Casación Belga es el que decide suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial solicitando se dilucide si el precepto apenas mencionado debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo en el lugar de trabajo por convicciones religiosas, derivada de una norma interna de una empresa privada, constituye o no una discriminación directa, teniéndose en cuenta que la norma prohíbe a todos los trabajadores portar signos externos que manifiesten sus convicciones.

El TJUE, partiendo de la definición de igualdad de trato⁸², en la que se hace referencia expresa a la discriminación directa e indirecta, analiza el concepto de religión para, posteriormente, determinar si la normativa objeto de la cuestión, puede suponer un caso de discriminación por este motivo.

65. En cuanto a dicho concepto, la sentencia toma como punto de partida la ausencia de definición de religión en la propia Directiva; sin embargo, no hay que olvidar que en el considerando 1 se remite al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en este caso concreto habríamos de traer a colación el art. 9) e, igualmente, a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales de la Unión, por lo que no se ha de obviar el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Al presentar ambos textos un concepto amplio de religión, en el que se incluye la libertad de las personas de manifestarla, se entiende que es ésta la acepción cubierta por la Directiva, esto es, una perspectiva que protege tanto el *forum internum* como el *externum*, aunque eso no implica que todo comportamiento o actuación, de carácter religioso, se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico⁸³.

Sentada esta base, correspondía ahora determinar si la norma interna ocasionaba una diferencia de trato que constituía una discriminación, ya fuese directa (objeto de la cuestión prejudicial en sí), o indirecta (elemento que aborda el TJUE para facilitar al Tribunal nacional la solución del caso).

66. En cuanto a la posibilidad de existencia del primer tipo de discriminación en la normativa de GS4, se recuerda que en ella no se hace referencia expresa al símbolo religioso de ninguna confesión concreta y que aquélla se produce cuando la persona es tratada de forma menos favorable que otra en situación análoga. En la norma controvertida en el litigio no se aprecia por varios motivos: 1.- Se mencionan no sólo a convicciones religiosas sino también a las políticas o filosóficas, de modo que lo perseguido por la empresa es la neutralidad. 2.- La prohibición afecta a todos los símbolos religiosos visibles no existiendo, de este modo, diferencias que se sustenten en la pertenencia a una u otra confesión religiosa. 3.- Afecta a todos los trabajadores de la empresa, a los que se les impone una neutralidad en la indumentaria.

De este modo, se puede concluir, y así lo hace el TJUE, que no existe discriminación directa.

⁸⁰ Como se puede comprobar, el despido es anterior a la entrada en vigor de la modificación del Reglamento.

⁸¹ Según el Tribunal Laboral Superior de Amberes “Ningún hecho permite suponer que GS4 haya adoptado una postura más conciliadora con cualquier otro asalariado en situación análoga, en particular con algún trabajador con otras convicciones religiosas o filosóficas que se hubiese negado repetidamente a respetar esa prohibición”.

⁸² Artículo 1 de la Directiva.

⁸³ Punto 37 de las Conclusiones de la Abogado General en relación con el caso que analizamos.

67. A pesar de ello, aunque en la cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente se haya referido exclusivamente a determinadas disposiciones del Derecho comunitario, el TJUE se permite proporcionar algunos criterios de interpretación para que le sean de ayuda al tribunal de origen en la solución del caso. Así, hace referencia a la posibilidad de que se aprecie otro tipo de discriminación, conforme al artículo 2, apartado 2, letra b), la indirecta. El Tribunal toma en consideración, además de la Directiva mencionada, la 2000/43 del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Como ya adelantamos, existirá discriminación indirecta, conforme a los artículos 2.2.b) de ambas Directivas, cuando una disposición, criterio o práctica que, en principio, son aparentemente neutros, pueda ocasionar una desventaja particular a determinadas personas respecto a otras (desde distintas perspectivas)⁸⁴. En ambas normas se determina que existirán salvedades en las que produciéndose esa desventaja no se aprecie y serán⁸⁵:

- 1.º Finalidad legítima.
- 2.º Justificación objetiva.
- 3.º Medios adecuados y necesarios.

68. Algunos de los fines legítimos quedan recogidos en la propia Directiva, concretamente, en el artículo 4.1 y en el 2.5. En el primero de ellos se especifica que la diferencia de trato estará justificada 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”. En el segundo se hace referencia a la justificación basada en la protección de derechos y libertades de los ciudadanos⁸⁶.

69. En relación con el requisito profesional esencial y determinante⁸⁷ que justificaría la existencia de una diferencia de trato⁸⁸, se ha de establecer si una empresa puede imponer a sus trabajadoras, como requisito profesional (sin adjetivo alguno que lo acompañe), determinados aspectos de su indumentaria si guardan relación con motivos religiosos. Esta exigencia dependerá de la determinada naturaleza de la actividad profesional o del contexto en el que se lleve a cabo. Es posible que la actividad de una recepcionista se desempeñe de igual forma tanto si se lleva velo como si no, pero también se ha de tener en cuenta el ámbito en el que se desarrolla la actividad. El empresario puede imponer unas normas de indumentaria (ya sea llevar uniforme o prescindir del velo –símbolos visibles-) ya que tal y como mantiene la Abogada General en el punto 76 de sus conclusiones “(...) puede optar por una política de estricta neutralidad religiosa y de convicciones y, con vistas a la realización de esa imagen, exigir a sus trabajadores como requisito profesional la correspondiente presencia neutral en el puesto de trabajo”.

70. Ahora bien, ese requisito profesional que comentamos debe tener, conforme al artículo 4.1 de la Directiva, otras dos características: ser esencial y determinante. Ambas deben ser analizadas conforme a criterios objetivos y razonables, teniéndose en cuenta el caso en concreto. Es aquí donde vuelve

⁸⁴ En la Directiva 2000/43/CE se fundamentará en el origen racial o étnico, mientras que en la 2000/78/CE se hace referencia a la religión o convicción, a la discapacidad, edad u orientación sexual.

⁸⁵ En el caso de Discapacidad, la Directiva 2000/78/CE determina, además, que “respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”.

⁸⁶ “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos”.

⁸⁷ No se ha de olvidar que el artículo 4 no se aplica de forma automática ya que así deberá ser dispuesto por los Estados, tal y como afirma la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en las Conclusiones del Asunto C-188/55 (caso Bougnaoui).

⁸⁸ No podemos olvidar que la fijación de los requisitos profesionales no tiene por qué ser realizada por los Estados miembros, como se podía pensar por la redacción del precepto, sino que las empresas, a través de normativa, también podrán hacerlo: Sentencia TJUE C-447/09, caso Prigge y otros (13 de septiembre de 2011).

a ser imprescindible mencionar la libertad que asiste al empleador para decidir cómo se organizan y desempeñan las obligaciones labores dentro de su empresa, independientemente del motivo, ya sea por higiene o seguridad en el trabajo⁸⁹ o bien, por la política empresarial definida por él que, si así lo desea, puede estar fundamentada en el contacto personal con los clientes⁹⁰.

71. Según el TJUE la prohibición impuesta a la Sra. Achbita puede considerarse un requisito profesional que cumple las citadas características por lo que no existiría, desde esta perspectiva, discriminación indirecta.

72. Pero no es la finalidad legítima, analizada aquí a través del requisito profesional esencial y determinante, el único elemento para que no sea apreciada la discriminación indirecta, sino que, además, será necesario que el objetivo sea legítimo y los medios proporcionados. De este modo, se habrá de atender al propio Derecho de la Unión dado que el margen de apreciación empresarial no puede exceder los límites de aquél, como parece ser el caso que nos ocupa. No obstante, en aquellos supuestos en los que se pueda elegir entre varias medidas debe usarse la menos gravosa de modo que ésta sea adecuada, necesaria y proporcionada al fin perseguido.

73. Así, a través de la definición ofrecida por las Directivas europeas, se puede comprender la dificultad a la hora de apreciar la existencia de discriminación indirecta en el ámbito laboral puesto que no sólo se ha de tener en cuenta la desventaja de la persona que considera que ha sido discriminada sino su situación en relación con otras en el marco de los supuestos objeto de discriminación⁹¹.

74. El TJUE, teniendo en cuenta lo establecido hasta el momento, afirma que la prohibición de llevar el pañuelo islámico establecida en una norma interna de una empresa privada en la que se prohíbe el uso visible de cualquier símbolo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no se puede considerar una discriminación directa conforme al artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva; mientras que será al juez nacional a quien le corresponda determinar si la norma de referencia puede constituir un supuesto de discriminación indirecta, tomando como guía los criterios ofrecidos por el Tribunal.

B) Sentencia TJUE, de 14 de marzo de 2017 (C-188/2015)

75. Esta sentencia⁹², emitida en la misma fecha que la comentada con anterioridad, al igual que aquélla, tiene su fundamento en una cuestión prejudicial planteada, en este caso, por el Tribunal de Casación de Francia y su objeto es el artículo 4.1 de la Directiva. Los hechos son similares, sin embargo, el precepto sobre el que se solicita interpretación es diverso ya que en el caso Achbita se dilucida si se ha producido un supuesto de discriminación directa mientras que en la sentencia Bougnaoui el eje central es la existencia (o no) de un requisito profesional esencial y determinante que justifique la diferencia de trato⁹³.

76. La cuestión litigiosa surge ente la Sra. Asma Bougnaoui (acompañada por la Asociación de Defensa de Derechos Humanos)⁹⁴ y Micropole Univers SA⁹⁵, debido al despido por la decisión de

⁸⁹ Hospitales, laboratorios, cocinas, etc.

⁹⁰ En España encontramos numerosos casos, pero podemos destacar los de unos grandes almacenes que se encuentran presentes en casi todas las ciudades españolas, en las que se impone una determinada indumentaria (que no sólo) diferenciada por sexo, a sus trabajadores.

⁹¹ Consultar, para un estudio algo más profundo sobre discriminación indirecta en el ámbito laboral, a P. BETRIÁN CERDÁN, "Discriminación indirecta y religión en el ámbito laboral", en *Derecho y Religión*, XI (2016), pp. 73-88.

⁹² Se puede consultar un comentario de esta sentencia en J. M. MARTÍ SÁNCHEZ, "Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea (TJUE) de 14 de marzo de 2017, Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) Y Micropole SA. (El cliente y su libertad religiosa, ante la prestación de un servicio, por operario con caracterización religiosa)", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 44 (2017).

⁹³ Tema ya abordado en la sentencia Achbita comentada.

⁹⁴ Association de défense des droits de l'homme.

⁹⁵ También intervienen el Gobierno francés, el sueco, el de Reino Unido y la Comisión Europea.

aquella de portar el velo islámico cuando atendía a los clientes de la empresa. Todo comienza cuando al ser contratada por la empresa para realizar un período de prácticas, la Sra. Bougnaoui sólo llevaba un pañuelo en forma de bandana que sustituyó por el hiyab cuando fue contratada por tiempo indefinido como ingeniero de proyectos⁹⁶. En todas las reuniones, tanto con el responsable de selección de personal como con el director de operaciones, se le manifestó el total respeto a la libertad de expresión de las convicciones religiosas, pero se le advirtió que, debido a que tendría que relacionarse con clientes, dentro y fuera de la empresa, en determinadas ocasiones no podría acudir con dicho símbolo religioso. El problema surge cuando uno de los usuarios de Micropole se queja, tras una reunión con la Sra. Bougnaoui, por el uso del velo y la empresa le solicita que, por respeto a la neutralidad, deje de llevarlo. Ella manifiesta su negativa. Por este motivo se decide la resolución del contrato de trabajo, a pesar de que se reconoce que “tanto sus competencias profesionales como su potencial nos habían hecho albergar la esperanza de que su colaboración con nuestra empresa fuera duradera”⁹⁷.

77. Ante la demanda presentada, el Tribunal Laboral Paritario de París considera que la restricción de la libertad religiosa de la trabajadora, a la hora de llevar pañuelo, se encuentra justificada al tener que relacionarse con clientes cuyas convicciones no desean ser heridas por la empresa⁹⁸. Es especialmente llamativa la declaración del Tribunal de Apelación de la capital francesa, que afirma la inexistencia de discriminación puesto que el despido no tiene su base en las convicciones religiosas de la trabajadora (podía seguir expresándolas dentro de la empresa) sino que la restricción que se pretendía imponer estaba justificada por los intereses de la empresa e interfería en los derechos de terceros (clientes).

78. El Tribunal de Casación francés decide suspender el procedimiento y plantear, ante el TJUE, cuestión prejudicial sobre cómo debe interpretarse el artículo 4.1 de la Directiva en este supuesto, esto es, si la exigencia del cliente de una empresa que solicita que los servicios contratados no sean prestados por una trabajadora que use pañuelo islámico puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante que, por la naturaleza de la actividad profesional o el contexto en el que se lleva a cabo, puede suponer una diferencia de trato que no tiene carácter discriminatorio.

79. Al igual que en la sentencia Achbita, partiendo del mismo concepto amplio de religión y tras analizar los artículos 1, 2.1, 3.1 y 4.1 de la Directiva, se hace referencia a los considerandos 1, 4 y 23 de ésta. Concretamente, en este último es en el que se alude al requisito profesional esencial y determinante sobre cuya interpretación se decide y se sostiene que “en muy contadas ocasiones” la diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica relacionada, en nuestro caso, con la religión, constituye un requisito de tales dimensiones, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

80. La divergencia de ambos casos comienza en cuanto al tipo de discriminación al que nos enfrentamos puesto que en el caso Achbita la decisión prejudicial se planteaba en relación con la discriminación directa (aunque el TJUE también aborda el tema de la indirecta), mientras que en el que analiza ahora “la resolución de remisión no permite saber si la cuestión prejudicial planteada por el tribunal remitente reposa en la observación de una diferencia de trato basada directamente en la religión o las convicciones o en la de una diferencia de trato basada indirectamente en tales motivos”⁹⁹.

81. El TJUE, sin llegar a pronunciarse sobre la posible existencia de discriminación directa, entiende que el tribunal de origen podría apreciar discriminación indirecta si el despido se basó en el

⁹⁶ Es cierto que antes de su contratación por el período en prácticas conoció, en una feria de estudiantes, a un representante de Micropole que le advirtió que el uso del velo islámico podía suponer un problema a la hora de relacionarse con los clientes de la empresa.

⁹⁷ Carta de despido remitida a la Sra. Bougnaoui, el 22 de junio de 2009.

⁹⁸ Es cierto que sí que condena a Micropole al pago de una indemnización por no efectuar el preaviso y no indicar en la carta la gravedad de la falta para omitir éste.

⁹⁹ Considerando 31 de la Sentencia.

incumplimiento de una norma interna de la empresa¹⁰⁰ que, siendo aparentemente neutra, ocasionó una desventaja particular a la asalariada, siempre y cuando no exista objetivamente una finalidad legítima (como podría ser la instauración de una política de neutralidad de la empresa para con sus clientes) y los medios sean adecuados y necesarios (art. 2.2.b, inciso i de la Directiva).

82. En ningún momento se hace referencia a la existencia de una norma interna de Micropole, es más, los responsables siempre manifestaron el total respeto a la libertad de expresión de las creencias religiosas por lo que la justificación de esa diferencia de trato para que no sea considerada discriminatoria debe basarse en otro motivo como es, tal y como plantea del tribunal de origen, la existencia de un requisito profesional esencial y determinante, siendo éste proporcionado y el objetivo legítimo.

83. Como ya estableció en el caso Achbita, sólo en contadas ocasiones una característica, vinculada a la religión, podrá constituir un requisito de tales características y siempre que se tenga en cuenta la naturaleza de la actividad profesional concreta o el contexto en el que se desarrolla. Partiendo de esta base, el Tribunal Europeo sostiene, en su Considerando 40, que “(...) el concepto de requisito profesional esencial y determinante, en el sentido de esta disposición, implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo. En cambio, no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente”.

84. Así, el TJUE concluye que, en este caso, y atendiendo al contexto en el que se presta la actividad o a la naturaleza de la misma, no se puede considerar requisito profesional esencial y determinante la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente sobre la prestación de los servicios de aquella por una trabajadora que no lleve pañuelo islámico, por lo que es posible la existencia de discriminación indirecta.

C) Sentencias TJUE, de 15 de julio de 2021 (C-804/2018 y C-341/2019)

85. El primero de los casos abordados (C-804/18), muy similar al de la Sra. Achbita, se centra en la petición de decisión prejudicial en el contexto de un litigio entre IX y su empleador (WABE), en relación con la suspensión de IX de sus funciones a raíz de su negativa a respetar la prohibición impuesta por la empresa a sus empleados, consistente en llevar cualquier signo visible de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo cuando estén en contacto con los padres o los hijos de las guarderías que regentan en Alemania¹⁰¹. Esta empresa aplica unas Instrucciones, para el personal pedagógico (no para el resto, que no mantiene contacto con los niños y padres), según las cuales se considera “aconfesional y acoge expresamente la diversidad religiosa y cultural. Para garantizar el libre desarrollo individual de los niños en cuanto a religión, filosofía y política, los trabajadores [...] deberán observar estrictamente la obligación de neutralidad para con los padres, los niños y otras personas. [WABE] mantiene frente a estos un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa”. Se establece expresamente

¹⁰⁰ En la que se prohibía el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas.

¹⁰¹ La empresa citada aplica las Recomendaciones de la ciudad de Hamburgo (Alemania) para la educación y formación de niños en centros de preescolar, publicadas en marzo de 2012 por Agencia de Trabajo, Asuntos Sociales, Familia e Integración de la citada ciudad. Entre ellas se establece, en particular, que “todos los centros deben acoger, como algo cotidiano, las cuestiones éticas fundamentales y las ideas religiosas y de otro tipo, y hacerlas comprensibles. Los centros deben ser un espacio para que los niños busquen el significado de la alegría y la tristeza, la salud y la enfermedad, la justicia y la injusticia, la culpa y el fracaso, la paz y el conflicto, así como la cuestión de Dios. Ayudan a los niños a formarse sus propias impresiones y convicciones sobre estas cuestiones. La posibilidad de tratarlas con ánimo de conocer y de investigar implica el estudio de los contenidos y tradiciones de las orientaciones religiosas y culturales existentes en el grupo de niños. De este modo, se desarrollan las actitudes de reconocimiento y respeto hacia otras religiones, culturas e ideas. Esta actividad refuerza la autopercepción de los niños y su integración en una sociedad eficaz. Esto implica también que los niños vivan las fiestas religiosas arraigadas a lo largo del año y las celebren activamente. En el trato con otras religiones, los niños conocen diversas formas de reflexión, de fe y de espiritualidad”.

que “Los trabajadores no portarán en el puesto de trabajo, ante los padres, los niños u otras personas, signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas”¹⁰². El incumplimiento de estas normas, por portar pañuelo islámico, dio lugar el despido de IX (en la empresa se solicitó a una trabajadora que se desprendiese de una cruz cristiana y así lo hizo para evitar la rescisión del contrato de trabajo).

86. El segundo de los supuestos, el asunto C-341/2019, se presenta en el contexto de un litigio entre la sociedad MH Müller Handels GmbH (en adelante, MH) que explota una cadena de droguerías en territorio alemán, y su empleada MJ, en relación con la legalidad de la orden conminatoria que la empresa dirigió a la trabajadora para que esta se abstuviera de llevar, en el lugar de trabajo, signos de naturaleza política, filosófica o religiosa que fueran vistosos y de gran tamaño. Esta orden dio lugar a que se le trasladase a otro puesto de trabajo, en el que se le volvió a exigir que se despojase del mismo; al no hacerlo, fue despedida.

87. Como se puede observar, aunque ambos supuestos son similares, existen diferencias bastante llamativas ya que en el primero de ellos se prohíbe portar cualquier tipo de símbolo (y la cuestión prejudicial se centra, en un primer momento en la posibilidad de discriminación directa, aunque se dilucida también la indirecta), mientras que en el segundo sólo los llamativos (posible discriminación indirecta según el tribunal de instancia si bien, también se ha de abordar la posibilidad de discriminación directa).

88. En el caso 804/2018, partiendo del amparo por el derecho de libertad religiosa al trabajo a portar símbolos o vestimentas religiosas en el puesto de trabajo, el TJUE se reitera en la idea de que una norma de esa índole no da lugar a discriminación directa si va referida, indistintamente, a cualquier manifestación y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos; tal y como ya determinó este órgano en el caso Achbita. No se niega en la sentencia que, si un trabajador está obligado a vestir de una determinada forma por preceptos religiosos, dicha norma pueda causarle perjuicios, pero al tratar a todos por igual, no puede considerarse que la neutralidad que desea el empresario suponga la existencia de ese tipo de discriminación. Es más, en este caso concreto se puede apreciar que la exigencia de una indumentaria neutral se exige a todos los trabajadores ya que la compañía consiguió, como ya hemos apuntado, que una empleada que llevaba al cuello una cruz se la retirase.

89. Por todo ello, el Tribunal entiende que no se puede hablar de discriminación directa por motivos religiosos en este supuesto, siempre y cuando la norma se aplique de forma general e indiferenciada.

90. Al no apreciarse la existencia de discriminación directa, el Tribunal de instancia pregunta si puede tratarse de un tipo de discriminación indirecta. A este respecto hay que establecer que la diferencia de trato sólo puede quedar justificada si: 1.º existe, objetivamente, una finalidad legítima, 2.º los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios y 3.º se basa en un requisito profesional esencial y determinante.

1.º Respecto al primero de los requisitos, el punto 63 de la sentencia determina que “(...) puede considerarse legítima la voluntad de un empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado. En efecto, el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario solo

¹⁰² Le empresa elabora una “Hoja informativa sobre la obligación de neutralidad”, y como respuesta a la pregunta de si es posible llevar una cruz cristiana, un pañuelo islámico o una kipá judía se determina que “No, no está permitido, pues los pedagogos no deben influenciar a los niños en cuestiones religiosas. La elección consciente de una vestimenta condicionada por la religión o la filosofía es contraria a la obligación de neutralidad.”.

incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes”¹⁰³. De este modo, la legitimidad queda cubierta puesto que la demandante se encuentra en contacto directo con los clientes de la empresa.

- 2.º Por otra parte, respecto a la necesidad de la adecuación de los medios para la consecución de dicha neutralidad, corresponderá al empresario su demostración. Sin embargo, se apuntan en esta sentencia algunos indicios que se pueden considerar como justificantes. Concretamente, se establece que se pueden tener en cuenta los derechos y las expectativas legítimas de los clientes o de los usuarios que, en este caso, se concretan en el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas, reconocido en el artículo 14 de la Carta, como del deseo de aquellos de que sus hijos sean supervisados por personas que no manifiesten su religión o sus convicciones cuando estén en contacto con los niños para garantizar su desarrollo individual en cuanto a religión, filosofía y política, como determinan las instrucciones de servicio adoptadas por WABE. Además, esa diferencia de trato debe ser apta para garantizar la correcta aplicación de dicho régimen de neutralidad, lo que implica que el mismo régimen sea seguido de forma congruente y sistemática, y, finalmente, se debe limitar a lo estrictamente necesario en consideración a la amplitud y la gravedad reales de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante tal prohibición.
- 3.º En este caso no se plantea la prohibición de uso portar el velo pueda estar fundamentada en la existencia de un requisito profesional esencial y determinante. Nosotros lo hemos traído a colación porque pensamos que supondría una verdadera justificación para que la norma neutra, al ser aplicada, no causara una discriminación indirecta ya que el hecho de trabajar con niños puede implicar esa necesidad esencial y determinante de no llevar ningún símbolo religioso, puesto que la educación de los mismos y el derecho de los padres a educarlos conforme a sus creencias la impondrían. Sin embargo, como ya hemos apuntado, el Tribunal de instancia no pregunta sobre ello, por lo que el TJUE no se pronuncia respecto a este tema.

En cambio, en el segundo supuesto, en el C-341/2019, la cuestión prejudicial principal planteada va referida a una posible discriminación indirecta provocada por una norma interna de una empresa que prohíbe llevar signos visibles (no cualquiera) de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo con el objetivo de garantizar un régimen de neutralidad dentro de ella. Aunque el Tribunal, en relación con el C-804/2018, ya ha determinado la falta de discriminación directa en una norma que prohíbe cualquier símbolo, el de Instancia desea saber si el prohibir sólo los visibles, vistosos y de gran tamaño, pueden dar lugar al tipo de discriminación indirecta establecida en el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i).

91. El TJUE entiende que dicha prohibición se trata realmente de una discriminación directa. Afirma este órgano que “(...) Una prohibición limitada al uso de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas que sean vistosos y de gran tamaño puede constituir una discriminación directa basada en la religión o las convicciones que, en cualquier caso, no puede justificarse sobre la base de esa disposición”. Por tanto, es especialmente llamativo que, de las tres sentencias analizadas, sea ésta la primera en la que se reconoce la existencia de discriminación directa.

D) Sentencia TJUE, de 13 de octubre de 2022 (C-344/2020)

92. En este supuesto, el problema suscitado se centra no en el momento en el que ya se está realizando la prestación laboral, durante la vigencia del contrato de trabajo, sino en el momento anterior, esto es, en el acceso al mismo, por lo que plantea cierta peculiaridad respecto a los anteriores, aunque como se podrá comprobar, los términos de análisis son muy similares.

¹⁰³ Coincidencia con el punto 38 del caso Achbita.

93. La demandante del litigio principal presenta una solicitud para realizar unas prácticas en la empresa SCRL, acudiendo a la entrevista de trabajo con el velo islámico. Los responsables de dicha entrevista manifestaron su impresión positiva y le preguntaron, directamente, si aceptaría las normas de neutralidad de la compañía que en su reglamento establece que sus trabajadores “se comprometerán a respetar la política de estricta neutralidad imperante en la empresa (...) velarán por no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean”. La demandante se negó a retirar el pañuelo, por lo que no se dio tránsito a su solicitud.

94. Varios meses más tarde vuelve a plantear la petición de realización de prácticas proponiendo, esta vez, sustituir el hiyab con otro tipo de tocado. A pesar de ello, SCRL le comunica que no puede ofrecerle tales prácticas, dado que en sus instalaciones no se permitía ninguna prenda que cubriera la cabeza (ni gorras, gorros, ni pañuelos). Ante esto, decide impugnar la falta de celebración de un contrato de prácticas que, en su opinión, se basa en una discriminación, directa o indirecta, relacionada con sus convicciones religiosas.

95. El órgano jurisdiccional que entiende de la demanda presenta cuestión prejudicial ante el TJUE puesto que aclara que, aunque tiene conocimiento de las sentencias que hemos analizado anteriormente, considera que la interpretación del concepto de discriminación directa realizada por el Tribunal de Justicia en la primera de ellas plantea serias dudas.

96. A este respecto, entre las cuestiones que presenta, se repiten algunas de las ya comentadas, dado que el Tribunal de origen desea saber si la norma de una empresa que prohíbe cualquier manifestación religiosa, filosófica o política puede suponer un tipo de discriminación directa para una trabajadora que desea ejercer su libertad religiosa mediante el uso visible de un signo (en este caso el pañuelo) en relación con otro trabajador que¹⁰⁴: a) no profesa ninguna religión y que, por consiguiente, no tiene necesidad de usar signos políticos, filosóficos o religiosos; b) profesa otra religión, o incluso la misma, pero cuya necesidad de manifestarla públicamente mediante el uso de un signo (con connotaciones) es menor o incluso nula; c) o bien que, partiendo de que una convicción no ha de ser necesariamente de carácter religioso y podría ser de otra índole (artística, estética, deportiva, musical), la trabajadora que desea ejercer su libertad de religión mediante el uso visible de un signo (con connotaciones) -en el caso de autos, un pañuelo- recibe un trato menos favorable que otro trabajador que tiene convicciones de índole no religiosa y que las manifiesta a través de su vestimenta; d) o que, partiendo del principio de que la vertiente negativa de la libertad de manifestar las propias convicciones religiosas implica asimismo que no se puede obligar a nadie a declarar su pertenencia a una religión o sus convicciones religiosas, la trabajadora que desea ejercer su libertad de religión mediante el uso de un pañuelo que, por sí mismo, no constituye un símbolo unívoco de esa religión, en la medida en que otra trabajadora podría decidir llevarlo por motivos estéticos, culturales o incluso de salud, y que no se diferencia necesariamente de un simple fular, recibe un trato menos favorable que otro trabajador que manifiesta verbalmente sus convicciones religiosas dado que, para la trabajadora que lleva el pañuelo, ello supone una vulneración todavía más grave de la libertad de religión, sobre la base del artículo 9.1 [del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales], habida cuenta de que, de no mediar prejuicios, la carga ideológica de un pañuelo no es evidente y solo puede conocerse, por lo general, si la persona que lo exhibe se ve obligada a dar a conocer su motivación a su empleador; f) con las mismas convicciones opta por manifestarlas a través de la barba (manifestación esta que no está expresamente prohibida por la norma interna, a diferencia de las manifestaciones a través de la vestimenta).

97. El TJUE se reitera en su doctrina entendiendo que una norma interna de una empresa que solo prohíbe llevar signos vistosos y de gran tamaño de convicciones religiosas o filosóficas puede constituir una discriminación directa, en los casos en que dicho criterio esté indisociablemente ligado a

¹⁰⁴ Haremos aquí referencia, para abreviar, únicamente a las cuestiones relacionadas con la discriminación religiosa.

una o varias religiones o convicciones determinadas (C-804/18 y C-341/19) No obstante, en el presente asunto, la cuestión planteada al Tribunal de Justicia va referida a la prohibición de cualquier tipo de símbolo para seguir la política de neutralidad de la empresa, respecto a lo cual, el Tribunal de Justicia ha declarado, en varias ocasiones; que el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, debe interpretarse en el sentido de dicha disposición, si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos, no puede suponer una discriminación directa.

98. Sin embargo, vuelve a afirmar este órgano que sí se puede entender la existencia de una discriminación indirecta en la aplicación de la norma que impide portar cualquier tipo de símbolo religioso, filosófico o político, pero que este extremo le corresponde al tribunal juzgador siempre y cuando no se pueda alegar, objetivamente, una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad no son adecuados y necesarios¹⁰⁵.

IV. Reflexiones finales

99. Uno de los lugares en los que transcurre la mayor parte de la vida de una persona es su puesto de trabajo. Por ello, la gestión de la diversidad religiosa en el mismo, para evitar posibles problemas a ella aparejados, constituye un desafío importante para la política de empleo actual, tal y como bien establece el Relator especial sobre la libertad de religión o de creencias.

100. Los tres derechos a tomar en consideración a este respecto son, como ya se ha apuntado, la libertad religiosa, la de empresa y la igualdad o no discriminación por motivos religiosos. Partiendo de éstos, vamos a establecer una serie de ideas, en relación con el tema objeto de estudio, que no son más que unas reflexiones (algunas de las cuales deberían desarrollarse en futuras regulaciones y, mientras tanto, ser observadas en sede jurisprudencial) acerca de cómo es posible conjugar el respeto los derechos enumerados y el uso de simbología dinámica (donde se encuentra incluido el velo islámico):

- 1.º Es comúnmente aceptado, tanto en el ámbito nacional, como en el regional o internacional, que el uso de símbolos religiosos en el trabajo ya sea en una empresa pública o privada, está amparado por el derecho fundamental de libertad religiosa. El contenido de ésta protege, entre otros muchos aspectos, la manifestación de las creencias y es aquí dónde podemos sustentar la afirmación realizada. Es el concepto amplio de religión protegido por esta libertad fundamental, esto es, tanto el fuero interno como el externo, lo que incluye la manifestación religiosa de las creencias, de acuerdo con la interpretación establecida en la Observación General núm. 22 del Comité de Derechos Humanos. Así, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de creencias también ampara las manifestaciones de la diversidad religiosa en el lugar de trabajo, incluido el uso de prendas de adscripción religiosa.
- 2.º No puede ser alegado el carácter voluntario de la relación laboral para argumentar que, si un empleado siente restringida su libertad religiosa al prohibírsele el uso de simbología dinámica, no tiene más que abandonar su puesto de trabajo para poder recuperar el pleno ejercicio de la misma. Es cierto que este derecho fundamental no protege cada acto o forma de comportamiento motivado o inspirado en la religión o creencias puesto que, como cualquier derecho, por muy fundamental que sea, tiene sus límites. Ahora bien, se debe tener presente que, para poder establecer estas limitaciones, deben quedar contenidas en ley, ser necesarias en una sociedad democrática y buscar un fin legítimo. Así, los límites serán los amparados por la seguridad, la salud, la moral pública y los derechos y libertades de los

¹⁰⁵ Nos remitimos al análisis de las sentencias anteriores respecto a la neutralidad establecida por el empresario como causa objetiva que justifica la diferencia de trato.

demás, entre los que se encuentran la libertad de empresa. Sólo en relación con estos límites podrá quedar amparada la injerencia en la libertad religiosa del trabajador.

- 3.º Conforme a la libertad de empresa, apenas mencionada, el empleador puede establecer la “neutralidad” que desea mostrar a sus clientes y, conforme a ella, prohibir el uso de símbolos religiosos. En principio, esta prohibición no implica, según el criterio reiteradamente seguido por el TJUE, una discriminación directa ya que si se impide el portar simbología dinámica (ya sea filosófica, política o religiosa) a todos los trabajadores de forma general o indiferenciada, no se produce un trato menos favorable de ese empleado respecto a otro. Ahora bien, sí que se podría considerar una limitación no justificada de la libertad religiosa que produce una discriminación directa, no la prohibición general de cualquier tipo de símbolo sino sólo la de los visibles y llamativos (el velo islámico se encuentra entre éstos) puesto que no es general, sino que existe una diferencia de trato que no consideramos justificada. Esa misma norma que impone la neutralidad de la empresa impidiendo el uso de simbología religiosa sí que puede ser considerada como discriminación indirecta porque, a pesar de ser una norma aparentemente neutral, puede ocasionar una desventaja particular a personas con una determinada religión, como puede ser el caso de las personas pertenecientes al Islam ya que la mujer ha de llevar, con carácter obligatorio, cubierta la cabeza. Esto es, consideramos que la norma que impide el uso de símbolos va a afectar, de una forma más drástica, a aquellos fieles que están obligados por su religión a portar simbología dinámica. Por tanto, aunque los Tribunales, especialmente el de Justicia de la Unión Europea, no admitan la existencia de discriminación directa, desde el momento en el que es posible argumentar discriminación indirecta (siempre y cuando no se base en un requisito profesional esencial y determinante y exista legitimidad y proporcionalidad) dicha prohibición no podrá aplicarse por injerir tanto en la libertad religiosa del trabajador como en su derecho a la igualdad y no discriminación.
- 4.º En cualquier caso, lo deseable, desde la perspectiva del respeto a los derechos fundamentales, tanto del trabajador como del empresario, será el denominado “derecho de acomodo”. Debemos entenderlo como las modificaciones y adaptaciones necesarias que no supongan una carga desproporcionada para el segundo, de modo que se garantice, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, el derecho fundamental de libertad religiosa. Es cierto que esto puede ser considerado por el empleador como un obstáculo a la “neutralidad” que de su empresa pretende mostrar a sus clientes. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que aquella no debe suponer una exclusión de las creencias religiosas ya que si nos acercamos a ella desde una perspectiva positiva puede ser entendida como una política de inclusión justa de personas de diversas religiones, lo que implicará una manifestación libre y no discriminatoria de la diversidad religiosa entre los miembros de una compañía. Ahora bien, hasta ahora, este acomodo no ha encontrado reconocimiento legal, aunque se está aplicando, en determinados supuestos, por empresarios y tribunales en la casuística diaria.

101. Como se ha comprobado a lo largo de estas páginas, las funciones profesionales y religiosas pueden entrar en conflicto en determinados supuestos que, con carácter general, van a ser dilucidados en sede judicial. Los Estados y las empresas deben intentar aunar el respeto de los tres derechos en juego de modo que la libertad religiosa del trabajador, sin olvidar la no discriminación, sea compatible con la libertad de empresa, para poder eliminar las dificultades y brechas existentes en el respeto a los derechos de los empleados (y también de los empresarios y clientes). Es necesario crear un clima de tolerancia que contribuya al reconocimiento de la diversidad religiosa porque sólo desde el conocimiento y el respeto se pueden terminar con los prejuicios que son la base de la injerencia injustificada en los derechos de los trabajadores.