

EL TJUE NO PROHIBE EL USO DEL VELO ISLÁMICO

Comentario a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017,
asuntos C-157/15 y C-188/15

JOSÉ M. CONTRERAS MAZARÍO¹

jmconmaz@upo.es

Cómo citar/Citation

Contreras Mazarío, J. M. (2017)

El TJUE no prohíbe el uso del velo islámico.

Comentario a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017,
asuntos C-157/15 y C-188/15.

Revista de Derecho Comunitario Europeo, 57, 577-613.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.05>

Resumen

El Tribunal de Justicia (TJUE) ha abordado, por primera vez, en dos sentencias, de 14 de marzo de 2017, la temática de los símbolos religiosos en general, y del pañuelo islámico (hiyab) en particular. Aunque la mayoría de los medios de comunicación han difundido titulares en los que se afirma sin ambages la prohibición, debemos matizar desde este momento inicial que no es así o, al menos, no de manera tan categórica como parecen transmitir dichos titulares. En el mundo del derecho los elementos nunca aparecen químicamente puros; y eso es lo que sucede en las dos sentencias del TJUE que se van a analizar. El TJUE ha recogido los planteamientos de fondo de ambas abogadas generales. En concreto, el TJUE falla en contra de la existencia de una discriminación directa sobre la base de la neutralidad desarrollada por ambas

¹ Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad Pablo de Olavide. Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Integra2. Claves jurídicas: derecho a la educación, diversidad cultural y cohesión social», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, dentro del Programa Sectorial de Promoción General del Conocimiento (2016-2018).

empresas en materia de símbolos religiosos o filosóficos como parte de su política de imagen con los clientes. Sin embargo, el TJUE no se muestra tan categórico respecto de la discriminación indirecta, sobre todo cuando esta se vincula bien con la profesionalidad de la trabajadora (Directiva 2000/78, art. 4.1) (asunto *Bougnaoui/Micropole*), bien con la posibilidad de ofrecer otro puesto de trabajo en el que no tuvieran que relacionarse con terceras personas (asunto *Achbita/G4S*). De esta manera, el TJUE acoge de una manera equilibrada y sistemática los argumentos de la abogada general Kokott en relación con la discriminación directa, pero también los considerandos de la abogada general Sharpston por lo que respecta a la discriminación indirecta.

Palabras clave

Libertad religiosa; discriminación religiosa; Unión Europea; símbolos religiosos; velo islámico; Directiva 78/2000; relaciones laborales.

THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE DOES NOT PROHIBIT THE USE OF THE ISLAMIC VEIL

Abstract

The European Court of Justice has, for the first time, dealt with the issue of religious symbols in general, and the Islamic headscarf (*hijab*) in particular, in two judgments dated on 14 March 2017. Although headlines in most media inform of an unequivocal ban, it is appropriate to qualify this assertion, as no ban has been imposed, or at least not in the categorical terms that such headlines seem to convey. In the world of law elements are never chemically pure, and that is also the case with the two judgments of the Court of Justice that are subject to analysis in this article. The Court of Justice has based its rulings on the approaches of both advocates general to the merits of their respective case, embracing in a systematic and balanced manner the arguments of advocate general Kokott in relation to direct discrimination, but also the views of advocate general Sharpston with regard to indirect discrimination. In particular, the Court of Justice rules against the existence of a direct discrimination on the basis of the neutrality developed by both companies with regard to religious or philosophical symbols as part of their image policy towards customers. However, the Court does not appear as categorical with respect to indirect discrimination, especially when it is related to the professional activity of the worker (*Bougnaoui/Micropole* case), or to the possibility of offering another job not involving interaction with third parties (*Achbita/G4S* case).

Keywords

Freedom of religion; religious discrimination; European Union; religious symbols; Islamic veil; Directive 2000/78/CE; labor relations.

LA COUR DE JUSTICE N'INTERDIT PAS LE PORT DU FOULARD ISLAMIQUE

Résumé

La Cour de Justice de l'Union européenne, à deux arrêts datés 14 mars 2017, s'est prononcée par la première fois sur les signes visibles de nature religieuse, en particulier sur le port du foulard islamique (*hiyab*). Bien que la plupart des journaux se soient fait écho de ces arrêts affirmant tout simplement que la Cour de Justice a autorisée l'interdiction du port du foulard islamique sur le lieu de travail, il faut avertir qu'une telle affirmation ne se correspond pas avec lesdits arrêts. Dans le monde juridique, les divers éléments intégrant une certaine situation ne se montrent toujours sur une formule chimiquement pure, et les deux arrêts examinés dans le présent article en constituent un bon exemple. En effet, la Cour ne s'est pas prononcée d'une manière absolue sur la question de savoir si l'interdiction de porter le foulard islamique sur le lieu de travail est autorisée ou si elle constitue une discrimination fondée sur la religion. Au contraire, sur la base des arguments de fond contenus dans les conclusions de l'avocat général Kokott (discrimination directe) et de l'avocat général Sharpston (discriminations indirecte), la Cour a établi une distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte qui pourraient se déduire de la prohibition d'y porter le foulard islamique. Ainsi, tenant compte que les deux entreprises concernées avaient inclus la neutralité à l'égard des signes visibles religieuses comme faisant partie de sa politique d'image commerciale, la Cour est d'avis que dans les cas d'espèce, il ne s'est pas produit une discrimination directe fondée sur la liberté de religion par le fait de licencier à une employé qui porte le foulard islamique sur le lieu du travail. Nonobstant, la Cour s'est prononcé d'une manière beaucoup plus nuancée à l'égard de l'existence d'une discriminations indirecte, qui peut se produire dans le cas où le fait de porter le foulard islamique n'a pas de relation directe avec l'activité professionnelle de l'employée (affaire Bougnaoui/Micople), et dans le cas où l'entreprise pourrait sauvegarder sa neutralité religieuse par le biais de placer l'employée à un poste où elle n'ait pas à avoir de contact directe avec des tiers (affaire Achbita/G4S).

Mots clés

Liberté de religion; discrimination fondée sur la religion ou les convictions; Union européenne; port des signes visibles de nature religieuse au lieu de travail; foulard islamique; Directive 2000/78/CE; relations de travail.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA RELIGIOSA Y DE CONVICCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA: 1. El principio de no discriminación. 2. Discriminación directa y neutralidad empresarial. III. LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y SUS LÍMITES: 1. Aproximación conceptual. 2. Los límites de la discriminación indirecta. 3. El elemento de la profesionalidad como exención⁴. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Por primera vez, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha abordado en dos sentencias, de 14 de marzo de 2017², la temática de los símbolos religiosos en general y del pañuelo islámico (hiyab³) en particular⁴. Aunque la mayoría de los medios de comunicación han difundido

² Sentencias de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203 (en adelante, caso *Achbita/G4S*), y de 14 de marzo de 2017, Bougnaoui y ADDH, C-188/15, EU:C:2017:204 (en adelante, caso *Bougnaoui/Micropole*).

³ A este respecto, se debe diferenciar en el uso de diferentes prendas, a saber: el hiyab es un velo característico de las mujeres árabes que deja completamente visible la zona de la cara; la *shayla* es un pañuelo muy largo y con forma rectangular que se coloca alrededor de la cabeza y es muy común en la zona del Golfo Pérsico; el *niqab* es una prenda que cubre todo el cuerpo hasta la rodilla y solo deja libre la zona de los ojos (por esta razón, muchas mujeres lo combinan con otro velo más pequeño para esa zona); el chador es un manto negro que cubre todo el cuerpo femenino desde la cabeza hasta los pies y es frecuente que se use combinado con un pañuelo para tapar el cabello; y el burka afgano oculta completamente el cuerpo, permitiendo que la mujer pueda ver el exterior a través de una pequeña rejilla tupida de tela que le impide ser vista.

⁴ No es, sin embargo, la primera vez que el TJUE aborda cuestiones relacionadas con el ejercicio del derecho de libertad de conciencia y religión en el ámbito de la Unión Europea. Véanse, a este respecto, José María CONTRERAS MAZARÍO, «Algunas consideraciones sobre el derecho a la libertad de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: conceptualización, aplicación y límites», *Boletín de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones*, vol. 14, 2000,

titulares en los que se afirma sin ambages su prohibición⁵, debemos matizar desde este momento inicial que no es así o, al menos, no de manera tan categórica como parecen transmitir dichos titulares. En el mundo del derecho los elementos nunca aparecen químicamente puros; y eso es lo que sucede en las dos sentencias del TJUE que se van a analizar. Es más, si en un trabajo anterior señalábamos que las dos abogadas generales que se ocuparon de estos casos habían llegado a conclusiones radicalmente distintas, aunque los hechos parecían muy similares, y, por tanto, la solución parecía irreconciliable⁶, debemos señalar desde este momento inicial que el TJUE —como intentaremos demostrar a lo largo del presente trabajo— ha recogido los planteamientos de fondo de ambas abogadas generales, y lo hace de una manera coherente, congruente y sistemática. En este sentido, se puede afirmar que el TJUE ha acogido en sus fallos los argumentos de la abogada general Kokott en relación con la discriminación directa⁷, mientras que asume los argumentos de la abogada

pp. 101-124; Mercedes MURILLO MUÑOZ, «Tratamiento jurídico-comunitario de algunas cuestiones de Derecho eclesiástico. Derecho laboral», en *La armonización legislativa de la Unión Europea*, C. E. S. S. J. Ramón Carande, Madrid, 1999, pp. 147-164; Lucy VICKERS, *European Commission, religion and belief discrimination in employment: the EU Law*, OPOCE, Luxemburgo, 2007; Lucy VICKERS, *Religious freedom, religious discrimination and the workplace*, Hart Publishing, Oxford, 2016.

- ⁵ Véase a este respecto, «La justicia europea prohibió el velo islámico en el trabajo», *Diario La Provincia*, 14-3-2017, disponible en: <http://www.diariolaprovinciasj.com/elmundo/2017/3/14/justicia-europea-prohibio-velo-islamico-trabajo-66135.html>; Álvaro SÁNCHEZ, «La justicia europea avala que las empresas prohíban el velo en el trabajo», *EL País*, 14-3-2017, disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2017/03/14/actualidad/14894_78861793428.html?id_externo_rsoc=TW_CM; «La Justicia europea dice que prohibir el velo en el trabajo no es ilegal», *El Mundo*, 14-3-2014, disponible en: <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/14/58c7b571468aeb96078b45bb.html>; «La Justicia europea avala que las empresas prohíban el velo», *El Plural*, 14-3-2017, disponible en: <http://www.elplural.com/sociedad/2017/03/14/la-justicia-europea-avala-que-las-empresas-prohiban-el-velo>.
- ⁶ José María CONTRERAS MAZARÍO, «Símbolos religiosos y principio de no discriminación en las relaciones laborales: el caso del velo islámico (comentario a las «Conclusiones» emitidas por las abogadas generales en dos cuestiones prejudiciales presentadas ante el TJUE)», en *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 125-136; Rafael PALOMINO LOZANO, «Igualdad y no discriminación religiosa en el Derecho de la Unión Europea. A propósito de las conclusiones en los casos Achbita y Bougnaoui», *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, vol. 2, núm. 2, 2016, pp. 1-34.
- ⁷ Conclusiones de la Abogada general Sra. Juliane Kokott, de 31 de mayo de 2016, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2016:382 (en adelante, conclusiones caso *Achbita/G4S*).

general Sharpston por lo que respecta a la discriminación indirecta, así como respecto a la cláusula de profesionalidad del art. 4 de la Directiva 2000/78⁸.

En los dos casos se trata del uso del velo islámico por parte de sendas trabajadoras, una en Bélgica (Sra. Achbita) y otra en Francia (Sra. Bougnaoui), que motiva su despido. Sin embargo, aunque los hechos pueden resultar aparentemente iguales, no lo son. Al igual que tampoco lo son los fundamentos jurídicos⁹ que dan lugar —en este caso sí— al mismo resultado: el despido de la trabajadora. A este respecto, cabe señalar que, en el caso de la Sra. Achbita, el hecho que justificó su despido fue que la trabajadora se puso el hiyab a pesar de que en la empresa había un reglamento interno sobre indumentaria que prohibía a los trabajadores el uso de cualquier símbolo religioso, filosófico o político; y a pesar de las peticiones que al efecto realizó la empresa, esta se negó a quitárselo¹⁰. Mientras, en el supuesto de la Sra. Bougnaoui su despido estuvo justificado por el hecho de que uno de los clientes de la empresa donde trabajaba se quejó de que llevara pañuelo islámico y pidió que a la siguiente

⁸ Conclusiones de la abogada general Sra. Eleanor Sharpston, de 13 de julio de 2016, Bougnaoui y ADDH, C-188/15, EU:C:2016:553 (en adelante, conclusiones caso *Bougnaoui/Micropole*).

⁹ En el caso *Achbita/G4S*, el fundamento jurídico se articula en torno al art. 2, apdo. 2, letra a); mientras que en el caso *Bougnaoui/Micropole*, el fundamento jurídico no solo está en el art. 2, apdo. 2, letra b), sino también el art. 4, apdo. 1.

¹⁰ G4S es una empresa que presta servicios de vigilancia y seguridad, y tiene clientes tanto del sector público como del sector privado (sentencia *Achbita/G4S*, apdo. 10). Los trabajadores de G4S no pueden llevar al trabajo símbolos religiosos, políticos o filosóficos; prohibición que inicialmente no estaba escrita, pero por acuerdo del comité de empresa se incorpora al reglamento de régimen interno de la empresa el 13 de junio de 2006 (sentencia *Achbita/G4S*, apdos. 11 y 14). La Sra. Samira Achbita empezó a trabajar como recepcionista en dicha empresa el 12 de febrero de 2003, en virtud de un contrato de trabajo de carácter indefinido. Durante tres años, la Sra. Achbita no llevó velo en el interior de la empresa, pero en abril de 2006 ella comunicó a G4S que, por motivos religiosos, se proponía llevar velo islámico durante las horas de trabajo (sentencia *Achbita/G4S*, apdos. 11 y 12). La dirección de la empresa le comunica que dicho comportamiento va en contra de la regla estricta de neutralidad del empleador en el lugar de trabajo, que establece lo siguiente: «Se prohíbe a los trabajadores llevar en el lugar de trabajo signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas y/u observar cualquier rito derivado de éstas» (sentencia *Achbita/G4S*, apdo. 13). A partir del 15 de mayo de 2016, y tras un periodo de baja laboral, la Sra. Achbita reanuda su actividad laboral llevando velo, por lo que la empresa le comunicó el 12 de junio de 2006 el despido por su firme propósito, como musulmana, de llevar el velo islámico (sentencia *Achbita/G4S*, apdos. 14 y 16).

reunión fuera sin él, a lo que la trabajadora no accedió; motivo por el cual fue despedida¹¹.

En cuanto al fundamento jurídico, los dos asuntos encuentran este en el principio de igualdad de trato garantizado en la Directiva 2000/78¹², entendiéndose por tal «la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada, entre otros motivos, en la religión» (art. 2, Directiva 2000/78)¹³. Cabe, no obstante, precisar que las dos cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE no resultan iguales; cuestión esta, que teniendo en cuenta la resolución del TJUE, ha adquirido especial relevancia. En efecto, en el caso *Achbita/G4S* se pregunta por la discriminación directa¹⁴, mientras que en el caso *Bougnaoui*

¹¹ La Sra. Asma Bougnaoui fue contratada como ingeniero de proyectos por la empresa Micropole S. A., primero por un período de prácticas de fin de carrera, y a partir del 15 de julio de 2008 mediante un contrato de trabajo (sentencia *Bougnaoui/Micropole*, apdos. 13 y 14). El 15 de mayo de 2009, la empresa Micropole le asigna a la Sra. Bougnaoui un trabajo con uno de sus clientes, la empresa Groupama. Finalizado el trabajo, Groupama hace llegar a la empresa Micropole las quejas por parte de algunos de sus colaboradores por el hecho de que la Sra. Bougnaoui llevara velo en las reuniones realizadas. Al tiempo que también le pide que para las próximas reuniones la Sra. Bougnaoui no lleve velo. El 17 de junio de 2009, la empresa convocó a la Sra. Bougnaoui para abordar la cuestión planteada, recordándole la necesidad de respetar la neutralidad que ya en su momento le pidieron mantuviera con sus clientes. Ante la negativa de la trabajadora, la empresa la despidió mediante carta de 22 de junio de 2009, considerando que todo ello justificaba de manera objetiva el despido y que, por lo tanto, no tenía derecho a indemnización sustitutiva (sentencia *Bougnaoui/Micropole*, apdo. 14).

¹² Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, sobre establecimiento de un marco general en el empleo y la ocupación (DO L 303, de 2 de diciembre de 2000).

¹³ Véase, a este respecto, la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada en su Resolución 36/55, de 25 de noviembre de 1981. En concreto, la discriminación fundada en la religión o las convicciones se define como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (art. 2.2).

¹⁴ En el caso *Achbita/G4S*, el Tribunal remitente pide que se dilucide si el art. 2, apdo. 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que impide de forma general el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo constituye una discriminación directa prohibida por esta directiva (apdo. 22).

Micropole la cuestión planteada afecta a la discriminación indirecta, y con ella la aplicación de la cláusula contenida en el art. 4, apdo. 1, de la mencionada Directiva¹⁵. A este respecto, debe precisarse que la Directiva 2000/78 establece dos supuestos en los que la discriminación resultaría legítima como son la excepción prevista en el art. 4, la primera, y los límites previstos en el art. 2, apdo. 5, la segunda. Ello justifica que en el presente trabajo diferenciamos, por un lado, la discriminación directa y su relación con la cláusula de neutralidad empresarial en la vestimenta o indumentaria (apdo. 2) y, por otra, la discriminación indirecta y sus límites y excepciones (apdo. 3).

II. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA RELIGIOSA Y DE CONVICCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

1. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Lo primero que cabe señalar es que en las dos sentencias reseñadas se parte del análisis del principio de no discriminación, entendido este como una diferencia de trato que no está justificada. En este sentido, cabe señalar que después de la aprobación del Tratado de Ámsterdam de 1997, la igualdad pasó a configurarse como un principio informador básico del sistema comunitario (art. 13 TCE)¹⁶, al tiempo que adoptó carta de naturaleza como derecho con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁷. Esta última es importante por lo que aquí interesa, al predominar en su texto una concepción amplia de la igualdad, mucho más general y universal, que la que hasta el momento se había reconocido. De esta forma y bajo la rúbrica «igualdad» del capítulo III, se proclama la igualdad de todas las personas ante la ley (art.

¹⁵ La pregunta planteada por el Tribunal francés al TJUE es la siguiente: «¿Debe interpretarse el art. 4, apdo. 1, de la [Directiva 2000/78] en el sentido de que el deseo manifestado por un cliente de una empresa de consultoría informática de que, en lo sucesivo, los servicios informáticos contratados no sean prestados por una empleada de dicha empresa, ingeniero de proyectos, que use el pañuelo islámico, constituye un requisito profesional esencial y determinante, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o del contexto en que se lleva a cabo?» (apdo. 19).

¹⁶ En la actualidad es el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

¹⁷ Sobre el valor jurídico de la presente Carta en el Derecho de la Unión, véase Araceli MANGAS MARTÍN, «Comentario al art. 51 de la Carta», *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario art. por art.*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 810-825.

20)¹⁸, así como la prohibición de toda discriminación, incorporando nuevos motivos concretos de discriminación prohibidos como el origen social, las características genéticas, la lengua, la religión o las convicciones, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio y el nacimiento (art. 21)¹⁹. Es un enfoque que encuentra su engarce en la búsqueda de la igualdad, favoreciendo a colectivos que se consideran más desprotegidos o vulnerables. De la misma manera, y con fundamento asimismo en la igualdad, se proclama el respeto por la diversidad cultural, religiosa y lingüística (art. 22)²⁰, cuestiones hasta entonces no tratadas en el ordenamiento comunitario.

En desarrollo del citado art. 13 del Tratado se promulgaron dos directivas que afectan al ámbito laboral: la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico²¹, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, sobre establecimiento de un marco general en el empleo y la ocupación²² (esta última, marco normativo de los dos asuntos). Ambas se caracterizan por introducir, respecto a los colectivos a los que se dirigen, los conceptos y los medios de protección que ya venían aplicándose, como una materia coherente y unitaria, a la igualdad entre mujeres y hombres²³. En su conjunto, estas directivas suponen una manifestación más del interés real

¹⁸ Véase comentario al citado precepto realizado por Araceli MANGAS MARTÍN, *op. cit.*, pp. 390-395.

¹⁹ Véase comentario al citado precepto realizado por Araceli MANGAS MARTÍN, *ibid.*, pp. 397-408.

²⁰ Para un comentario al citado precepto, véase Araceli MANGAS MARTÍN, *op. cit.*, pp. 410-413.

²¹ DO L 180/22, de 19 de julio de 2000.

²² DO L 303, de 2 de diciembre de 2000.

²³ En relación con la materia, véase Directivas 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, 1975) y 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, 1976), así como la Sentencia del TJUE, de 8 de abril de 1976, Defrenne/Sabena, C-43/75, EU:C:1976:56, y en el ámbito doctrinal, B. ALONSO-OLEA GARCÍA, «La igualdad entre hombres y mujeres y de género en la Unión Europea», disponible en: <https://www.google.es/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=l&espv=2&ie=UTF-8#q=tribunal+de+justicia+de+la+un+ion+europea+e+igualdad+hombre-mujer>.

de la UE por avanzar en el principio de igualdad consagrado como derecho fundamental de los ciudadanos europeos. En primer lugar, porque esta regulación conjunta y complementaria se puede considerar como el nacimiento de un auténtico derecho de la UE antidiscriminatorio de alcance general; y, en segundo lugar, porque en ambas directivas se contienen definiciones claras y precisas de conceptos hasta entonces no bien determinados y, sin embargo, esenciales para el entendimiento correcto del principio de igualdad de trato. Así, se fijan las nociones de «discriminación directa»²⁴ e «indirecta»²⁵, se introduce la consideración del «acoso» en el trabajo por estas razones como un acto de discriminación²⁶, y de la misma forma, en el art. 10²⁷, al trasladar la carga de la prueba al demandado²⁸, lo que impone una inversión siempre y

²⁴ Art. 2.2.a): «Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de, los motivos mencionados en el art. 1 [entre ellos se encuentra la discriminación por motivos de religión o convicciones]».

²⁵ Art. 2.2.b): «Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción... respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuado y necesarios [...]».

²⁶ Art. 2.3: «El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apdo. 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el art. 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro».

²⁷ Art. 10: «1. 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 órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

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

²⁸ La carga de la prueba se invierte «para no privar a los trabajadores víctimas de la discriminación aparente de medios eficaces para respetar el principio de igualdad de retribución» (Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 1993, Enderby, C-127/92, EU:C:1993:859) recayendo «sobre el empresario la carga de la prueba de que su política salarial no es discriminatoria, una vez que la trabajadora ha demostrado, con respecto a un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de las trabajadoras es menor a la de los trabajadores» (sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Handels— og Kon-

cuando la parte demandante pruebe que pertenece, por ejemplo, en el caso que nos ocupa, a una determinada religión o que tienen unas determinadas convicciones o creencias.

Finalmente, en 2009, el Tratado de Lisboa introdujo una cláusula horizontal encaminada a integrar la lucha contra las discriminaciones en el conjunto de las políticas y acciones de la Unión (art. 10 del TFUE)²⁹. En este sentido, se ha afirmado que

el tránsito del valor vertical al valor horizontal del principio de igualdad implica evidentemente algunos ajustes. En primer lugar, las diferentes perspectivas conducen a que el escrutinio sobre la razonabilidad deba estructurarse no en relación con la ley, sino en relación con el contenido del contrato: piénsese en la prohibición de acceder a alguna prestación por parte de personas con una discapacidad específica dondequiera que para ellas pueda reflejarse en problemas de salud.

En segundo lugar, en su proyección horizontal el principio de no discriminación *no opera* en toda la latitud que proviene de la exigencia de evitar tratos desiguales injustificados respecto de la ley, precisamente porque, en relación con el contrato, el principio de igualdad no incide más allá de la prohibición de discriminación. Entonces, si bien se puede estar de acuerdo sobre la oportunidad de extender las razones de discriminación más allá de las indicadas por leyes especiales y por las directivas, es dudoso, por el contrario, que aquellas puedan sobrepasar las especificadas por el [...] art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, únicamente sobre la base de una presunta falta de razonabilidad del tratamiento contractual, porque una deducción similar corre el riesgo de superponer a las razones de las partes las razones del intérprete. Una diferencia de tratamiento que no pueda ser reconducida a los paradigmas normativos dictados por los principios constitucionales puede tener relevancia en el campo contractual, pero no con fundamento en una falta de razonabilidad *tour court* (sic), sino sobre el presupuesto de una ofensa contra la dignidad³⁰.

torfunktionærernes Forbund I Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening, en nombre de Danfoss, C-109-88, EU:C:1989:383; de 27 de junio de 1990, Kowalska, C-33/89, EU:C:1990:265; de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker, C-4/02 y C-5/02, EU:C:2003:583, y de 11 de octubre de 2007, Paquay, C-460/06, EU:C:2007:601).

²⁹ Respecto de esta materia se prevé en el art. 19 TFUE la existencia de un procedimiento legislativo especial dedicado a la lucha contra las discriminaciones, a saber: el Consejo debe actuar por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo. Véase, a este respecto, Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «La iniciativa normativa en el procedimiento legislativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa», *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2010, 27.

³⁰ Emanuela NAVARRETTA, «Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato», *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado*, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/articulo/view/3887/4330>.

2. DISCRIMINACIÓN DIRECTA Y NEUTRALIDAD EMPRESARIAL

El TJUE ha definido la discriminación directa, siguiendo el art. 2, apdo. 2, letra a) de la Directiva CEE/78/2000, como aquella situación en la que «una persona es tratada de manera menos favorable en relación con otra persona en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el art. 1 de la misma Directiva, entre los que se incluye la religión» (caso *Achbita/G4S*, apdo. 24)³¹. Así, el TJUE opta por un concepto de igualdad formal³², más que de igualdad material o sustantiva³³, más propia esta última de los poderes públicos que de los particulares como es el caso de las empresas³⁴.

Partiendo de dicha conceptualización, en los dos casos que nos ocupan se ha entendido que no se percibe la existencia de una discriminación directa por motivos religiosos o de convicción porque las dos empresas implicadas han aplicado, en principio, de igual modo la regla de neutralidad de vestimenta a todos y cada uno de los trabajadores³⁵. Y ningún hecho de entre los reseñados permite suponer que las empresas afectadas hubiesen adoptado una postura más conciliadora o permisiva con algún otro trabajador en situación

³¹ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General núm. 20 (Doc. E/C.12/GC/20), ha precisado que «hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación, por ejemplo, cuando la contratación para puestos en instituciones educativas o culturales se basa en las opiniones políticas de los solicitantes de empleo o los empleados. También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable».

³² A este respecto, véase Augusto AGRO, «Artículo 3. Il principio di uguaglianza formale», *Commentario della Costituzione. Principii fondamentali*, Bolonia, 1975; Gustavo SUÁREZ PERTIERRA, «Art. 14», en *Constitución española de 1978. Comentarios a las leyes políticas*, vol. II, Madrid, 1984, pp. 277-293.

³³ Véase, sobre esta temática, Robert ALEXI, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 417-418.

³⁴ Véase Encarnación CARMONA CUENCA, «El principio de igualdad material en la Constitución europea», disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19182/FCI-2004-8-carmona.pdf?sequence=1>.

³⁵ «La norma interna controvertida en el litigio principal tiene por objeto el uso de signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas y, por tanto, atañe indistintamente a cualquier manifestación de tales convicciones» (caso *Achbita/G4S*, apdo. 30).

análoga³⁶, en particular con cualquier otro trabajador con otras convicciones religiosas o filosóficas que se hubiese negado repetidamente a respetar la prohibición mencionada. En consecuencia, se puede afirmar que en ambos casos no se cuestiona teóricamente «su» símbolo religioso, sino el hecho de que las empresas no admitan «su» uso por parte de los trabajadores, dando igual el origen de los mismos, esto es, religioso, filosófico o político.

A sensu contrario, cabe afirmar que si cualquiera de las dos empresas o las dos hubieran adoptado criterios diferentes o permitieran el uso de unos símbolos y de otros no³⁷, entonces cabría entender que sí se hubiera producido una discriminación directa por motivos religiosos o filosóficos contraria a la normativa comunitaria³⁸. Por consiguiente, afirmaciones del tenor siguiente: «Una norma empresarial que prohíbe llevar pañuelo islámico no constituye una discriminación directa por motivos de religión»³⁹, no responden al contenido de las dos sentencias ahora analizadas, toda vez que se prohíbe o se admite el uso por parte de los trabajadores de cualesquiera símbolos religiosos o filosóficos, siempre que queden prohibidos o permitidos todos⁴⁰.

En los casos que nos ocupan, quedaría prohibido el uso no solo del pañuelo islámico, sino también de la kipá de los judíos⁴¹, del turbante de los sijs, de las cruces de los cristianos⁴² o cualquier otro símbolo de carácter filosófico

³⁶ Caso *Achbita/G4S*, apdo. 31: «A este respecto, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia no se desprende que la aplicación de la norma interna controvertida en el litigio principal a la Sra. Achbita haya sido diferente de la aplicación de esta norma a cualquier otro trabajador».

³⁷ Este es el fundamento utilizado por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca, en su sentencia de 6 de febrero de 2017.

³⁸ Este es uno de los hechos que tendrá que verificar el juez nacional.

³⁹ Véase, a este respecto, el comunicado de prensa núm. 30/17 del propio TJUE, de 14 de marzo de 2017, disponible en: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-03/cp170030es.pdf>; y en *Fiscal y Laboral al Día*, de 14 de marzo de 2017, disponible en: <http://www.fiscalaldia.es/una-norma-empresarial-que-prohibe-llevar-panuelo-islamico-no-constituye-una-discriminacion-directa-por-motivos-de-religion/#>.

⁴⁰ «Debe considerarse que dicha norma trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos» (caso *Achbita/G4S*, apdo. 30, *in fine*).

⁴¹ Véase, a este respecto, TSJ de Palma de Mallorca, Sentencia 457/2002 de 9 de septiembre de 2002.

⁴² En relación con el uso de este símbolo en el ámbito del trabajo cabe destacar dos sentencias del TEDH de 15 de enero de 2013, *Eweida y otros v. Reino Unido*, CE:E-CHR:2013:0115JUD004842010.

o político que pueda portar un o una trabajador/a. A este respecto cabría plantear —no obstante— si un trabajador puede o no llevar o portar una camiseta con la imagen, por ejemplo, del Che Guevara o un pin de un determinado partido político⁴³. No queda tampoco claro si dentro del concepto «signo político o ideológico» pueden o no incluirse signos, símbolos o emblemas de carácter cultural, militar, sindical...⁴⁴.

Aunque las dudas son claras, la presente problemática no debería —a nuestro juicio— plantearse ni derivarse a la perspectiva de la discriminación contra las mujeres, ni tampoco como un supuesto de violación de los derechos de las minorías⁴⁵. Y ello con independencia lógicamente de que estos colectivos puedan ser los más afectados, salvo que se demuestre que la adopción de este tipo de reglas tiene como objetivo directo a los mencionados colectivos o sus derechos.

El derecho afectado no es otro que la libertad de conciencia y religiosa, y es desde su contenido donde debe ser analizado⁴⁶. A este respecto, cabe señalar que la directiva comunitaria no define el concepto «religión», y no lo define porque, en base al principio de laicidad, dicho término no es competencia de los Estados⁴⁷, sino de las propias confesiones o comunidades religiosas, lo que no es óbice para que el legislador de la UE si haya regulado y tutelado, dentro de los derechos fundamentales, la libertad de conciencia y religiosa⁴⁸, entendiéndose que queda protegido tanto el *forum internum* (el derecho a tener convicciones), como el *forum externum* (la manifestación pública de la fe religiosa)⁴⁹. Pues bien, es dentro de ese *forum externo* donde se encuadra el uso de símbolos religiosos y donde su uso queda protegido, tanto frente a los poderes públicos como respecto de los particulares. En ninguno de los dos casos se cuestiona este elemento ni se pone duda alguna sobre que el mismo

⁴³ Otros posibles símbolos serán más difíciles de visualizar o precisar como tal, por ejemplo, la barba: puede ser o no un símbolo religioso, pero cuándo lo es y cuándo no es difícil de concretar.

⁴⁴ A este respecto, véase Rafael PALOMINO, *La religión en el espacio público: los símbolos religiosos ante el derecho*, Digital Reason, Madrid, 2016, pp. 25-32.

⁴⁵ Véase, en este sentido, Ángeles RAMÍREZ, «Pañuelo, empresa y racismo institucional en Europa», *El diario.es*, 15-3-2017, disponible en: http://www.eldiario.es/tribunaabierta/Pañuelo-empresa-racismo-institucional-Europa_6_622647763.html.

⁴⁶ En este sentido, véase María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ y Francisco Javier CALVO GALLEGOS, «La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por motivos religiosos», *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, pp. 125-163.

⁴⁷ Sentencia Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4.

⁴⁸ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia, caso *Achbita/G4S*, apdos. 26 y 27.

⁴⁹ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia, caso *Achbita/G4S*, apdo. 28.

forme parte del contenido esencial del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, garantizado en el art. 10 de la CDFUE y en el art. 9 del CEDH.

En este contexto, y por lo que se refiere al asunto *Bougnaoui/Micropole*, no queda tan claro si el cliente, que es quien se queja y por el que se llama la atención a la trabajadora, lo hace porque esta lleva en concreto ese símbolo (el hiyab) o si lo hubiera hecho de igual modo si hubiera llevado cualquier otro símbolo religioso o filosófico⁵⁰. La presente apreciación no la entendemos baladí, ya que si se ha hecho sobre la base del primer supuesto ello supondría, sin lugar a dudas, una discriminación directa por motivos religiosos o de convicción, por lo que nos llama la atención el hecho de que el TJUE ni tan siquiera se lo haya planteado⁵¹; más aún cuando dicha temática si ha sido abordada por la abogada general Sharpston en sus conclusiones, llegando incluso a entender que se ha podido producir una discriminación directa al haberse violado el derecho de libertad religiosa de la trabajadora, ya que el uso del velo islámico forma parte del contenido de dicho derecho, en tanto que su uso es entendido como una «obligación» de un precepto religioso. Lo importante en este caso es la «profundidad» en las convicciones profesadas, lo que supone —como acertadamente pone de manifiesto la abogada general Sharpston— que «los requi-

⁵⁰ Como observa el abogado general Poiras Maduro, en el asunto *Coleman/Attridge Law/Steve Law*, «la Directiva se opone a que la eventual hostilidad de un empresario [o —en el presente caso— de un cliente, como en el asunto de la Sra. Bougnaoui] hacia las personas incluidas en alguna de las categorías problemáticas constituya la base de cualquier tipo de trato menos favorable en el contexto del empleo y la ocupación» (conclusiones del abogado general Sr. M. Poiras Maduro presentadas el 31 de enero de 2008, C303/06, EU:C:2008:61, punto 22).

⁵¹ A este respecto, resulta relevante traer a colación la distinción que realiza CAAMAÑO al referirse a la discriminación directa por motivos de sexo, diferenciando entre la discriminación directa abierta y la discriminación directa encubierta: «Se está frente a un caso de discriminación directa abierta cuando es el sexo el elemento explícito que motiva un trato o condiciones laborales menos favorables para un trabajador, frente a un trabajador del otro sexo que se encuentre en una situación laboral comparable. Un caso de discriminación laboral de este tipo tendría lugar, por ejemplo, si se excluyera explícitamente a las trabajadoras de la obtención de las asignaciones de colación y de movilización, las que, por el contrario, sí son percibidas por los hombres que realizan igual trabajo. Por otra parte, se está frente a un caso de discriminación directa oculta cuando la medida discriminatoria que afecta a un trabajador se vincula con ciertos atributos o cualidades personales que exclusivamente o en gran medida solo pueden ser cubiertos por personas de un sexo determinado» (Eduardo CAAMAÑO ROJO, «La discriminación laboral indirecta», *Revista de Derecho*, núm. 12, 2001, p. 71).

sitos impuestos por la fe [...] no son elementos que deban aplicarse cuando uno no está trabajando [...] y que puedan dejarse discretamente de lado en horas de trabajo. Según las reglas particulares de la religión en cuestión y el grado en el que un determinado individuo sea practicante, alguno de dichos elementos puede, por supuesto, no ser de obligado cumplimiento para dicho individuo y, por lo tanto, ser negociable. Pero sería totalmente incorrecto suponer que, mientras que el sexo y el color de la piel siempre acompañan a las personas, de alguna manera no sucede así con la religión» (punto 118).

Un contexto y unas circunstancias diferentes parecen darse en el caso *Achbita/G4S*, ya que en este sí existe una regla expresa de neutralidad y es la propia empresa la que exige su cumplimiento, sin que —como manifiesta el TJUE— «de los autos que obran en su poder [...] se desprenda que la aplicación de la norma interna controvertida en el litigio principal a la Sra. Achbita haya sido diferente de la aplicación de esta norma a cualquier otro trabajador» (apdo. 31).

La segunda cuestión que debe plantearse es la relacionada con la neutralidad, ya que todo ello se suscita desde una teórica neutralidad como elemento esencial de sus respectivas imágenes corporativas, sobre todo en el supuesto de la empresa G4S. A este respecto, cabe precisar que si la empresa fuera un poder público, ser neutral equivaldría a no tener ni considerar a una creencia o religión mejor que otra creencia o religión⁵², de tal manera que su razón de ser no es otra que la de hacer posible que la igualdad y la libertad de conciencia y religiosa sean reales, eficaces y plenas, o —lo que es lo mismo— facilitar el ejercicio de esos derechos por los individuos y los grupos en los que se integran⁵³. Con ello se pretende garantizar la coexistencia pacífica de las distintas creencias y convicciones implantadas social-

⁵² No en vano, la laicidad implica un mandato inexcusable de imparcialidad estatal (véase Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9).

⁵³ En este sentido, y según CASTRO JOVER «la neutralidad positiva implica las siguientes afirmaciones: 1) La obligación de los poderes públicos de adecuar el ordenamiento jurídico y su aplicación de modo de hacer posible el ejercicio de la libertad religiosa en igualdad de condiciones. 2) La actuación de los poderes públicos debe estar guiada por los valores constitucionales, en esa medida la noción de neutralidad positiva posee un cuerpo de valores. 3) Estos valores están constituidos por los valores constitucionales recogidos en los art.s 1.1 y 1.1 en virtud de los que los derechos fundamentales se constituyen en eje central del ordenamiento a cuyo servicio se coloca la estructura del Estado. Estos valores constituyen un mínimo ético que hace posible el pluralismo y la convivencia pacífica. Y 4) La cooperación a la que se refiere el art. 16.3 está integrada dentro de la neutralidad positiva, no añade nada a lo previsto en el art. 9.2» (Adoración CASTRO JOVER, «Laicidad y actividad positiva de los poderes

mente⁵⁴. Se pasa a entender, de ese modo, que el Estado ha de asegurar un marco de convivencia en el que se puedan exteriorizar libremente las creencias y convicciones de los ciudadanos y de las comunidades, tanto religiosas como ideológicas a las que pertenecen, haciendo así posible que todos, sin distinción, puedan identificarse con él, admitiéndolo como ámbito común donde convivir en paz y libertad, ejercitando ordenadamente sus derechos⁵⁵. Por tanto, tal neutralidad hace referencia al conjunto de garantías que el Estado ha de observar para asegurar la salvaguardia y realización efectivas de los derechos fundamentales a las libertades ideológica y religiosa, en un régimen de pluralismo de convicciones y creencias⁵⁶. Y ello solo es posible en un modelo cuyo principio informador sea la laicidad del Estado⁵⁷, y es la salvaguarda de esta laicidad la que está en el origen y en la admisibilidad de que el uso del pañuelo islámico sea prohibido en establecimientos

públicos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 3, octubre-2003, p. 11, disponible en: www.iustel.com.

⁵⁴ Véase Tribunal Constitucional, sentencias 177/1996, de 11 de noviembre; 152/2002, de 15 de julio; 101/2004, de 2 de junio, y 34/2011, de 28 de marzo.

⁵⁵ Véase María José ROCA FERNÁNDEZ, «La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996, pp. 251 y ss.

⁵⁶ Véase Tribunal Constitucional, sentencias 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4, 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 4, y 46/2001, de 15 de febrero FJ 4.

⁵⁷ Sobre la relación entre la laicidad y símbolos religiosos, véase Manuel ALENDA, «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005; Santiago CAÑAMARES, «Símbolos religiosos en un Estado democrático y plural», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 10, 2010, pp. 1-19; María Cruz LLAMAZARES CALZADILLA, «Símbolos religiosos y Administración Pública: el problema en las aulas de centros públicos docentes», *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, pp. 279 y ss.; Gloria MORENO BOTELLA, «Crucifijo y escuela en España», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 2, 2003; Gloria MORENO BOTELLA, «Libertad religiosa y neutralidad escolar. A propósito del crucifijo y otros símbolos de carácter confesional», *Revista Española de Derecho Canónico*, 58, 2001, pp. 189 y ss.; Agustín MOTILLA, «La libertad de vestimenta; el velo islámico», en *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 109-119; María José ROCA FERNÁNDEZ, «La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa en la escuela y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y propuestas para el Derecho español», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 23, 2007, pp. 280-286.

públicos⁵⁸; cuestión esta que ha tenido especial incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁹.

Dicho concepto, sin embargo, no entendemos que pueda ser trasladado automáticamente al ámbito de la empresa privada, y por tanto al ámbito de las relaciones *interprivatos*, toda vez que las empresas no pueden desconocer los derechos de sus trabajadores, pero respecto de los cuales solo tiene la función de tutela, al contrario que los poderes públicos que tienen además la función de garantizarlos⁶⁰. Aplicado el presente criterio al caso *Achbita/G4S*, desde un plano de estricta discriminación directa, la respuesta no puede ser otra que la dada por el TJUE avalando la posición mantenida por la empresa G4. Lo que ha hecho el TJUE es —como ya se ha señalado— aplicar el principio de igual-

⁵⁸ A este respecto, véase Fernando AMÉRIGO CUERVO-ARANGO y Daniel PELAYO, *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*, Documento de trabajo 179/2013, Madrid, 2013, 76 pp., disponible en: http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/b6e3c-3b94b34d60f97259c0bfbcab8.pdf; José María CONTRERAS MAZARIÑO y Oscar CELADOR ANGÓN, *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas*, Documento de trabajo 124/2007, Fundación Alternativas, Madrid, 2007, 64 pp., disponible en: http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/actividades_descargas/508934e0b582fc7ba23f1677acce428a.pdf; María Lourdes LABACA ZABALA, «La prohibición de llevar símbolos religiosos en los centros de trabajo públicos por parte de los agentes-empleados/as en Francia», *Ámbito Jurídico*, *Río Grande*, vol. 12, núm. 64, 2009, disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6013; Salvador PÉREZ, «Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿Señas de identidad ideológica y/o cultural?», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 13, 2011, pp. 139-187.

⁵⁹ Sobre la jurisprudencia del TEDH en esta materia, véase Yael CACHO SÁNCHEZ, «La prohibición del uso del velo islámico y los derechos garantizados en el CEDH afectados por la prohibición. Comentario a la sentencia del TEDH de 10 de noviembre de 2005, Layla Sahin c. Turquía», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 9, 2006, disponible en: www.iustel.com; Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», disponible en: http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07_10_41_980.pdf; Eugenia RELAÑO y Alain GARAY, «Los temores del TEDH al velo islámico: Leyla Shain v. Turquía», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 12, 2006.

⁶⁰ Véanse, a este respecto, Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1983, de 18 de noviembre; Sentencia del Tribunal de Justicia, de 27 de octubre de 1976, Prais/Consejo, C-130/75, EU:C:1976:142, y Sentencia TEDH de 1 de julio de 2014, S.A.S. v. Francia, CE:ECHR:2014:0701JUD004383511.

dad formal, o lo que es lo mismo todos somos iguales en los efectos de la ley⁶¹; y desde este plano nada que objetar. Solo cabe discriminación cuando exista un trato distinto fundado en la religión o las convicciones, y «ese» trato no ha sido justificado o, al menos, puesto de manifiesto por la trabajadora, toda vez que de los hechos reseñados no cabe deducir que otros trabajadores si lleven o si hayan podido o puedan llevar símbolos religiosos, filosóficos o políticos.

Ahora bien, «esa» neutralidad empresarial no tiene que implicar que deba o que pueda existir una «neutralización» de las convicciones personales y éticas de los trabajadores; cuestión esta sobre la que —sin embargo— no entra el TJUE, quedándose con ello en el plano puramente formal de los derechos fundamentales, y no entrando en una cuestión que nos parece sumamente relevante para el futuro de los derechos humanos como es el de su concepto y ámbito material o sustancial⁶². A este respecto, también debe llamarse la atención sobre el hecho de que la libertad de empresa, en la que se fundamenta y legitima las presentes actuaciones, tampoco es ilimitada, y que la misma encuentra su límite en la protección de los derechos y libertad fundamentales de terceros, debiéndose adoptar —como el propio TJUE ha manifestado— un criterio de ponderación con el fin de lograr un equilibrio entre las libertades en juego⁶³.

Por nuestra parte —y como ya habíamos señalado como anterioridad⁶⁴— seguimos pensando que la discriminación que se produce en ambos supuestos es directa, y lo es porque si este tipo de discriminación utiliza un criterio para fundamentar una discriminación de trato, se entenderá que se ha producido esta cuando una persona es tratada de forma menos favorable por un motivo prohibido, en este caso por motivos religiosos o de convicción (lo que para el

⁶¹ Véase Augusto AGRO, «Il principio di uguaglianza giuridica», *Principii fondamentali (artt. 1-12 Costituzione)*, Zanichelli-Foro italiano, Roma, 1975, pp. 123-161; Francesco FINNOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Giuffrè, Milán, 1958, pp. 41 y ss.; Javier JIMÉNEZ CAMPOS, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pp. 71-114.

⁶² Véase Antonio PÉREZ-LUÑO, «Dimensiones de la igualdad material», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 1985, pp. 253-286; Umberto ROMAGNOLI, «Il principio d'uguaglianza sostanziale», *Commentario alla Costituzione. Principii fondamentali*, Bologna, 1975, pp. 162-198.

⁶³ Véanse, por ejemplo, TJUE, Sentencia de 6 de septiembre de 2012, Deutsches Weintor, C544/10, EU:C:2012:526; de 31 de enero de 2013, McDonagh, C12/11, EU:C:2013:43; y de 17 de diciembre de 2015, Neptune Distribution, C-157/14, EU:C:2015:823.

⁶⁴ José María CONTRERAS MAZARÍO, «Símbolos religiosos y principio de no discriminación en las relaciones laborales: el caso del velo islámico...», *op. cit.*, p. 137.

TJUE no se ha producido o, al menos, no se ha demostrado). Pero también se producirá dicha discriminación cuando se constate la diferencia de trato desfavorable en concreto, es decir, en lo que se refiere a un criterio prohibido, lo que en estos casos si cabe entender que se ha producido. De esta forma, lo que habría que preguntarse es si las trabajadoras habrían recibido el mismo trato si no respondieran al presente criterio.

Amén de preguntarnos si se puede ser neutral respecto de cualquier otra causa de discriminación y si respecto de motivos objetivos (raza, orientación sexual, discapacidad, edad, etc.) se daría o no la misma respuesta⁶⁵. ¿Qué pensaríamos si una empresa estableciera que por ser neutral no admite el ejercicio de cualquier otro derecho fundamental de los trabajadores: libertad de expresión, libertad de información o, incluso, libertad de sindicación? ¿Y si la cuestión se planteara en el momento del acceso a un puesto de trabajo y la empresa excluyera a todas aquellas personas que llevaran o portaran en ese momento un símbolo religioso, filosófico o político?⁶⁶ En este caso podría alegarse que el hecho de llevarlo no prejuzga que una vez contratada lo lleve. Pero, y si es contratada y lo lleva el primer día de trabajo, ¿el trabajador no podría alegar que no ocultó sus creencias y a pesar de ello la empresa la contrató? Si esto es así, ¿cómo es posible que a esa misma mujer, que lleva pañuelo y que es contratada, se la imponga seguidamente que se lo quite por aplicación de la neutralidad de la empresa?, salvo que entendamos que eso afecta a su capacidad, a la seguridad o a su rendimiento laboral. Ello nos introduce de lleno en la problemática de la discriminación indirecta, de la que nos ocuparemos a continuación.

⁶⁵ Como acertadamente puso de manifiesto la abogada general Sharpston, en sus conclusiones, «los requisitos impuestos por la fe [...] no son elementos que deban aplicarse cuando uno no está trabajando [...] y que puedan dejarse discretamente de lado en horas de trabajo. Según las reglas particulares de la religión en cuestión y el grado en el que un determinado individuo sea practicante, alguno de dichos elementos puede, por supuesto, no ser de obligado cumplimiento para dicho individuo y, por lo tanto, ser negociable. Pero sería totalmente incorrecto suponer que, mientras que el sexo y el color de la piel siempre acompañan a las personas, de alguna manera no sucede así con su religión» (punto 118). Véase, en este mismo sentido, sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de septiembre de 2012, Y y Z, C71/11, EU:C:2012:518, apdos. 62 y 63.

⁶⁶ En este sentido, el TJUE ha considerado que «el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido del art. 2, apdo. 2, letra a), de la Directiva 2000/43, ya que declaraciones de esa clase pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar empleo y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo» (Sentencia de 10 de julio de 2008, Feryn, C-54/07, EU:C:2008:397).

II. LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y SUS LÍMITES

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

La problemática de la discriminación indirecta⁶⁷ es el eje central del asunto *Bougnauil/Micropole*, lo que no ha impedido que también haya sido tratada por el TJUE en el caso *Achbita/G4S*⁶⁸. A este respecto, por discriminación indirecta⁶⁹ cabe entender, partiendo del art. 2, apdo. 2, letra b), de la Directiva 2000/78, «la situación en que una disposición, criterio o práctica

⁶⁷ La primera vez que se habla de discriminación indirecta es en el caso *Griggs c. Duke Power Co* abordado por el Tribunal Supremo de los EE. UU., en 1971 —401 US 424 (1971)—. Se trata de una central energética de tratamiento del carbón en las que existían cinco categorías profesionales, desde «obreros» (el nivel más bajo) hasta «laboratorio» (el nivel más alto). Durante la década de los cincuenta, la empresa prohibía el acceso de los trabajadores de raza negra a las categorías superiores a la de «obreros». Tras la aprobación de la Ley de Discriminación en 1964, la empresa cambió los criterios de acceso a los niveles 2 a 5, exigiendo a los candidatos la titulación de *High School* (sería más o menos nuestro bachillerato). Con dicha medida se garantizaba que las categorías superiores siguieran estando ocupadas por personas de raza blanca, ya que muy pocos negros alcanzaban dicho nivel educativo. La empresa, en el juicio, mantuvo que su intención nunca fue discriminatoria, sino que estuvo motivada por el interés en mejorar la calidad de sus trabajadores y, con ello, la productividad y los beneficios. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que si había habido discriminación, ya que la empresa no había justificado razonablemente los requisitos formativos en relación con la actividad a desarrollar.

⁶⁸ Apdo. 33: «Dicho esto, según reiterada jurisprudencia, el hecho de que un órgano jurisdiccional remitente haya formulado una cuestión prejudicial refiriéndose únicamente a determinadas disposiciones del Derecho de la Unión no impide que el Tribunal de Justicia le proporcione todos los criterios de interpretación que puedan serle útiles para resolver el asunto del que conoce, aun cuando no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones. A este respecto, corresponde al Tribunal de Justicia deducir del conjunto de elementos aportados por el órgano jurisdiccional nacional y, especialmente, de la motivación de la resolución de remisión, los elementos del Derecho de la Unión que requieren una interpretación, teniendo en cuenta el objeto del litigio (Sentencia de 12 de febrero de 2015, *Oil Trading Poland*, C-349/13, EU:C:2015:84, apdo. 45 y jurisprudencia citada)».

⁶⁹ Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «la discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las mi-

aparentemente neutros sitúan a personas de una religión o convicción determinada en desventaja particular con respecto a otras personas de otra religión o convicción, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios»⁷⁰.

Partiendo de esta definición, cabe establecer la concurrencia de cuatro elementos para que se produzca este tipo de discriminación, a saber: a) la existencia de una norma, criterio o práctica aparentemente neutra, lo que supone que no exista ánimo discriminatorio; b) que la norma, criterio o práctica provoque una desventaja para el trabajador respecto de otro; c) que dicha desventaja se produzca en atención a motivos religiosos o de convicción, y d) que la norma, decisión o práctica no tenga una finalidad legítima ni justificación objetiva alguna⁷¹. Todo ello sobre la base de considerar que el derecho de libertad religiosa no es un derecho absoluto, sino que está —como el resto de derechos y libertades fundamentales— sometido a límites, en concreto a lo establecido en el art. 52, apdo. 1, de la CDFUE⁷² y en el apdo. 5, del art. 2,

norías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas» (Observación General núm. 20).

⁷⁰ Véanse también TJUE, sentencias de 31 de marzo de 1981, Jenkins/Kingsgate, C-96/80, EU:C:1981:80; de 13 de mayo de 1986, Bilka/Weber von Hartz, C-170/84, EU:C:1986:204; de 1 de julio de 1986, Rummler, C-237/85, EU:C:1986:277; de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn, C-171/88, EU:C:1989:328; de 17 de octubre de 1989, Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, en nombre de Danfoss, C-109/88, EU:C:1989:383; de 27 de junio de 1990, Kowalska, C-33/89, EU:C:1990:265; de 7 de febrero de 1991, Nimz, C-184/89, EU:C:1991:50; de 4 de junio de 1992, Bötel, C-360/90, EU:C:1992:246; y de 27 de octubre de 1993, Enderby, C-127/92, EU:C:1993:859.

⁷¹ En este mismo sentido, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 1161/2005, de 14 de noviembre de 2005, para quien existe discriminación indirecta cuando «toda disposición normativa heterónoma, cláusula convencional o contractual, pacto individual o decisión unilateral, que, aparentemente neutra, ocasione una desventaja particular a una persona respecto de otras por las referidas razones, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para su consecución no sean adecuados y necesarios».

⁷² Art. 52.1 CDFUE: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

de la Directiva 2000/78⁷³, sin olvidar —como hace el propio TJUE⁷⁴— al art. 9, apdo. 2, del CEDH⁷⁵. A este respecto se debe señalar que lo primero que abordan las abogadas generales en sus respectivas conclusiones es la temática relacionada con la protección de los derechos y libertades de terceros, así como de la seguridad, el orden, la salud y la moral públicas, aunque lo hacen en sentido contrario⁷⁶, mientras que el TJUE lo aborda únicamente en el caso *Achbita/G4S* y en relación con la libertad de empresa⁷⁷.

⁷³ Art. 2.5 Directiva 2000/78: «5. 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».

⁷⁴ Caso *Achbita/G4S*, apdo. 39.

⁷⁵ Art. 9.2 CEDH: «La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás». En el ámbito español, el límite afecta a las manifestaciones externas y se concreta en el «orden público» (art. 16.1 CE).

⁷⁶ En este sentido, las dos abogadas generales hacen referencia a los derechos y libertades fundamentales de terceros como límite a la no discriminación, pero resulta curioso —como se ha puesto de manifiesto— que cuando hacen referencia a la libertad de empresa una (Sra. Kokott) lo considera como un factor legitimador de la discriminación (puntos 88 a 93), mientras que la otra (Sra. Sharpston) considera que ni el interés empresarial, ni su relación con los clientes, resultan suficientes (punto 118). Junto a este elemento limitador, la abogada general Sharpston hace también referencia a la seguridad y a la salud pública como dos factores limitadores de la libertad religiosa de la trabajadora, para lo cual pone dos ejemplos: el primero relacionado con la edad (punto 97) y el segundo con el sexo (punto 98). Ejemplos ambos bien traídos a colación, ya que sin lugar a dudas las circunstancias dónde y cómo se debe realizar la actividad laboral (seguridad y salud pública) sí pueden convertirse en requisitos de limitación en el ejercicio del derecho de libertad religiosa, y ello con independencia de la capacidad del trabajador. No obstante, debe precarse que del análisis de los dos casos planteados no cabe deducir que el uso del pañuelo suponga o pueda suponer en los presentes casos un factor que afecte ni a la seguridad, ni a la salud pública, más aún cuando —como se ha indicado— se está en presencia de un pañuelo que no cubre la cabeza de las trabajadoras, ni la actividad laboral a desarrollar por las trabajadoras exige el uso de prendas especiales al efecto.

⁷⁷ En el caso *Boungaouri/Micropole*, el TJUE no aborda esta cuestión, al contrario de lo que sucede en el asunto *Achbita/G4S*, donde el TJUE sí aborda dicha cuestión al tratar del requisito de una finalidad legítima, y con ella la voluntad del empresario de seguir

2. LOS LÍMITES DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

La traslación por parte del TJUE de los reseñados requisitos a los dos asuntos analizados⁷⁸, permite a este realizar un conjunto de consideraciones. En primer lugar, que en ambos casos nos encontraríamos ante normas o reglas neutrales en las que aparentemente no existe ánimo de discriminar a una persona o a un colectivo por motivos religiosos o de convicción⁷⁹. A este respecto, debe traerse a colación el art. 51, apdo. 1, de la CDFUE, lo que implica que dicha «regla o medida» esté «prevista en la ley», o lo que es lo mismo, sea anterior a la entrada de la trabajadora a la empresa y que esté establecida de manera expresa. Se establece de este modo un vínculo directo con el principio de legalidad, que obliga a que la medida adoptada deba de estar prevista por la ley y realizado de acuerdo con la ley⁸⁰.

En segundo lugar, que en ambos casos la aplicación de la regla o norma sobre vestimenta conlleva una desventaja, en estos casos concretos, a dos

un régimen de neutralidad en las relaciones con los clientes, conectando ésta con el derecho a la libertad de empresa (apdos. 37 y 38).

⁷⁸ Dicho precepto ha sido trasladado al ordenamiento jurídico español a través del art. 28.1.c) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003). Véase también arts. 4.2.c) y 17.1 del ET.

⁷⁹ TJUE, caso *Achbita/G4S*, apdo. 30: «En el caso de autos, la norma interna controvertida en el litigio principal tiene por objeto el uso de signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas y, por lo tanto, atañe indistintamente a cualquier manifestación de tales convicciones. Por consiguiente, debe considerarse que dicha norma trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos».

⁸⁰ En este sentido, el TEDH ha analizado el presente requisito bajo cuatro aspectos, a saber: a) que la norma o regla prevea expresamente la actuación impugnada (véase sentencias de 24 de abril de 1990, *Huwig c. Francia*, CE:ECHR:1990:0424JUD001110584, y de 24 abril de 1990, *Kruslin c. Francia*, CE:ECHR:1990:0424JUD001180185); b) que la regla o medida sea accesible, en este caso, a los trabajadores (véase Sentencia TEDH, 26 de abril de 1979, *Sunday Times c. Reino Unido*, CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, para. 47); c) que la regla o medida esté expuesta con la precisión suficiente que permita prever las consecuencias de su acto (véase TEDH, Sentencia de 2 de agosto de 1984, *Malone c. Reino Unido*, CE:ECHR:1985:0426JUD000869179), y d) que exista un medio eficaz contra la interferencia arbitraria, en este caso, de la empresa en el derecho reconocido en el convenio (véanse, entre otras, TEDH, sentencias *Malone c. Reino Unido*; *Huwig c. Francia*, y *Kruslin c. Francia*, citadas, y de 21 enero de 1999, *Tsavachidis c. Grecia*, CE:ECHR:1999:0121JUD002880295).

trabajadoras musulmanas respecto de otras trabajadoras que no lo son. Ahora bien, debe precisarse que no basta que la regla o medida afecte mayoritariamente a una comunidad religiosa determinada, sino que entre el grupo de los trabajadores beneficiados o afectados por ella, con respecto a los perjudicados, la proporción entre los grupos debe ser considerablemente distinta. Para lo cual el TJUE ha propuesto la aplicación de dos criterios de solución, a saber: a) el punto de partida para la configuración de los grupos de trabajadores que se ven afectados o beneficiados por la regla o medida cuestionada está dado por el ámbito de aplicación de la respectiva regla o medida⁸¹, y b) cuanto mayor sea el trato discriminatorio producido por una regla o medida, mayor peso y relevancia deben tener también las razones invocadas para justificar ese trato⁸².

En tercer lugar, que la desventaja tiene su origen en un motivo religioso⁸³ como es el hecho de que las dos trabajadoras sobre la base de sus creencias religiosas decidan portar el pañuelo islámico sobre su cabeza⁸⁴; y con ello, estas trabajadoras se sitúan en la tesitura de tener que elegir entre el puesto de trabajo (o las consecuencias que puedan suponer el incumplimiento de la regla

⁸¹ Véase TJUE, sentencias, de 17 de octubre de 1988, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening*, en nombre de Danfoss, C-109/88, EU:C:1989:383; de 2 de octubre de 1997, *Gerster*, C-1/95, EU:C:1997:452; de 2 de octubre de 1997, *Kording*, C-100/95, EU:C:1997:453; de 14 de septiembre de 1999, *Gruber*, C-249/97, EU:C:1999:405; de 10 de marzo de 2005, *Nikoloudi*, C-196/02, EU:C:2005:141, y de 12 de octubre de 2004, *Wippel*, C-313/02, EU:C:2004:607.

⁸² A este respecto, véase TJUE, sentencias de 20 de septiembre de 1988, *España/Consejo*, C-203/86, EU:C:1988:420; de 17 de octubre de 1995, *Fishermen's Organisations y otros*, C-44/94, EU:C:1995:325; de 13 de febrero de 1996, *Gillespie y otros*, C-342/93, EU:C:1996:46; de 17 de abril de 1997, *EARL de Kerlast*, C-15/95, EU:C:1997:196; de 30 de junio de 1998, *Brown.*, C-394/96, EU:C:1998:331; de 13 de abril de 2000, *Karlsson y otros*, C-292/97, EU:C:2000:202; de 26 de junio de 2001, *Brunnhofers*; C-381/99, *Koninlijke Coöperatie Cosun*, C-248/04, EU:C:2001:358; y de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, EU:C:2007:261.

⁸³ Fernando AMÉRIGO CUERVO-ARANGO y Daniel PELAYO, *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*, op. cit.; María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ y Francisco Javier CALVO GALLEGO, «La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones religiosas», *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, pp. 125-163, disponible en: http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/09_Religion/2005_Calvo_Gallego_ES.pdf; Salvador PÉREZ, «Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿Señas de identidad ideológica y/o cultural?», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 13, 2011, pp. 139-187.

⁸⁴ Sentencia del TJUE, asunto *Achbita/G4S*, apdos. 41 y 42.

laboral) y el deber religioso⁸⁵. Cabe entender, por tanto, que se ha producido una injerencia en su derecho a la libertad religiosa, toda vez que el uso del llamado «velo islámico» es entendido como una «obligación» de un precepto religioso, con independencia de que, dependiendo de la corriente filosófica, este sea más o menos rígido⁸⁶.

Y, en cuarto lugar, por lo que respecta al fin legítimo o a la justificación objetiva⁸⁷, que es aquí donde aparecen claras diferencias entre un supuesto y otro y donde los tribunales nacionales tendrán un amplio margen de apreciación en la aplicación de las respectivas sentencias del TJUE⁸⁸. Las soluciones que los tribunales nacionales adopten en uno y otro caso no vienen absolutamente determinadas por lo dicho en las sentencias mencionadas del TJUE⁸⁹, aunque sí deberán lógicamente tener presente los postulados y los fundamentos que en la misma se contienen⁹⁰.

En el asunto *Achbita/G4S*, el TJUE entiende, al igual que hizo en su momento la abogada general Kokott en sus conclusiones⁹¹, que existe un fin legítimo, ya que «considera legítima la voluntad de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado» (punto 37)⁹². Y ello por considerar, por un lado, que «el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el art.

⁸⁵ Véase a este respecto, las conclusiones de la abogada general Sharpston en el caso *Boungaoui/Micropole*, punto 100.

⁸⁶ A este respecto nos mostramos de acuerdo con el TEDH cuando vincula el ejercicio de las prácticas religiosas con la «profundidad» en las convicciones profesadas (Sentencia TEDH de 7 de julio de 2011, *Bayatyan v. Armenia*, CE:ECHR:2011:0707JUD002345903, § 122).

⁸⁷ Véase Art. 2, apdo. 2, letra b), punto i), Directiva 2000/78.

⁸⁸ Sobre el margen de apreciación, véase entre otras: Sentencias del TJUE, de 1 de julio de 1986, Rummler, C-237/85, EU:C:1986:277; de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn, C-171/88, EU:C:1989:328; de 27 de junio de 1990, Kowalska, C-33/89, EU:C:1990:265; de 7 de febrero de 1991, Nimz, C-184/89, EU:C:1991:50; y de 4 de junio de 1992, Bötel, C-360/90, EU:C:1992:246.

⁸⁹ Sentencias del TJUE caso *Achbita/G4S*, apdo. 36; y caso *Boungaoui/Micropole*, apdo. 32.

⁹⁰ Véase, por todas, la Sentencia TJUE, de 13 de mayo de 1986, Bilka/Weber von Hartz, C-170/84, EU:C:1986:204.

⁹¹ Conclusiones de la abogada general Kokott en el asunto *Achbita/G4S*, puntos 93, 94 y 95.

⁹² La presente afirmación nos llama la atención toda vez que no es lo mismo ni puede serlo la neutralidad por parte del sector público o por parte del sector privado.

16 de la Carta»⁹³ y, por otro, que solo resulta aplicable respecto de aquellos trabajadores que están o vayan a estar en contacto con los clientes⁹⁴. Así, pues, la neutralidad empresarial en la vestimenta se convierte en factor legitimador o, si se prefiere, en fin legítimo y proporcional para limitar el derecho de libertad religiosa de los trabajadores. Me pregunto si esa misma neutralidad puede ser alegada para la limitación de, igualmente, legitimar otros derechos fundamentales en el seno de la empresa, y de serlo si la respuesta por parte de los tribunales sería la misma.

Mientras que en relación con el segundo de los elementos, esto es, el carácter adecuado de la norma, se ha señalado que la misma se produce cuando su contenido sea claro e inequívocamente reconocible para los trabajadores y siempre que no resulte en sí misma contradictoria, factores que para el TJUE se produce con la cláusula de neutralidad de la empresa G4S⁹⁵, más aún porque la misma se aplica de un modo coherente a todos los trabajadores⁹⁶. Además, el TJUE, en el caso *Achbita/G4S*, considera que «el hecho de prohibir a los trabajadores el uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas es apto para garantizar la correcta aplicación de un régimen de

⁹³ La presente afirmación no puede ser de aplicación a las «empresas de tendencia», toda vez que el objeto de estas empresas es transmitir ideología, creencias o convicciones. Véase, a este respecto, Joaquín APARICIO TOVAR, «Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas», *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Paso y Calvo*, Madrid, 1980, pp. 296-315; Francisco BLAT GIMENO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986; Francisco Javier CALVO GALLEGO, *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, CES, Madrid, 1995; Rafael FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, y otros: *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2007; Gloria MORENO BOTE-LLA, «El carácter propio de las entidades religiosas y sus consecuencias en el Derecho laboral español», *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 44, núm. 123, 1987, pp. 531-560; Cristina ODRIZOLA IGUAL, «Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE, de 27 de diciembre, sobre empleo y trabajo», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 6, 2004, pp. 3 y ss.

⁹⁴ TJUE, caso *Achbita/G4S*, apdo. 38: «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 art. 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario solo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes».

⁹⁵ Conclusiones abogada general Kokott en el asunto *Achbita/G4S*, punto 102.

⁹⁶ Conclusiones abogada general Kokott en el asunto *Achbita/G4S*, punto 103.

neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática» (apdo. 40)⁹⁷.

Por último, y respecto al carácter necesario de la regla o medida, el TJUE ha precisado que las razones deben «responder a una exigencia efectiva de la empresa, ser idóneas para alcanzar el objetivo y ser necesarias a tal fin»⁹⁸, lo que se produce cuando se trata de una «verdadera necesidad» de la empresa y siempre que resulte verdaderamente acreditado. Ello, aplicado a la prohibición de signos religiosos o filosóficos, lleva al TJUE a vincular dicha medida o regla de manera directa y estricta con los trabajadores que estén en contacto con los clientes, ya que solo así se alcanzaría la meta perseguida⁹⁹. Es respecto a este requisito donde el TJUE deja un margen de apreciación más amplio al tribunal nacional y donde plantea una seria duda respecto de la actuación de la empresa. En concreto, cuestiona la actuación de la empresa relacionada con el despido, sobre la base de si ésta ofreció o pudo ofrecer —sin que ello supusiera o representara una carga adicional¹⁰⁰— a la trabajadora un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes; cuestión ésta cuya valoración y comprobación deja en manos del correspondiente Tribunal nacional¹⁰¹.

⁹⁷ Véanse, en este sentido, las sentencias del TJUE, de 10 de marzo de 2009, *Hartlauer*, C-169/07, EU:C:2009:141, apdo. 55, y de 12 de enero de 2010, *Petersen*, C-341/08, EU:C:2010:4, apdo. 53.

⁹⁸ Sentencia del TJUE, de 13 de mayo de 1986, *Bilka / Weber von Hartz*, C-170/84, EU:C:1986:204.

⁹⁹ Sentencia del TJUE, caso *Achbita/G4S*, apdo. 42: «En tercer lugar, en cuanto al carácter necesario de la prohibición controvertida en el litigio principal, procede comprobar si ésta se limita a lo estrictamente necesario. En concreto, ha de comprobarse si la prohibición del uso visible de cualquier signo o prenda de vestir que pueda asociarse a una creencia religiosa o a una convicción política o filosófica atañe únicamente a los trabajadores de G4S que están en contacto con los clientes. En tal caso, dicha prohibición deberá considerarse estrictamente necesaria para alcanzar la meta perseguida».

¹⁰⁰ Véase, a este respecto, art. 5 Directiva 2000/78.

¹⁰¹ Sentencia del TJUE, caso *Achbita/G4S*, apdo. 43: «En el caso de autos, en lo que respecta a la negativa de una trabajadora como la Sra. Achbita a renunciar a llevar un pañuelo islámico durante el desempeño de sus actividades profesionales en contacto con los clientes de G4S, corresponderá al tribunal remitente comprobar si, tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello representara una carga adicional para ésta, G4S tenía la posibilidad, ante tal negativa, de ofrecer a la Sra. Achbita un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido. Incumbirá al tribunal remitente, a la luz de todos los elementos de los autos, sopesar los intereses presentes y limitar las restricciones de las libertades de que se trata a lo estrictamente necesario».

A este respecto, debemos señalar que la colisión que se plantea entre la regla laboral y la norma religiosa, nos sitúa —en este caso a las dos trabajadoras— ante un posible supuesto de objeción de conciencia¹⁰², y con la sugerencia realizada por el TJUE se acoge, en la jurisprudencia de la UE, la llamada teoría de la «acomodación razonable»¹⁰³ entre la organización de la empresa y las creencias y prácticas religiosas de los trabajadores (art. 5 Directiva 2000/78)¹⁰⁴.

¹⁰² Sobre la objeción de conciencia laboral, véase José María CONTRERAS MAZARÍO, «El derecho a la objeción de conciencia en las relaciones de trabajo», *La objeción de conciencia*, Consejo General del Poder Judicial-Generalitat Valenciana, Valencia, 1993, pp. 227-254; Olga DIAZ MUÑOZ, «Tribunal Constitucional y objeción de conciencia en las relaciones laborales», *Pensamiento Constitucional*, vol. 10, núm. 10, pp. 167-182; Ana FERNÁNDEZ-CORONADO, «Objeción de conciencia y descanso semanal», Vidal GUITARTE IZQUIERDO, y Javier ESCRIVÁ IVARS, J. (eds.): *La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Consejo General del Poder Judicial, Valencia, 1993, pp. 224 y ss.; Manuel RODRIGUEZ-PIÑERO, «Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia», *Persona y Derecho*, núm. 50, 2004, pp. 355-372.

¹⁰³ En relación con el «acomodo razonable», véase Mercedes AÑÓN ROIG, «Multiculturalidad y derechos humanos en los espacios públicos: diversidad cultural y responsabilidad pública», Eduardo RUIZ VIEYTEZ y Gorka URRUTIA (eds.), *Derechos humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, Alberdania, San Sebastián, 2010, pp. 39-65; Lola BORGES BLÁZQUEZ, «Derechos e integración: el acomodo razonable como instrumento para la igualdad material», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011, pp. 47-73; Pierre BOSSET, «Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable», en Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où ?*, Editions Yvon Blais, Québec, 2007, pp. 3-28; Gérard BOUCHARD, y Charles TAYLOR, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, Québec, 2008; Valeriano ESTEBAN, y Ana María LÓPEZ-SALA, «La crisis de los «acomodos razonables» en Quebec: la Comisión Bouchard-Taylor», *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 33, 2009, pp. 191-209; Eduardo RUIZ VIEYTEZ, «Acomodo razonable y diversidad cultural: valoración y crítica», Angeles SOLANES CORELLA (ed.), *Derechos humanos, migraciones y diversidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 65-103; Alex SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, «La cláusula multiculturalista y el ejercicio de la libertad religiosa», *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, núm. 4, 2004, pp. 197-224; Ricard ZAPATA-BARRERO, *El turno de los inmigrantes. Esferas de justicia y Políticas de Acomodación*, Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, IM-SERSO, Madrid, 2002.

¹⁰⁴ A este respecto, véase TS de EE. UU., asuntos *West Virginia Board of Education c. Barnette* (319 US (1943), 624-655), y *Thomas c. Review Board of the Indiana Employment Security Division* (450 US (1981), 707-727); y la sentencia del Tribunal de

Junto a ello, debe traerse a colación la regla de que cuando se pueda elegir entre varias medidas adecuadas, deberá utilizarse la menos gravosa y que las cargas que se impongan no deberán ser desproporcionadas respecto de los objetivos perseguidos (principios de proporcionalidad)¹⁰⁵. Sin olvidar que en los presentes litigios se produce un conflicto entre dos derechos: el derecho a profesar y manifestar una religión y la libertad de empresa, respecto de los cuales el principio de proporcionalidad debe responder o dar solución a los dos derechos en conflicto, de tal manera que resulta necesario encontrar un compromiso para que ambos derechos puedan coexistir en armonía y equilibrio¹⁰⁶. A este respecto resulta esclarecedor el art. 5.4 TUE¹⁰⁷ en relación con el art. 51 de la CDFUE¹⁰⁸, así como la propia jurisprudencia del TJUE, para quien el presente principio exige un equilibrio entre los fines perseguidos y los medios utilizados, de tal modo que resultaría contrario al mismo cualquier medida que, aun estando dirigida a la consecución de un objetivo comunitario, requiera un sacrificio excesivo de otros intereses públicos o privados¹⁰⁹. Por ello, nos mostramos de acuerdo con la opinión de Valdés Dal-Ré, para quien

Apelación de Florida, de 28 de julio de 1981, asunto *Kenny c. Ambulatory Center of Miami*. Sobre esta problemática, véase Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, «La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. I, 1985, pp. 395-458; Rafael NAVARRO VALLS, «La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 2, 1986, pp. 257-310.

¹⁰⁵ Conclusiones de la abogada general Kokott en el asunto *Achbita/G4S*, punto 97.

¹⁰⁶ Conclusiones de la abogada general Sharpston en el asunto *Bougnauil/Micropole*, punto 19, y STJUE de 12 de octubre de 2010, Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, EU:C:2010:600, apdo. 68.

¹⁰⁷ Art. 5.4 TUE: «El contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados».

¹⁰⁸ Art. 51 CDFUE: «1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión. 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados».

¹⁰⁹ Consúltense, a este respecto, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, *Forges de Clabecq/Comisión*, T-37/97, EU:T:1999:66, y del TJUE de 27 de noviembre de 1991, *Italtrade*, C-199/90, EU:C:1991:445.

cuando exista una posible colisión entre los derechos y facultades de ambos (trabajador y empresario), la situación debe ser resuelta conforme al denominado «test de proporcionalidad»: un derecho [...] no puede ser comprimido más de lo que resulte estrictamente adecuado para garantizar el derecho, indispensable o necesario para salvaguardarlo y proporcional entre el sacrificio del derecho y el bien que se defiende [...]. Se trata de que la limitación del derecho de libertad religiosa del trabajador se justifique en virtud de razones concretas y que, en todo caso, sea o resulte legítimamente necesario¹¹⁰.

Por este motivo, resulta indispensable por parte del empresario que se acredite que el reconocimiento del derecho de libertad religiosa del trabajador suponga una merma injustificada de los propios derechos de la empresa o que incida negativamente sobre las condiciones económicas de la explotación¹¹¹; cuestiones ambas de difícil justificación en los dos casos que nos ocupan.

3. EL ELEMENTO DE LA PROFESIONALIDAD COMO EXENCIÓN

La última de las temáticas que abordar, pero no por ello menos importante ya que es sobre esta disposición sobre la que recae la pregunta del tri-

¹¹⁰ Fernando VALDÉS DAL-RE, «Libertad religiosa y contrato de trabajo», María Emilia CASAS BAAMONDE, Federico DURÁN LÓPEZ y Jesús CRUZ VILLALÓN (coords.), *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, p. 575.

¹¹¹ A este respecto, la abogada general Sharpston formula una conclusión general con la que nos mostramos de acuerdo: «En la mayoría de los casos será posible, mediante una discusión sensata entre empresario y trabajador, llegar a un acuerdo que concilie adecuadamente los derechos opuestos del trabajador o de la trabajadora a manifestar su religión y del empresario a la libertad de empresa. En determinados casos, sin embargo, puede que no sea posible. En última instancia, el interés empresarial en obtener el máximo beneficio debería entonces, a mi juicio, ceder ante el derecho de cada trabajador a manifestar sus convicciones religiosas. Incluso aquí en el carácter insidioso del argumento de «pero necesitamos hacer x porque de otro modo no gustará a los clientes». Cuando la propia actitud del cliente puede indicar que este tiene un prejuicio basado en uno de los «criterios prohibidos», como la religión, me parece particularmente peligroso que se dispense al empresario del deber de cumplir con la obligación de la igualdad de trato para complacer tal prejuicio. La Directiva 2000/78 pretende ofrecer protección en el ámbito del trabajo contra tratos desfavorables (estos, es discriminación) basados en alguno de los criterios prohibidos. No se trata de que alguien pierda su empleo para ayudar al empresario a incrementar sus beneficios» (punto 133).

bunal francés, tiene que ver con la aplicación al caso *Bouagnaoui/Micropole* del apdo. 1, del art. 4, de la Directiva 2000/78¹¹² como causa eximente de discriminación¹¹³. Respecto del mismo, el TJUE, en el caso *Bouagnaoui/Micropole*, manifiesta que la presente 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. [No pudiendo] cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares de clientes» (apdo. 40).

En este sentido, cabe señalar que el presente precepto lo que establece es un supuesto de excepción a la prohibición de la discriminación en situaciones en las que tiene una característica protegida como es «un requisito profesional esencial y determinante», siempre que «el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado». Ello supone la concurrencia de tres requisitos absolutamente necesarios para que la excepción se produzca: a) que se trate de un requisito profesional esencial y determinante para la actividad a desarrollar; b) que sea un fin legítimo, y c) que el mismo resulte proporcionado.

Respecto al elemento de que se trate de «un requisito profesional esencial y determinante», se debe precisar que su carácter limitativo queda reflejado en los términos de la propia norma comunitaria (art. 4.1 Directiva 2000/78). Dicha cláusula se ha interpretado en el sentido de que este no tiene que ser el propio motivo en el que se basa la distinción, sino que basta con que sea una característica vinculada a dicho motivo¹¹⁴, pero también que la excepción debe ser

¹¹² Art. 4 Directiva 2000/78: «1. No obstante lo dispuesto en los apdos. 1 y 2 del art. 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el art. 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».

¹¹³ Esta temática también fue abordada por la abogada general Kokott en sus conclusiones generales, entendiendo que el presente precepto justificaba la discriminación directa de la trabajadora (puntos 68, 73, 74, 75, 76, 81 y 84).

¹¹⁴ Véanse sentencias del TJUE, de 12 de enero de 2010, Wolf, C229/08, EU:C:2010:3, apdo. 35; de 13 de septiembre de 2011, Prigge y otros, C-447/09, EU:C:2011:53, apdo. 66; de 13 de noviembre de 2011, Vital Pérez, C-416/13, EU:C:2014:2371, apdo. 36, y de 15 de noviembre de 2016, Salaberria Sorondo, C-258/15, EU:C:2016:873, apdo. 33.

interpretada de manera estricta¹¹⁵ y restrictiva¹¹⁶. A este respecto, se ha señalado que «the consideration of a corporate brand or image seems to allude to the competitiveness of a corporation, which is generally conceived of as the basic requirement to conduct (and sustain) a business. Following this definition, the ECJ would then need to consider whether a general ban on religious attributes would be necessary and proportionate to sustain the company's ability to conduct its business»¹¹⁷.

En esta misma línea, la abogada general Sharpston, con la que nos mostramos de acuerdo, señala que «el requisito profesional no solo debe ser «esencial», sino también «determinante», lo que significa que la excepción debe limitarse a las cuestiones que sean estrictamente necesarias para desempeñar la actividad profesional en cuestión» (conclusiones en el asunto *Bouagnaoui/Micropole*, punto 96). Así, la solicitud de no aplicación de la norma debe ser legítima en cada caso y realizarse de forma proporcional. En efecto, esta excepción implica la exclusión de las personas que no responden al criterio en cuestión y una aceptación demasiado amplia destruiría el objetivo, permitiendo la manifestación de estereotipos de toda clase¹¹⁸.

¹¹⁵ Véanse sentencias del TJUE, de 13 de septiembre de 2011, Prigge y otro, C447/09, EU:C:2011:53, apdo. 72, y de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C416/13, EU:C:2014:2371, apdo. 47. A lo mejor, el art. 4, apdo. 1, se aplica más a menudo a un supuesto de discriminación directa que de discriminación indirecta (un ejemplo evidente, en el ámbito de la discriminación por razón de sexo, sería una regla limitando a «mujeres solamente» la adhesión a un equipo deportivo profesional exclusivamente femenino). Sin embargo, no es impensable que tal discriminación pueda ser indirecta. Por ejemplo, la regla según la cual los candidatos a un empleo de guardia de seguridad deben medir más de 1,75 m, aunque aparentemente neutra, tendería a excluir más a las mujeres que a los hombres y podría también afectar proporcionalmente más a determinados grupos étnicos que a otros.

¹¹⁶ A este respecto, véase considerando 23 de la propia Directiva 2000/78.

¹¹⁷ Robin BANKEL, «A Critical Commentary on the ECJ's Judgment in G4S v Achbita», *Blog of the European Journal of International Law*, 5-4-2017, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/a-critical-commentary-on-the-ecjs-judgment-in-g4s-v-achbita/>. Véase igualmente los comentarios de Sara BENEDI LAHUETA, «Wearing the veil at work: Achbita and Bouagnaoui. Can a duty to reasonable accommodation be derived from the EU concept of indirect discrimination?», *EU Law Analysis blog*, 15-3-2016, disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/search?=benedi+lahuerta>; y de Robert R. McCREA, «Faith at work: the CJEU's headscarf rulings», *EU Law Analysis blog*, 17-3-2017, disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/03/faith-at-work-ejeus-headscarf-ruling.html>.

¹¹⁸ En este sentido, se podría señalar que pedir que una mujer no lleve específicamente una prenda (en este caso de vestir) responde o puede responder a un prejuicio, pero

Por consiguiente, el TJUE, siguiendo respecto de esta temática los considerandos de la abogada general Sharpston¹¹⁹, entiende que no existe justificación «para sugerir que, porque ella [la Sra Bougnaoui] llevaba el velo islámico, era de alguna manera incapaz de cumplir con sus deberes como ingeniero de diseño» y, por lo tanto, la necesidad de no llevar el velo no puede ser considerada como «un requisito profesional esencial y determinante»¹²⁰, por lo que la alegación del presente precepto en el caso *Bougnaoui/Micropole* no puede servir para justificar cualquier tipo de discriminación, ya sea esta directa o indirecta.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

De todo lo expuesto se pueden deducir las consideraciones finales que se exponen a continuación.

En primer término, para el TJUE no habrá discriminación directa, a efectos del art. 2, apdo. 2, letra a) de la Directiva 2000/78, cuando la norma o medida que aplicar «trate por igual a todos los trabajadores de la empresa» y ello sucede porque, «de forma general e indiferenciada, [la empresa ha impuesto] una neutralidad indumentaria que se opone al uso de [todo] signo» religioso, filosófico o político (caso *Achbita/G4S*, apdo. 30). Aunque desde un punto de vista formal la argumentación resulta impecable —a nuestro juicio—, no se puede decir lo mismo desde una igualdad material, toda vez que sitúa a las trabajadoras ante la disyuntiva de elegir entre su trabajo o su religión, olvidando que las creencias o las convicciones acompañan siempre a

además, si esa prenda es —como en los casos que nos ocupan— un hiyab, responde claramente a un estereotipo. Se protestaría por parte de esos mismos clientes o por parte de la empresa en el caso de que esa misma mujer llevara peluca (que hace la misma función que el hiyab) o si llevara minifalda o pendientes sobre la base de la dignidad de la mujer (hasta hace poco era una costumbre que solo se practicaba sobre las mujeres y en la actualidad sigue solo practicándose en ellas en el momento de nacer).

¹¹⁹ Conclusiones de la abogada general Sharpston en el asunto *Bougnaoui/Micropole*, punto 102.

¹²⁰ Sentencia del TJUE caso *Bougnaoui/Micropole*, apdo. 41: «Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial planteada por el tribunal remitente que el art. 4, apdo. 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de esta disposición».

las personas y que, por tanto, no son elementos de quita y pon (como tampoco lo es el sexo o la raza).

En segundo lugar, el TJUE, en ambos asuntos, parte de considerar que «la diferencia de trato no constituirá una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios» (caso *Achbita/G4S*, apdo. 35). Y dan algunas indicaciones para que los tribunales nacionales, que son los únicos competentes, determinen «si, y en qué medida, la norma interna es conforme con estos requisitos» (caso *Achbita/G4S*, apdo. 36). En este sentido, y a modo de ejemplo, las sentencias señalan «que el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes, tanto del sector público como del sector privado, tiene un carácter legítimo, en particular cuando solo atañe a los trabajadores que están en contacto con los clientes, ya que dicho deseo está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en la Carta» (caso *Achbita/G4S*, apdo. 38). Por tanto, el TJUE considera que «la prohibición del uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas es apta para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática» (caso *Achbita/G4S*, apdo. 40). La medida de la neutralidad empresarial en la vestimenta de los trabajadores queda legitimada por el hecho de que se imponga a todos los trabajadores por igual. En definitiva, que se imponga la uniformidad, cuando lo que —a nuestro juicio— debería resaltarse es la diversidad, la diferencia y la multiplicidad de las personas porque son diferentes: todas iguales, pero diferentes (art. 1 de DUDH). De este modo, lo que se prohíbe es la diferencia, al diferente, y la diferencia —debe recordarse— está en el propio origen de los derechos fundamentales.

En tercer lugar, el TJUE, con sus sentencias, deja —como no podía ser de otra manera en este tipo de asuntos—¹²¹ la pelota en manos de los órganos jurisdiccionales nacionales. A este respecto, cabe señalar que si los respectivos jueces nacionales consideran probado que, tanto en la empresa belga G4S como en la francesa Micropole, existía «un régimen general e indiferenciado en la materia» (caso *Achbita/G4S*, apdo. 41) anterior a la entrada de las se-

¹²¹ Véase, sobre esta materia, José Luis GIL IBÁÑEZ, «La cuestión prejudicial y el papel del Juez nacional», disponible en: http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/12_Jurisdictions/2008_Ibanez_ES.pdf; José Luis GIL IBÁÑEZ, «El papel del juez nacional en la aplicación del derecho de antidiscriminación de la UE: La relación con los ordenamientos jurídicos internos y la cuestión prejudicial», disponible en http://www.era-comm.eu/oldoku/SNLLaw/10_Preliminary_ruling_procedure/2014_Gil%20Ibanez_PPT_ES.pdf.

ñoras Achbita y Bougnaoui, respectivamente, y que la medida o regla afecta solo a quienes están en contacto directo con los clientes, el despido se podría entender objetivo y, por tanto, conforme a derecho. Ahora bien, también se debe recordar que corresponde a los jueces nacionales entender si ha existido o no la posibilidad de que las empresas en cuestión hubieran ofrecido a estas trabajadoras un puesto de trabajo que no conllevara contacto visual con los clientes, en lugar de proceder a su despido (caso *Achbita/G4S*, apdo. 43). Si así lo entienden, la respuesta deberá ser negativa y, en consecuencia, el despido será declarado improcedente.

En cuarto lugar, matizar que haber aceptado, en el caso *Bougnaoui/Micropole*, por parte del TJUE la neutralidad como factor integrante del apdo. 1, del art. 4, de la Directiva 2000/78 hubiera supuesto el principio del fin de un elemento esencial en las relaciones de trabajo, como es que «el hábito no hace al monje» y que la capacidad profesional nada tiene que ver con la apariencia externa, aunque esta pueda formar parte de la imagen corporativa de una empresa¹²². En consecuencia, el tribunal francés deberá entender que la Sra. Bougnaoui ha sufrido una discriminación por motivos religiosos y, por consiguiente, el despido será nulo.

Por último, el TJUE también manifiesta que la «prohibición puede constituir una discriminación indirecta si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas» (caso *Achbita/G4S*, apdo. 34), lo que no parece haberse probado en ninguna de las dos causas. No obstante, debemos señalar que si *stricto sensu* no cabe hablar de discriminación, en el mejor de los casos nos encontramos ante «prejuicios» que si conllevan —y ello no puede ser obviado— el «germen» de la intolerancia y el rechazo «al otro» por el solo hecho de llevar o portar un símbolo religioso, filosófico o político. Y todo ello, sin conocer —y lo que es peor—, por parte del cliente (en el caso *Bougnaoui/Micropole*) tan siquiera

¹²² A este respecto cabe traer a colación la cuestión suscitada en el Reino Unido en la que una trabajadora cuestionó la necesidad del uso de zapatos con tacones como necesarios para desempeñar su actividad profesional. Véanse, entre otros, «Despedida por negarse a ir al trabajo con tacones», en *El periódico*, 15-5-2016, disponible en: <http://www.elperiodico.com/es/noticias/extra/despedita-por-negarse-llevar-zapatos-tacon-trabajo-londres-5133203#>; «Obligar a llevar tacones altos en el trabajo humilla a las mujeres», en *Expansión*, 26-1-2017, disponible en: <http://www.expansion.com/opinion/2017/01/26/588903d9268e3e1b758b461c.html>; «El debate sobre los tacones en el trabajo llega al Parlamento británico», disponible en: <http://www.mujeresaseguir.com/empresas/noticia/1103775048515/el-debate-sobre-los-tacones-en-el-trabajo-llega-al-parlamento-britanico.1.html#sthash.Ut8Ei9Bc.dpuf>.

querer conocer a la persona que porta ese símbolo (y su porqué), así como sus méritos y capacidades para desempeñar ese puesto de trabajo.

En conclusión, el TJUE ha perdido una magnífica oportunidad para haber abordado en profundidad las condiciones que permiten delimitar la libertad religiosa de un modo legal, al no ofrecer ninguna explicación sustancial a cómo las medidas de restricción a) deben estar prescritas por ley; b) deben respetar el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales de los demás, y c) fueron adecuadas, necesarias y proporcionales para alcanzar el objetivo legítimo. Esperemos, y deseamos, que los jueces nacionales sí recojan este «guante» y aprovechen la oportunidad para interpretar de manera estricta y restrictiva las condiciones para limitar el derecho fundamental a la libertad religiosa.