

**PAÑUELO ISLÁMICO Y DISCRIMINACIÓN
LABORAL EN LA UE: COMENTARIO
A LAS SENTENCIAS DEL TJUE
DE 14 DE MARZO DE 2017, ASUNTOS
ACHBITA/G4S Y BOUGNAOUI/MICROPOLE**

JOSÉ CRUZ DÍAZ

Profesor de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Sevilla

Crónica Jurídica Hispalense 15 • Págs. 269 a 287

SUMARIO

I. HIPÓTESIS DE PARTIDA. II. ANTECEDENTES DE LAS SENTENCIAS. III. FUNDAMENTOS DE DERECHO: DISCRIMINACIÓN DIRECTA. IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO: DISCRIMINACIÓN INDIRECTA. V. REFLEXIONES FINALES.

Fecha recepción original: 15/10/2017

Fecha aceptación: 20/11/2017

I. HIPÓTESIS DE PARTIDA

Porque el pañuelo islámico posee un carácter simbólico respecto de una creencia o convicción ideológica o religiosa, la problemática de su uso no se plantea ni se deriva a la perspectiva de la discriminación contra las mujeres¹, tampoco como un

1. «Ciertas posturas asimilan el uso del velo islámico a un rol de sumisión de la mujer, cuando lo cierto es que, en el contexto de la sociedad occidental, esta prenda, sin perder su carácter esencialmente religioso, se erige en símbolo de afirmación cultural e incluso de independencia y emancipación femenina. Por ello, en estos casos, se debe promover la independencia de la mujer para que sea ella quien decida libremente el uso de objetos y vestimenta religiosos acordes con sus creencias. Este razonamiento, muy próximo al principio de la autonomía personal, se encuentra por el contrario muy alejado de las posturas que pretenden vehicular su uso a la sumisión

supuesto de violación de los derechos de las minorías². Tal y como ha recordado el Tribunal Supremo (en adelante TS)³, el derecho afectado no es otro que la libertad de conciencia y religiosa, y es desde su contenido desde donde debe ser analizado⁴. Así lo entiende también el TJUE en las sentencias que a continuación comentaremos y que no tienen precedentes en la jurisprudencia comunitaria, al margen de las emitidas por el TEDH los últimos años⁵.

del hombre» (MARABEL MATOS, J. J., *El derecho fundamental de libertad religiosa en el ámbito de los servicios públicos sanitarios. Su incidencia en la Comunidad Autónoma de Extremadura*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 257). También REY MARTÍNEZ considera que no en todos los casos en que se porta el velo estamos ante una discriminación por razón de género [«El problema constitucional del hijab», en REVENGA SÁNCHEZ, M., et al. (coords.), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pág. 74]. Para un tratamiento en profundidad de la cuestión *vid.*, en la misma monografía, CARMONA CUENCA, E., «El velo islámico, la libertad religiosa y la igualdad de género», págs. 157-165.

2. Toda vez que los poderes públicos asumen el compromiso de velar por el respeto y la protección efectiva de las distintas señas de identidad de las colectividades en las que las personas se integran, se impone a las instancias públicas (no a las personas jurídico-privadas) el imperativo de respetar y proteger las señas de identidad de los colectivos minoritarios que conviven en nuestras sociedades en su relación con los elementos que conforman las tradiciones nacionales. *Vid.* CARBONELL SÁNCHEZ, M., «Constitucionalismo, minorías y Derecho», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 12 (2000), págs. 100 y ss.

3. Sentencia de 14 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2613), recurso de casación núm. 4118/2011. Abundan en la sentencia las citas a resoluciones del TEDH –afirma el TS– como «marco de convergencia en el tratamiento jurídico de la cuestión». Efectivamente, pese a las diferentes mociones parlamentarias formuladas hasta la fecha (*vid.* propuesta del Senado español en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. Serie 8, núm. 484, de 21 de junio de 2010; y del Parlamento de Cataluña, *Diario de Sesiones* de 5 de abril de 2011), no existe en el ordenamiento jurídico español ninguna norma que regule la presencia y utilización de símbolos religiosos ni en la esfera pública ni, menos aún, en la privada. Por esa razón su uso, desde el punto de vista jurídico, se encuentra relacionada con el conjunto de principios constitucionales que informan el disfrute real y efectivo de la libertad de conciencia o religiosa de los ciudadanos, partiendo de la protección de la dignidad de la persona configurada jurídicamente en el artículo 10.1 de la Constitución Española (en adelante CE) en torno al libre desarrollo de la personalidad y los derechos inviolables que le son inherentes. Así las cosas, el vacío normativo debe ser enmendado mediante un ejercicio de exégesis por parte de los tribunales de justicia.

4. AMÉRIGO, F., y PELAYO, D., *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*, Fundación Alternativas, Documento de Trabajo 179/2013, págs. 10 y ss. Parte de ese contenido es el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera «externa» de *agere licere*, que es la que interesa aquí y que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros, «con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales» (TC, sentencias 46/2001, de 15 de febrero (RTC 2001, 46), y 166/1996, de 28 de octubre (RTC 1996, 166)). El sentido objetivo del símbolo se antepone al subjetivo. Afirma el TC, sentencia 34/2011, de 28 de marzo (RTC 2011, 34), que «todo signo identitario es el resultado de una convención social y tiene sentido en tanto se lo da el consenso colectivo; por tanto, no resulta suficiente que quien pida su supresión le atribuya un significado religioso incompatible con el deber de neutralidad religiosa; ya que sobre la valoración individual y subjetiva de su significado debe prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social».

5. TEDH, sentencias de 11 de julio de 2017, *Belcacemi y Oussar c. Bélgica*, ap. 37798/13; de 11 de julio de 2017, *Dakir c. Bélgica*, ap. 4619/12; de 10 de enero de 2017, *Osmanoğlu y Kocabaş c. Suiza*, ap. 29086/12; de 1 de julio de 2014, *SAS c. Francia*, ap. 43835/11; de 30 de junio de 2009, *Aktas c. Francia*, ap. 43563/08; de 30 de junio de 2009, *Gamaleddyn c. Francia*, ap. 18527/08; de 30 de junio de 2009, *Bayrak c. Francia*, ap. 14308/08; de 30 de junio de 2009, *Ghazal c. Francia*, ap. 29134/08; de 4 de diciembre de 2008, *Dogru c. Francia*, ap. 27058/05; de 4 de diciembre de 2008, *Kervanci c. Francia*, ap. 31645/04; de 10 de noviembre de 2005, *Leyla Şahin c. Turquía*, ap. 44774/98; y de 15 de febrero de 2001, *Dahlab c. Suiza*, ap. 42393/98. En todas las sentencias el Tribunal ha resuelto la prohibición de uso del velo islámico de forma favorable a los Estados demandados. Sobre la cuestión, crítico con el sentido de algunas sentencias, *vid.* MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «El Islam en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en COMBALÍA, Z., et al. (coords.), *Derecho islámico e interculturalidad*, Lustel, Madrid, 2011, págs. 163-215. De obligada lectura también LLAMAZARES

Los dos casos se han planteado en el campo de la discriminación laboral. No resulta extraño. La UE se ha comprometido a proteger los derechos humanos, incluida la libertad religiosa, en sus ámbitos de influencia. El modelo de economía social de mercado que propugnan los Tratados comunitarios (art. 3 TUE), según el cual las actividades económicas deben funcionar para la inclusión social y para el disfrute de derechos como los citados⁶, lo explicaría sobradamente y daría asimismo razón de la opinión que se ha instalado en el conjunto de la ciudadanía, por la cual los derechos humanos permanecen confinados dentro del espectro de las actividades económicas de la Unión. Un conflicto con el islam en el centro de trabajo supone, desde esta óptica, un verdadero terremoto en el corazón de la filosofía política europeísta.

II. ANTECEDENTES DE LAS SENTENCIAS

Después de cuatro años trabajando como recepcionista para el grupo de vigilancia y seguridad G4S, la Sra. Samira Achbita, a pesar de que una norma interna lo prohibía, trasladó a la dirección de la empresa su deseo de llevar el velo islámico en horas de trabajo. Desoídas las reiteradas peticiones que al efecto le fueron formuladas, la Sra. Achbita fue despedida tras disfrutar de un corto período de baja laboral. Presentó demanda de indemnización ante la justicia belga, que la rechazó en las dos primeras instancias (Tribunal Laboral de Amberes y, en apelación, Tribunal Laboral Superior de Amberes). Sometido el asunto ante el Tribunal de Casación (el *Hof van Cassatie*), decidió suspender el procedimiento y remitirlo al TJUE para que fijara posición⁷. En esencia lo que solicita el Tribunal de Casación es que se dilucide si la prohibición de llevar el *hijab* dimanante de una norma interna general de una sociedad mercantil constituye una discriminación directa.

De otra parte, la ingeniera Sra. Asma Bougnaoui también impugnó su despido sin indemnización sustitutiva ante el *Conseil de Prud'hommes* de París (Tribunal Laboral Paritario). Su empresa de consultoría informática, Micropole, había rescindido de forma unilateral el contrato de trabajo después de que un cliente (la mercantil Groupama) se quejase de que la empleada había asistido a las reuniones de trabajo vistiendo el

FERNÁNDEZ, D., «Derecho de libertad de conciencia y simbología religiosa en la jurisprudencia del TEDH», en GIMENO SENDRA, J. V., y REGUEIRO GARCÍA, M.ª T. (coords.), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Universitas, Madrid, 2015, págs. 147-184. Sobre el concepto de orden público como límite al ejercicio de derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH *vid.* AMÉRIGO, F., «Ampliando el concepto de orden público como límite a los derechos fundamentales», *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 14 (2014), págs. 13-54.

6. Sobre el concepto «economía social de mercado» *vid.* el speech/11/695 del Sr. László Andor, comisario europeo de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, pronunciado en la Business School de Manchester el 20 de octubre de 2011 bajo el título «Building a social market economy in the European Union». Recuperado en junio de 2017 del sitio de la Comisión Europea, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-695_en.htm.

7. La prohibición de llevar al trabajo símbolos políticos, filosóficos y religiosos, norma que inicialmente no se registra en ningún documento, se incorporó al reglamento interno de la empresa por acuerdo del comité de empresa de 13 de junio de 2006, transcurridos dos meses desde que la Sra. Achbita comunicara su propósito de llevar el pañuelo. La regla expresa de neutralidad establece literalmente: «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» (caso *Achbita/G4S*, apdo. 13). Subráyese que la Sra. Achbita no solía llevar pañuelo cuando fue contratada en 2003.

pañuelo islámico y de que ésta se negase a prescindir de él en futuros encuentros, en respuesta a posterior requerimiento de Micropole en el que se le advertía de que mantuviese la debida neutralidad indumentaria en el trato con clientes. La defensa de la Sra. Bougnaoui alegó que el despido constituía un acto discriminatorio por razón de sus convicciones religiosas. En el recurso de apelación interpuesto, de nuevo, por la demandante, la Corte de Apelación de París confirmó la sentencia desestimatoria del *a quo*. La Sra. Bougnaoui interpone entonces recurso de casación. La Sala, que albergaba dudas acerca de la correcta interpretación del Derecho de la Unión en el asunto, plantea al Tribunal de Estrasburgo la consulta acerca de cómo interpretar el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO: DISCRIMINACIÓN DIRECTA

Las dos sentencias parten del examen del principio de igualdad de trato desarrollado en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en lo sucesivo Directiva 2000/78 o Directiva)⁸, entendiendo por tal «la ausencia de toda discriminación directa o indirecta» (art. 2.1) basada, entre otros motivos, en la religión (art. 1).

Cabe precisar, no obstante, que las dos cuestiones prejudiciales no se resuelven de igual forma. Ciertamente, en ambos casos se pregunta por la discriminación directa en el sentido del artículo 2.2.a) de la Directiva⁹. La Corte no aprecia la existencia de discriminación directa por motivos religiosos o de convicción porque las dos empresas demandadas han aplicado, en principio de igual modo, la regla de neutralidad indumentaria, que «de forma general e indiferenciada (...) se opone al uso de [todo] signo [político, filosófico o religioso]» (caso *Achbita/G4S*, apdo. 30) y, por consiguiente, a todos y cada uno de los trabajadores, sin excepción. De modo que no se cuestiona el *hiyab* particularmente considerado, sino el hecho de que las empresas no admitan el uso de símbolos por parte de los trabajadores, con independencia de su origen o filiación ideológica o religiosa. En consecuencia, una norma general interna puede prohibir o admitir el uso por parte de los trabajadores de cualesquiera símbolos de aquella clase, siempre que queden prohibidos o permitidos todos.

Buena parte de la argumentación se suscita desde una teórica neutralidad como elemento esencial de las imágenes corporativas de las empresas implicadas. No obstante, hay que tener presente que el TJUE limita su razonamiento a las relaciones laborales que se desenvuelven en el ámbito privado¹⁰. Al hacerlo, como sostiene PIN,

8. También en desarrollo del art. 13 del TCE –si bien no aplicable a los asuntos que analizamos– se promulga 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 étnico (DO L 180/22, de 19 de julio de 2000).

9. Art. 2.2.a) Directiva 2000/78: «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 [la religión o las convicciones, entre otros]».

10. En ningún momento se llega a cuestionar la aplicabilidad del principio de laicidad al empleo en el sector público en el marco de la Directiva 2000/78. Vid. conclusiones caso *Bougnaoui/Micropole*, § 81.

«it left the door open to more limitations to religious signs in the context of public services, such as to target also employees who are not exposed to the general public. In other words, Achbita provided more types of headscarf bans with a subtle, indirect, but general legitimization»¹¹.

Con todo, las empresas privadas no pueden desconocer los derechos de los empleados, pero a diferencia de los poderes públicos, sólo tienen respecto de aquéllos una función de tutela, no de tutela y garantía¹². Desde un plano de estricta discriminación directa, el TJUE avala la posición mantenida por las empresas, aplicando, como se ha dicho, una concepción puramente formal del derecho de igualdad, en virtud del cual, todos somos iguales en los efectos de la ley. Sólo 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 las trabajadoras, toda vez que de los hechos reseñados no cabe deducir que otros trabajadores sí hayan podido llevar en horas de trabajo símbolos políticos, filosóficos o religiosos (caso *Achbita/G4S*, apdo. 30).

Empero, el TJUE esquiva un dato, a nuestro juicio, primordial: la normativa de régimen interno de las empresas no afecta a aquellos empleados sin religión ni creencias determinadas, o con una religión o creencias que no requieran de manifestaciones externas. Por lo tanto, no se puede decir que la normativa sea neutral o que se imponga de forma «general e indiferenciada». Una auténtica regla neutral sería aquella que, como pone de manifiesto la Abogado General, prohíba «cualquier vestimenta que refleje de algún modo la individualidad de su dueño» (conclusiones caso *Bougnouli/Micropole*, § 110).

Hay que decir que en sus conclusiones en el caso *Achbita/G4S* la Abogado General Kokott realiza una interesante distinción entre decisiones precedentes del TJUE que tratan de «características físicas visibles o propiedades personales de las personas (como el sexo, la edad o la orientación sexual), y no de formas de comportamiento», esto es, modos de conducta basados en una decisión o convicción subjetiva, como en el caso de autos (§§ 44 y 45). El argumento no es fútil, ya que propone considerar la manifestación de la religiosidad («el hecho de llevar o no la cabeza cubierta») como una cuestión de elección subjetiva, no una propiedad personal de la persona y, por lo tanto, no inherente a la característica protegida, a la sazón la religión [«por razón de la religión», art. 2.2.a) de la Directiva 2000/78]¹³. Se reduce así considerablemente el nivel de amparo otorgado a los que profesan una religión o creencia determinada en

11. «Is There a Place for Islam in the West? Adjudicating the Muslim Headscarf in Europe and the United States», *Notre Dame Law Review, Forthcoming* (2017), pág. 6, recuperado en junio de 2017 del sitio de SSRN, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2948765.

12. El TEDH ha manifestado reiteradamente que aun cuando los actos denunciados se lleven a cabo por empresas privadas, y por lo tanto no sean directamente atribuibles al Estado, el Tribunal tendrá en cuenta las cuestiones en cuanto a la obligación positiva de las autoridades del Estado de garantizar los derechos en virtud del art. 9 del CEDH a aquellos que pertenecen a su jurisdicción. *Vid.* TEDH, sentencias de 25 de noviembre de 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, ap. 13470/87; y de 12 de septiembre de 2011, *Palomo Sánchez y otros c. España*, aps. 28955/06, 28957/06 y 28964/06.

13. *Vid.* FRASER BUTLIN, S., «The CJEU Confused over Religion», *The Cambridge Journal Law*, vol. 76, 2 (2017), pág. 247.

comparación con quienes ostentan otras características personales protegidas, aun cuando todas las características gozan del mismo valor en el Derecho de la UE. La opinión de la Sra. Sharpston resulta mucho más convincente a este respecto y sirve de recordatorio de que la religión de los individuos no puede simplemente dejarse, como los paraguas en días de lluvia, en las puertas de los centros de trabajo.

Sea como fuere, el TJUE no tiene presentes en ningún momento el concepto y ámbito sustantivo o material del derecho de igualdad de trato. Quiere decirse que la tan traída y llevada neutralidad empresarial no tiene que implicar que deba o pueda existir una «neutralización» absoluta de las creencias y convicciones de los trabajadores. En todo caso, se tendría que haber aplicado lo que el TC denomina principio de concordancia (sentencia 154/2002, de 18 de julio), o en expresión de FERREIRO, «que la prevalencia de uno de los derechos en conflicto [libertad de empresa] no signifique la aniquilación del otro [libertad religiosa]. En otras palabras, que el sacrificio de uno de esos derechos no vaya más allá de lo razonable»¹⁴. Afirma CONTRERAS MAZARÍO, no sin razón, que la argumentación de la Corte «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 las personas», resultando de este modo que lo que la Corte prohíbe «es la diferencia, al diferente, y la diferencia –debe recordarse– está en el propio origen de los derechos fundamentales»¹⁵.

Por lo que se refiere al caso *Bouagnaoui/Micropole*, no queda tan claro si el cliente (Groupama), que es quien se queja y por el que se llama al orden a la trabajadora, lo hace porque ésta lleva el *hiyab* o si lo hubiera hecho de igual modo de haber portado otro símbolo político, filosófico o religioso distinto. El TJUE no profundiza en la cuestión. Simplemente se remite a lo manifestado en el caso *Achbita/G4S*. Sí lo hace la Abogado General Sharpston, llegando incluso a defender que se ha podido producir una discriminación directa (conclusiones caso *Bouagnaoui/Micropole*, § 118). Concluye, a nuestro juicio, con acierto:

Cuando la propia actitud del cliente puede indicar que se 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 (esto es discriminación) basados en algunos de los criterios prohibidos. No se trata de que alguien pierda su empleo para ayudar al empresario a incrementar sus beneficios (§ 133).

En este punto llamamos la atención sobre el hecho de que la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE)¹⁶, en la que se fundamentan y legitiman (neutralidad

14. «Política del Gobierno en materia de libertad religiosa e integración del Islam», en COMBALÍA, Z., DIAGO DIAGO, M.ª del P., y GONZÁLEZ-VARAS, A. (coords.), *Derecho islámico e interculturalidad*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 398.

15. «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 (2017), págs. 610-611.

16. Art. 16 CDFUE: «Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales».

indumentaria como «objetivo legítimo») las actuaciones que comentamos, no es absoluta, y que tiene su límite en la protección de los derechos y libertades fundamentales de terceros. No es la primera vez que la Corte aduce este precepto para limitar los derechos de los trabajadores¹⁷, mas siempre se había mostrado partidaria de aplicar un criterio de ponderación («test de proporcionalidad») con el fin de lograr un equilibrio, caso por caso, entre las libertades en juego¹⁸. La actuación del TJUE, desafortunada y con escasa visión de futuro, se aparta de la línea que venía siguiendo hasta el momento. Resulta en este punto esclarecedor el artículo 5.4 del TUE¹⁹, en relación con el artículo 51 de la CDFUE²⁰, para los cuales el principio de proporcionalidad, que regula el ejercicio de las competencias de la UE, exige un equilibrio entre los fines perseguidos y los medios empleados, 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 privados. En otras palabras, el contenido y la forma de la acción (prohibición de vestir signos visibles religiosos) deben guardar proporción con la finalidad que se persigue (política de neutralidad). Volveremos más adelante sobre el principio de proporcionalidad.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO: DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Los asuntos son también analizados, si bien parcamente, desde el prisma de la discriminación indirecta, contemplada en el artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78²¹. Manifiesta el TJUE que la prohibición de portar signos políticos, filosóficos y religiosos 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 y fallo)²².

17. TJUE, sentencia de 18 de julio de 2013, *Mark Alemo-Herron y otros c. Parkwood Leisure Ltd.*, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521.

18. Vid. TJUE, entre otras, sentencias de 6 de diciembre de 2012, *Deutsches Weintor*, C-544/10, 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.

19. 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». Los criterios para aplicar el principio de proporcionalidad se recogen en el Protocolo n.º 2 anexo a los Tratados.

20. 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 y misiones definidas en los Tratados».

21. Art. 2.2.b) Directiva 2000/78: «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, 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 adecuados y necesarios (...)».

22. Sorprende este pronunciamiento. El TJUE va más allá de la consulta formulada por el tribunal belga, que en todo caso se limita a preguntar si debe considerarse discriminación directa la prohibición de llevar velo islámico derivada de una norma interna general sobre indumentaria. De forma unilateral, la Corte de Estrasburgo

Al margen de la proscripción general de discriminación indirecta establecida en el Estatuto de los Trabajadores²³, a tenor de lo dispuesto en la norma de transposición española –artículo 28.1.c) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social–, para que se produzca este tipo de discriminación, cabe establecer la concurrencia de cuatro elementos: 1) la existencia de una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral aparentemente neutros, lo que supone que no exista ánimo discriminatorio; 2) que la disposición, cláusula, pacto o decisión pueda ocasionar una desventaja particular a un trabajador respecto de otros; 3) que dicha desventaja se produzca por razón de religión o convicciones, y 4) que la disposición, cláusula, pacto o decisión no responda a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

La traslación por parte del TJUE de los reseñados requisitos a los dos casos sometidos a su enjuiciamiento permite inferir que es por lo que respecta al cuarto elemento donde aparecen claras diferencias entre una y otra sentencia y donde los tribunales

proporciona al órgano jurisdiccional remitente más orientación, respondiendo negativamente a la cuestión de si la norma interna incurre en discriminación indirecta. A nuestro juicio, la parte más controvertida de la sentencia, como veremos.

23. El Estatuto de los Trabajadores [Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, arts. 4.2.c) y 17.1] proscribire las situaciones de discriminación directa o indirecta en las relaciones laborales por razón de, entre otros motivos, de «origen, incluido el racial o étnico» y «religión o convicciones» como derecho básico de los trabajadores. Ello no obstante, las restricciones al uso del velo en lugares de trabajo, empresas, líneas aéreas, etc., por la obligación de llevar uniformes «deriva del propio contrato laboral, salvo que el trabajador llegue a un acuerdo con el empresario» (REGUEIRO GARCÍA, M.^a T., «Símbolos, prácticas y manifestaciones públicas», en SUÁREZ PERTIERRA, G., et al., *Gestión pública del hecho religioso*, UNED-Dykinson, Madrid, 2015, pág. 169). Para AMÉRIGO, si bien el uso de uniforme responde a una facultad organizativa del empresario derivada del contrato de trabajo, «la solución debe partir de alcanzar acomodos razonables en los convenios» [«El uso del velo islámico como símbolo de identidad religiosa», *BANDUE. Revista de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones*, 8 (2014-2015), pág. 168]. PÉREZ ÁLVAREZ distingue dos presupuestos en la resolución de los conflictos laborales a que dé lugar el uso del pañuelo: 1) su repercusión sobre las condiciones y características del servicio asociadas al puesto de trabajo (principio de proporcionalidad); y 2) la buena fe de la trabajadora en el momento de formalizar el contrato, resultando, pues, que «la adhesión voluntaria a las obligaciones derivadas del contrato constituye un límite justificado y razonable al uso de este tipo de vestimentas», tal como se desprende, además, de la doctrina del TEDH, sentencias *Buscarini y otros c. San Marino*, de 18 de febrero de 1999, ap. 24645/94, y *Pichon y Sajous c. Francia*, de 2 de octubre de 2001, ap. 49853/99 [«Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señales de identidad ideológica/cultural?», *Foro, Nueva Época*, 13 (2011), págs. 181-183]. Señala el TC, sentencia 106/1996, de 12 de junio (RTC 1996, 106), que los derechos fundamentales que la CE reconoce a los trabajadores como ciudadanos no pueden quedar suspendidos o eliminados por el hecho de la existencia de una relación contractual de carácter laboral. Sin embargo, el trabajador se encuentra en una situación de sujeción contractual respecto del empresario. Ello implica que su actividad se desarrolla dentro de una organización que tiene reconocidos otros derechos constitucionalmente protegidos, como es el regulado en el artículo 38, por lo que es necesario adaptarlos o flexibilizarlos para su ejercicio. Tal flexibilización tiene como centro de gravedad el principio de buena fe contractual. En virtud de éste, y adaptando el criterio al supuesto que nos ocupa, la empleada debe comunicar a la empresa, antes de la firma del contrato, su condición de profesante musulmana. De no hacerlo, prima la libertad de empresa sobre el derecho de libertad religiosa. De hacerlo, la modificación del contrato de trabajo sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el logro del legítimo interés empresarial (TC, sentencia 204/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 204)). Como no podría ser de otro modo, hallamos también restricciones al uso de velos y otras prendas de cariz religioso en las normas de seguridad e higiene en el trabajo y cuando se contravienen las disposiciones derivadas de la aplicación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

remitentes tendrán mayor margen de apreciación en su aplicación. En ambos casos, empero, la Corte parte del mismo punto al 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» (*Achbita/G4S*, apdos. 35 a 43; *Bougnaoui/Micropole*, apdo. 33) conforme al principio de proporcionalidad, a efectos del artículo 4.1 de la Directiva²⁴.

Como BANKEL señala con precisión, lo que realmente aporta de nuevo y controvertido el caso *Achbita/G4S* no es tanto la posibilidad de justificar la discriminación indirecta bajo ciertas condiciones, cuanto «the Court's interpretation of what may constitute a legitimate aim with regard the imposition of limits to the freedom of religion»²⁵. Y en efecto, con fundamento en la libertad de empresa consagrada en el artículo 16 de la CDFUE, el Tribunal califica de legítima la pretensión de un empresario de ofrecer una imagen de neutralidad ante sus clientes (apdos. 37 y 38).

A resultas de lo cual confirma que el medio (la disposición, cláusula, pacto o decisión que prohíbe el uso visible de signos políticos, filosóficos y religiosos) es adecuado para la correcta aplicación del objetivo perseguido, entendiendo por «correcta aplicación» que el objetivo, la neutralidad indumentaria, «se persiga realmente de forma congruente y sistemática» (apdo. 40)²⁶. El que el régimen de neutralidad fuera concretado en una norma interna confirmaría en sus propios términos que se persiguió de forma coherente y sistemática.

Para la Abogado General Kokott, la empresa cumple con el carácter adecuado de la prohibición, como requisito profesional, por darse la concurrencia de tres elementos: 1) ha utilizado la menos gravosa de las medidas «adecuadas» posibles; 2) la prohibición es clara e inequívocamente reconocible para los trabajadores; y 3) la norma no es en sí misma contradictoria (conclusiones caso *Achbita/G4S*, §§ 97, 102 y 103).

Por último, en lo que concierne al carácter necesario –dicho en otros términos, que la disposición, cláusula, pacto o decisión que impone la prohibición se limite a lo estrictamente indispensable–, el TJUE aplica la doctrina sentada en la sentencia de 13 de mayo de 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, con arreglo a la cual debe tratarse de una verdadera necesidad que responda a una exigencia efectiva de la empresa y que resulte idónea para alcanzar el objetivo propuesto²⁷. Visto desde esta perspecti-

24. 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 determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado».

25. «A Critical Commentary on the ECJ's Judgment in *G4S v Achbita*», *European Journal of International Law*, recuperado en junio de 2017 del blog de la revista EJIL:Talk!, <https://www.ejiltalk.org/a-critical-commentary-on-the-ecjs-judgment-in-g4s-v-achbita/>.

26. Se remite en este punto a las sentencias de 12 de enero de 2010, *Petersen*, C341/08, EU:C:2010:4; y de 10 de marzo de 2009, *Hartlauer*, C169/07, EU:C:2009:141. A contrario sensu –deducimos– si el régimen no se llevara a cabo de forma congruente y sistemática, se produciría discriminación. Con discutible criterio, FRASER BUTLIN habla concretamente de discriminación directa (art. cit., pág. 248).

27. C-170/84, EU:C:1986:204.

va, vincula la prohibición interna sobre indumentaria de manera directa y estricta a los trabajadores que estén en contacto con los clientes, ya que sólo así se consigue alcanzar la meta perseguida, esto es, ofrecer una imagen neutra de la empresa (caso *Achbita/G4S*, apdo. 42). Su postura, sin embargo, le lleva a no cerrar la puerta a una nueva indagación: recuerda que corresponde al juez nacional comprobar que la prohibición es necesaria y confinada a los trabajadores que interactúan con los clientes.

De cuanto se infiere que, si los jueces nacionales consideran probado que, tanto en *G4S* como en *Micropole*, existía un régimen general e indiferenciado en la materia anterior a la contratación de las *Sras. Achbita y Bougnaoui*, y que la prohibición afecta sólo a quienes están en contacto directo con los clientes, el despido se podrá entender objetivo y, por tanto, legítimo. Todo ello, a juicio de CONTRERAS MAZARÍO, sin perjuicio de que estos mismos jueces valoren 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 un contacto visual con los clientes, en lugar de proceder a su despido, en cuyo caso la respuesta deberá ser negativa y, en consecuencia, el despido ser declarado improcedente²⁸.

Caso *Achbita/G4S*, apdo. 43: 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.

Naturalmente, las cargas a que hace referencia este apartado no deben ser desproporcionadas respecto del fin perseguido. Quiere decirse que el principio de proporcionalidad debe responder o dar solución al conflicto entre los dos derechos —el derecho a la libertad de conciencia y religiosa de un lado, y la libertad de empresa del otro— de tal manera que se acredite por parte del empresario que el reconocimiento del derecho de libertad religiosa del trabajador supone una merma injustificada de los derechos propios de la empresa o que incide negativamente sobre las condiciones económicas del negocio, cuestiones ambas de difícil justificación en los casos que nos ocupan.

Con estos argumentos el TJUE parece abrazar el denominado acomodo razonable, «herramienta que permite eliminar el conflicto entre la necesidad del empleado de observar cierta conducta por motivos religiosos, y los requerimientos de las obligaciones laborales establecidas por el empleador»²⁹. El Tribunal la extiende, con fundamento en el artículo 5 de la Directiva, a la discriminación por motivos de religión o convicciones como instrumento (léase obligación jurídica) para la igualdad material³⁰.

28. Art. cit., pág. 612.

29. MARTÍN VIVES, J., «Acomodación razonable de la religión: un sabbatarian case en Argentina», versión preliminar del artículo enviado a *La Ley*, publicado posteriormente (febrero de 2015) en el *Suplemento de Derecho Constitucional* (AR/DOC/321/2015), recuperado en junio de 2017 del sitio de ResearchGate, file:///C:/Users/Administrador/Downloads/Acomodacinrazonabledelareligin20150118.pdf.

30. Al hilo de estas consideraciones, CONTRERAS MAZARÍO llega incluso a plantearse un supuesto de objeción de conciencia laboral que por razón de espacio no podemos desarrollar aquí (art. cit., pág. 605).

El acomodo razonable («religious accomodation» en inglés) hunde raíces en el Derecho federal de los Estados Unidos y evoluciona hasta el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964³¹. Aplicándolo, la Corte Suprema de aquel país ha emitido recientemente una importante sentencia, caso *Abercrombie*³², en la que falla a favor de la demandante, una mujer musulmana. Declara que, aunque el empleador tenga reconocido el derecho a prohibir el uso de sombreros o tocas entre sus empleados, tal política de empresa no descarta un posible acomodo o ajuste cuando un solicitante de empleo lo invoque por así exigirlo su práctica religiosa habitual (ajuste o acomodo «religioso»). Su no contratación no puede justificarse en un pretendido derecho de la empresa a preservar una imagen neutral.

Si bien la Sra. Kokott menciona explícitamente la sentencia en sus conclusiones al caso *Achbita/G4S*, no recomienda asumir sus postulados teóricos³³. Bien entendido, tampoco el TJUE los asume —no en parte, al menos— al priorizar las actividades económicas sobre la libertad religiosa. Al mismo tiempo que considera necesarios los ajustes razonables, convierte la neutralidad indumentaria en un factor legitimador o, si se prefiere, en un fin legítimo y proporcional *per se* para limitar el derecho de libertad religiosa de los trabajadores, marcando así distancias con la tradicional protección que los Estados Unidos brindan a la libertad religiosa, cuando lo cierto es que también desde la perspectiva del modelo social de la UE es más que discutible que la libertad de empresa comprenda el derecho de hacer cumplir una estricta política de empresa basada en un compromiso de neutralidad de cara a los clientes. Haciendo de la acomodación religiosa más la excepción que la norma, el TJUE se sitúa no sólo

31. Para un análisis en profundidad del ejercicio del derecho de libertad de conciencia en el ámbito de las relaciones laborales en los Estados Unidos, *vid.* CASTRO JOVER, A., *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el Derecho de Estados Unidos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005. La doctrina de la acomodación razonable ha sido también acogida por el Tribunal Federal de Frankfurt en 1992. Sobre el particular *vid.* ROSELL, J., «La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania», en MOTILLA, A. (ed.); *El pañuelo islámico en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 179-182.

32. Tribunal Supremo de los Estados Unidos, sentencia de 1 de junio de 2015, asunto 14-86, *EEOC/Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 U.S. 2015. La marca de ropa Abercrombie & Fitch Co decide no contratar a una mujer musulmana, Sra. Elauf, que se presenta a una entrevista de trabajo en una de sus tiendas de Oklahoma, debido a que manifiesta portar el pañuelo. La parte demandante argumenta que la compañía, que mantiene un estricto código de vestimenta que prohíbe a los empleados cubrirse la cabeza en sus centros, no contrató a la mujer por temor a que ésta, una vez contratada, solicitase acomodación al amparo de la ley, a la sazón, el citado título de la *Civil Right Act*, que obliga a los empleadores a ser «razonablemente flexibles» con las creencias religiosas de sus empleados, siempre y cuando estas ideas no supongan una carga excesiva para el negocio. Finalmente, la Corte Suprema dictamina que la empresa violó la ley y concluye con una decidida proclama a favor de la libertad religiosa.

33. Conclusiones caso *Achbita/G4S*, § 110: «(...) la búsqueda concreta de funciones alternativas para cada trabajadora supone un gran esfuerzo organizativo añadido para el empresario, que no toda empresa puede asumir sin más. A este respecto, merece especial consideración el hecho de que el legislador de la Unión sólo prescriba, como regla general, "ajustes razonables" para las personas con discapacidad "a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato" (artículo 5 de la Directiva 2000/78). En cuanto a otras características susceptibles de diferencia de trato, particularmente la religión, en cambio, el legislador de la Directiva 2000/78 ha optado por no exigir al empresario tales ajustes. Esto, obviamente, no excluye que puedan buscarse soluciones individuales atendiendo a la situación concreta, pero a este respecto no puede exigirse al empresario un gran esfuerzo organizativo, pues el trabajador no debe realizar determinadas prácticas religiosas necesariamente en el trabajo, sino que por lo general también las puede llevar a cabo durante su tiempo libre». El subrayado es nuestro.

en las antípodas de la jurisprudencia de la Corte norteamericana, sino que, lo que es aún más grave, pone de manifiesto su aparente incumplimiento de los principios que rigen los derechos y los intereses en juego, señaladamente los que proclaman sin remilgos la tutela y promoción de la diversidad cultural entre los Estados miembros y dentro de ellos³⁴.

Sintetizando, las Abogados Generales comienzan sus conclusiones recordando la necesidad de proteger los derechos y libertades ajenos como límite a la no discriminación. Ciertamente, el derecho de libertad de conciencia y religiosa no es absoluto. Sus límites vienen fijados, por lo que a la legislación comunitaria se refiere, en los artículos 52.1 de la CDFUE³⁵ y 2.5 de la propia Directiva³⁶, además del artículo 9.2 del CEDH³⁷. Pero, ¿hasta qué punto el interés empresarial basta para ponerle coto? Aquí las Abogados muestran criterios divergentes. Si una no lo cuestiona (conclusiones caso *Achbita/G4S*, §§ 88 a 93), la otra, por el contrario, defiende que ni el interés empresarial, de un lado, ni la relación clientela-empresa, de otro, resultan suficientes (conclusiones caso *Bouagnaoui/Micropole*, § 118).

En *Achbita/G4S* el TJUE juzga, en línea con el criterio de la Sra. Kokott, que existe un factor legitimador de la discriminación, pues es «legítima la voluntad [del empresario] de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado» (apdo.

34. Entre los objetivos clave de la UE que se especifican en el TUE figuran el de respetar «la riqueza de su diversidad cultural y lingüística» y velar «por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo» (art. 3). El artículo 22 de la CDFUE dispone que la «Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística». Decisiones como las que comentamos dan argumentos a los que defienden que el respeto y la promoción de la diversidad, tal y como deben ser practicados por las instituciones comunitarias, recaen exclusivamente sobre un concepto europeo de cultura del que el islam quedaría inexplicablemente postergado. En este sentido, buena parte de las críticas a la exposición pública del *hijab* parten de un subjetivismo cultural en el que se interpretan preceptos o tradiciones del islam con base en valores judeocristianos, no más propios de Occidente que los derivados del islam, cuando no de estereotipos y temores infundados. Por ello la Asamblea General del Consejo de Europa solicita a los Estados miembros que aseguren el conocimiento de las tres religiones monoteístas en la escuela o a través de la educación permanente (Resolución 1743/2010, de 23 de junio de 2010, §§ 20 y 21). «Esto permitiría conocer su origen común, sus similitudes y diferencias o el impacto de sus valores en el humanismo europeo moderno» [PELAYO OLMEDO, J. D., «Presupuestos jurídicos para el tratamiento de la diversidad religiosa en las aulas: el caso de los símbolos religiosos en el ordenamiento jurídico español», en POLO SABAU, R. (dir.); *Anuario de Derecho a la Educación*, Dykinson, Madrid, 2014, pág. 179]. Sobre la influencia que ha ejercido el Islam en Europa *vid. in totum* VERNET, J., *Lo que Europa debe al islam de España*, El Acantilado, Barcelona, 1999.

35. 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 los dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

36. Art. 2.5 Directiva 2000/78: «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».

37. 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».

37). Aduce como fundamento la libertad de empresa reconocida el artículo 16 de la CDFUE, pero no especifica en ningún momento el alcance de ese derecho en relación con las circunstancias del caso, con más motivo si cabe considerando que las normas aplicables no recogen el principio de neutralidad. Deduce de ello BANKEL que «the significance of the ruling in terms of providing guidance is insipid by the extent in which it rests on the notion of the principle of “religious neutrality” as a self-evidently legitimate aim»³⁸. Más aún, considera que dicha presunción no está suficientemente respaldada por la jurisprudencia del TEDH que el TJUE invoca³⁹. Además, en jurisprudencia anterior, la Corte ha reconocido repetidamente que la libertad de empresa, al igual que el derecho de libertad religiosa, tampoco es un derecho absoluto. Obviamente, los derechos fundamentales establecen límites al ejercicio discrecional de dirección de una empresa privada. En consonancia con ello, la jurisprudencia del TJUE ha impuesto restricciones claramente definidas, siempre respetando el contenido esencial del derecho⁴⁰.

En *Bouagnaoui/Micropole*, en cambio, la Corte matiza el razonamiento. Parte del hecho de que el despido no trae causa del incumplimiento de una norma interna, sino de las quejas de un cliente. Aunque el objetivo (neutralidad indumentaria) sigue siendo calificado de legítimo, la medida discriminatoria es ahora considerada desproporcionada y, por ende, injustificada⁴¹. Sigue en este punto las conclusiones de la Abogado General Sharpston, quien no duda en cuestionar dicha neutralidad como elemento integrante de la capacidad profesional ex artículo 4.1 de la Directiva 2000/78⁴². No en vano, la carta de despido de la Sra. Bouagnaoui se refiere expresamente a su competencia profesional⁴³.

Del análisis del referido artículo deducimos que, en determinadas circunstancias, una diferencia de trato que, de otro modo, constituiría una discriminación, puede quedar excluida del ámbito de aplicación de la Directiva si se basa en una característica que constituye un «requisito profesional». Con buen criterio, considera la Abogado

38. Art. cit.

39. TEDH, sentencia de 15 de enero de 2013, *Eweida y otros c. Reino Unido*, aps. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10.

40. TJUE, sentencias de 17 de diciembre de 2015, *Société Neptune Distribution contra Ministre de l'Économie et des Finances* (C-157/14, EU:C:2015:823); de 31 de enero de 2013, *Denise McDonagh contra Ryanair Ltd* (C-12/11, EU:C:2013:43); y de 6 de septiembre de 2012, *Deutsches Weintor eG contra Land Rheinland-Pfalz* (C-544/10, EU:C:2012:526).

41. Los meros deseos de un cliente no pueden considerarse «un requisito profesional» (apdo. 41 y fallo).

42. Art. 4.1 Directiva: «No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado».

43. La última línea de la carta reza así: «Lamentamos que se produzca esta situación [rescisión del contrato laboral], cuando tanto sus competencias profesionales como su potencial nos han hecho esperar que su colaboración con nuestra empresa fuera duradera». La transcripción completa de la carta figura en las conclusiones de la Abogado General, § 23.

General que esta excepción debe interpretarse de manera estricta⁴⁴, debiendo concurrir en ella cuatro elementos: 1) que el Estado miembro la haya «dispuesto»; 2) que la diferencia de trato esté «basada en una característica» relacionada con cualquiera de los motivos del art. 1 de la Directiva; 3) que se trate de un requisito profesional esencial y determinante, y 4) que las medidas no sean desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos, aunque sean adecuadas y necesarias para alcanzarlos y no se parta del hecho de que los objetivos son legítimos⁴⁵. En lo que concierne al primer requisito, el tribunal remitente cita un precepto del Código de Trabajo francés⁴⁶, norma que adapta el Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva (conclusiones caso *Bouagnaoui/Micropole*, § 91).

También se entiende cumplido el segundo. El TJUE viene sosteniendo que «no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica vinculada a dicho motivo la que debe constituir “un requisito profesional esencial y determinante”»⁴⁷. Aplicado el criterio al caso, la Sra. Sharpston señala que «en la medida en que el uso del pañuelo islámico constituye (o al menos debería considerarse) una manifestación de unas convicciones religiosas, una regla por la que se prohíbe el uso de tal prenda que cubre la cabeza puede claramente constituir “una característica vinculada” a la religión o a las convicciones» (conclusiones caso *Bouagnaoui/Micropole* § 93).

Ahora bien, habida cuenta de que la excepción implica la exclusión de auténticos grupos de personas que no responden al motivo en cuestión, matiza la Abogado General, conforme al Considerando 23 de la Directiva⁴⁸, que el requisito profesional no sólo debe ser «esencial», sino también «determinante», de modo que la excepción se limite a las cuestiones que sean estrictamente necesarias para desempeñar la actividad profesional en cuestión (conclusiones caso *Bouagnaoui/Micropole*, §§ 94 y 96). En consecuencia –concluye la Sra. Sharpston– la excepción no es aplicable:

En particular, nada sugiere que, por el hecho de llevar un pañuelo islámico, la Sra. Bouagnaoui no fuera capaz de realizar sus tareas como ingeniero de proyectos. (...) La discriminación directa no puede estar basada por motivos basados en un perjuicio económico potencial que pueda ser causado al empresario⁴⁹.

44. Cita en apoyo de su argumentación las sentencias del TJUE de 13 de septiembre de 2011, *Prigge y otros* (C447/09, EU:C:2011:573), y de 13 de noviembre de 2014, *Vital Pérez* (C416/13, EU:C:2014:2371).

45. Formula este último requisito a partir de las conclusiones presentadas en el asunto *Ingeniørforeningen i Danmark* por la Abogado General Kokkot (C499/08, EU:C:2010:248, § 68). Resumiendo, sostiene la Sra. Sharpston que «cuando existe discriminación indirecta por motivos de religión o convicciones, el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que los intereses empresariales constituyen una finalidad legítima a los efectos de dicha disposición. Sin embargo, tal discriminación sólo está justificada si es proporcionada a dicha finalidad» (conclusiones caso *Bouagnaoui/Micropole*, § 134).

46. Art. L. 1133-1 del Código de Trabajo.

47. Sentencia de 12 de enero de 2010, *Wolf* (C-229/08, EU:C:2010:3).

48. Considerando 23 Directiva 2000/78: «En muy contadas circunstancias, una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada a la religión o convicciones, a una discapacidad, a la edad o a la orientación sexual constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado». El subrayado es nuestro.

49. TJUE, comunicado de prensa n.º 74/16, de 13 de julio de 2016, *Conclusiones del Abogado General en el asunto C-188/15, Bouagnaoui y ADDH/Micropole SA*, recuperado en junio de 2017 del sitio de la CURIA, <https://>

El fallo de la sentencia adopta finalmente el criterio de la Abogado General:

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, (...) 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 esencial y determinante en el sentido de esta disposición.

No quiere decirse que la Sra. Sharpston descarte toda posibilidad de aplicación del artículo 4.1 de la Directiva a la prohibición de discriminación por motivos de religión o convicciones. De hecho, la acepta en dos contextos: el proselitismo religioso y la salud y la seguridad en el trabajo. Respecto de lo primero, realiza una clara distinción entre la libertad de una persona de manifestar su religión y la actividad proselitista, y concluye: «el proselitismo no tiene simplemente lugar en el ámbito laboral» (conclusiones caso *Bouagnaoui/Micropole*, § 73)⁵⁰. En lo relativo al ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo, adorna su razonamiento con dos ejemplos:

Sería posible que a un trabajador varón sij, que insiste por razones religiosas en llevar un turbante, se le prohíba efectuar un trabajo que requiera el uso de un casco protector. Lo mismo podría ocurrir con una mujer musulmana que trabaje con maquinaria potencialmente peligrosa y que, por el hecho de llevar determinadas prendas, podría exponerse a serios riesgos en materia de seguridad (§ 99).

Por último, en su análisis del cuarto elemento, la Abogado General subraya la importancia de alcanzar el «justo equilibrio» que concilie los distintos intereses en juego, es decir, el derecho del trabajador a manifestar sus convicciones religiosas y la libertad de empresa reconocida al empleador. Considera proporcionado prohibir el uso de vestimenta religiosa que cubra por completo los ojos y la cara (*v. gr.*, el burka) cuando el puesto de trabajo conlleva un contacto visual, presencial o no, con clientes; no lo es, en cambio, por no ocultar el rostro, el uso del pañuelo, si bien estima razonable que un empresario pueda exigir a las trabajadoras musulmanas que elijan uno del mismo color que el del uniforme o proponer una versión semejante del

curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-07/cp160074es.pdf. La nota de prensa no reproduce fielmente las palabras de la Abogado General. En sus conclusiones, la Sra. Sharpston manifiesta que «poco importa que la diferencia de trato constituya una discriminación directa o indirecta» y que, si bien el artículo 4.1 de la Directiva se aplica generalmente a supuestos de discriminación directa, «no es impensable que tal discriminación pueda ser indirecta» (§ 95, nota 85).

50. Es preciso afirmar que para el TEDH (sentencias de 25 de mayo de 1003, *Kokkinakis c. Grecia*, ap. 14307/88, y de 24 de febrero de 1998, *Larísis y otros c. Grecia*, ap. 23372/94) el proselitismo forma parte del contenido del derecho de libertad religiosa. Diferencia los actos de mera propaganda religiosa, asimilable a la evangelización, del proselitismo absoluto o abusivo. Sería justamente este tipo de proselitismo el que no concuerda con el respeto debido a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión ajenos. *Vid.* MARABEL MATOS, J. J., *ob. cit.*, págs. 254 y 255. Para LLAMAZARES, el proselitismo «tiene la pretensión no sólo de enseñar o informar, sino de convencer en muchos casos sobre la base de un mandato con raíces en el dogmatismo. También tiene aquí [libertad para expresar y manifestar, o no, las convicciones (creencias, ideas) u opiniones] su fundamento. Pero con un límite infranqueable de difícil determinación: el derecho de los demás a la libre formación de su conciencia» (*Derecho de la libertad de conciencia*, t. I. *Libertad de conciencia y laicidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2002, pág. 22). Sobre el proselitismo abusivo *vid.* BUENO SALINAS, S., y GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.ª J., *Proselitismo religioso y Derecho*, Comares, Granada, 2002, págs. 1-12.

pañuelo cuando la política de empresa imponga el uso de uniformes (conclusiones caso *Bougnauil/Micropole*, § 123)⁵¹. También estima justificadas, siempre, las políticas que obliguen a llevar símbolos religiosos con discreción (§ 124)⁵². Aprecia, por el contrario, como irrelevante el número de horas de trabajo efectivas que el empleado esté en contacto directo con clientes (§§ 130 y 131). No lo es el dato relativo a las dimensiones de la empresa. Lo que puede no estar justificado para una empresa pequeña (menos recursos, menos posibilidades de reubicación), puede entrar dentro de las contingencias asumibles de una grande (§ 125).

La Corte hace suyo el argumento en el asunto *Achbita/G4S*, aunque desvirtuándolo. El que la prenda cubra o no el rostro de la trabajadora resulta irrelevante para la Sala. Considera injustificada la decisión de G4S de despedir a la trabajadora, sólo si se constata que no le ofreció un puesto de trabajo que evitara el contacto directo con clientes (apdo. 43). De hecho, legitima la prohibición de los símbolos religiosos que son meramente «visibles». Tienen razón quienes ven en este «nuevo orden» una proyección de la filosofía política del secularismo más rígida que la tradicional francesa⁵³.

No sólo la contemplada en el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78. En realidad, ninguna de las excepciones al principio de igualdad de trato establecidas en ella resulta aplicable al caso, a juicio de la Sra. Sharpston. No lo es la idea de la conveniencia de prohibir la indumentaria religiosa en los centros de trabajo para la tutela de los derechos y libertades individuales indispensables para el desenvolvimiento de una sociedad democrática (art. 2.5), si bien de los autos no se desprende que el Gobierno francés haya adoptado medidas para dar efecto a esta excepción⁵⁴. Como tampoco la prevista en el artículo 4.2 para «las actividades profesionales de iglesias y otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona», dado que las actividades de Micropole no se inspiran en un ideario concreto (la medida de neutralidad adoptada por la empresa lo corrobora). Finalmente, por lo que respecta a las excepciones que figuran en los artículos 6 y 7, la Sra. Sharpston las despacha tildándolas, sin más, de «irrelevantes a efectos del presente asunto»⁵⁵.

51. La Abogado General Kokott defiende, en cambio, que «cuando un símbolo religioso forma parte del uniforme, el empresario está abandonando incluso el sendero de la neutralidad por él mismo elegido» (cfr. conclusiones caso *Achbita/G4S*, §§ 105-107).

52. Asume *mutatis mutandis* los razonamientos del Dictamen del Consejo de Estado francés, de 27 de noviembre de 1989, y el Informe Stasi (publicado el 11 de diciembre de 2003 por la *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République*), consagrados normativamente en la Ley 2004-228, de 15 de marzo de 2004, *encadrant, en application du principe de laïcité, le port des signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*. Esta ley fue declarada conforme al CEDH por el TEDH, sentencia de 4 de diciembre de 2008, *Kervanci c. Francia*.

53. PIN, A., art. cit., pág. 6.

54. Tratándose de una prenda que no cubre la cabeza y de una actividad laboral que no exige el uso de prendas especiales al efecto, no cabe deducir que el empleo del pañuelo suponga o pueda suponer un factor que en los presentes casos afecte ni a la seguridad ni a la salud públicas, en los términos establecidos en el art. 2.5 de la Directiva 2000/78.

55. Conviene apuntar que, a excepción de la cláusula de escape del artículo 4.1, coloca las excepciones dentro del marco de la discriminación directa (conclusiones caso *Bougnauil/Micropole*, §§ 103-108).

V. REFLEXIONES FINALES

Aunque el resultado es el mismo en ambos casos (desestimación de las demandas por discriminación fundada en la religión) las sentencias analizadas revelan diferencias tanto en los supuestos de hecho como en los fundamentos jurídicos.

Aplicando el principio de igualdad formal, el TJUE da la razón a las empresas que por un imperativo de neutralidad indumentaria proscriben el uso del velo a las trabajadoras musulmanas que mantienen un contacto directo con los clientes. No proscribe el *hiyab* como signo de identidad islámico, sino el uso de cualquier símbolo político, filosófico o religioso (incluidos cruces cristianas, *kipot* judías o turbantes sij), sin distinción, cuando una sociedad mercantil, en el ejercicio de su libertad empresarial, decide proyectar, como parte de su estrategia comercial, una imagen de neutralidad. Resuelve el Tribunal en los casos de autos que, dado que no ha quedado demostrado que el reglamento interno prohibiera únicamente el uso del velo islámico, ni que se permitiera a otros empleados vestir signos políticos, filosóficos o religiosos de otra clase, no se produce discriminación directa.

Discrepamos respetuosamente de la argumentación expuesta. Coincidimos con la Abogado General Sharpston en que la prohibición de vestir símbolos de obligado cumplimiento para algunas religiones supone en la práctica que sus fieles no puedan optar o ser destinados a cierto tipo de empleo allí donde las empresas la imponen. Prohibición que, dicho sea forzosamente, no afecta a quienes no profesan ninguna religión o a quienes profesan otras religiones que no exigen símbolos de fe visibles. He aquí un ejercicio palpable de discriminación directa que convendría no eludir.

Discrepamos también del criterio que mantiene el TJUE sobre que la neutralidad constituye un objetivo legítimo automático e indefectible (asunto *Achbita/G4S*). Tal afirmación socava seriamente, a nuestro entender, el papel del TJUE en el arreglo de las controversias que tienen como telón de fondo el necesario equilibrio de los derechos de los empleados y los empleadores, permitiendo que una empresa introduzca una norma que prohíbe los símbolos religiosos en el lugar de trabajo por mero antojo, sin posibilidad de que se examinen ni revisen las bases de la decisión que impone la pretendida neutralidad. A pesar de que la Corte adopta una posición garantista al extender la doctrina de los ajustes razonables a supuestos de discriminación por razón de religión o convicciones (acomodación «religiosa») cuando la normativa sólo la contempla en relación con las personas con discapacidad (art. 2.5 Directiva 2000/78), lo hace por la puerta de atrás. Se hace evidente que este escenario es contrario a los objetivos de cohesión económica y social que la propia Directiva persigue. Coincidimos con FRASER BUTLIN en que «the suggested proportionality exercise hints at ghettoisation: those who want to manifest their religion or belief will be hidden from sight»⁵⁶.

Al margen de ello, cabría cuestionarse si la respuesta del TJUE hubiera sido la misma 1) de ser otros los Estados involucrados, pues a nadie se oculta que Bélgica y Francia han sido los primeros Estados miembros de la UE en legislar contra el uso

56. Art. cit., pág. 248.

en espacios públicos de prendas de vestir que cubren el rostro⁵⁷; y 2) de ser otros los derechos fundamentales afectados, en particular los derivados de las libertades política y sindical. Y ello porque, por sorprendente que parezca, se asume como una elección puramente subjetiva la decisión de vestir símbolos religiosos. Resulta cuando menos insólito que broten prejuicios religiosos allí donde la sociedad europea no parece estar dispuesta a transigir con la idea de limitar los valores superiores de la democracia o de poner coto a las libertades ideológica y de pensamiento más que cuando resulte manifiestamente necesario para la preservación de aquellos valores. Acaso haga falta apelar al sustrato común del cual brotan las libertades ideológica y religiosa para evidenciar lo inherentes que son para el hombre sus convicciones y creencias como rasgos estructurantes de su identidad personal y social.

Lamentablemente, la Corte evita profundizar en los temas que subyacen al concepto de igualdad material, como sostiene CONTRERAS MAZARÍO, «al no ofrecer ninguna explicación sustancial a cómo las medidas de restricción a) deben estar prescritas por la 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»⁵⁸. Pierde, por consiguiente, una muy buena ocasión para pronunciarse sobre las condiciones que prefiguran el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa de manera exhaustiva.

Hay que reconocer, sin embargo, que el Tribunal de Estrasburgo emite un juicio más equilibrado en *Bouagnaoui/Micropole*. Derivada justamente de la regla que establece la necesidad de neutralidad en el puesto de trabajo y de la cláusula de escape del art. 4.1 de la Directiva 2000/78, puede no obstante producirse discriminación cuando el hecho de llevar pañuelo islámico no tenga relación directa con la actividad profesional desempeñada, no pudiendo en cualquier caso considerarse un requisito profesional esencial y determinante 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 porte el pañuelo.

A la vista de estas dos importantes resoluciones, no es correcto afirmar sin más, como han venido haciendo analistas políticos de diferentes medios europeos e internacionales, que el TJUE faculta a las empresas a prohibir el uso del pañuelo islámico en los centros de trabajo⁵⁹. Pese a ello, hay que reconocer que en tanto que la Corte Suprema de los Estados Unidos (vía Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964) busca el equilibrio entre el derecho fundamental de libertad religiosa y la libertad de empresa, el Alto Tribunal europeo parece dar prioridad a las actividades económicas y sacrifica

57. Ley francesa 2010-1192, de 11 de octubre de 2010, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* (JO de 12 de octubre de 2010). La norma ha sido respaldada por el TEDH en sentencia de 1 de julio de 2014, *SAS c. Francia*, ap. 43835/11.

58. Art. cit., pág. 613. En el mismo sentido HOWARD, para quien la Corte «has missed the opportunity to take a strong lead in providing protection against religion or belief discrimination and against discrimination of minorities» («Islamic headscarves and the CJEU», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, ed. online de 21 de agosto de 2017, abstract).

59. Vid. la edición digital de 14 de marzo de 2017 de medios como *The Washington Post* y *The Herald News*, en el ámbito internacional, o *ABC* en la prensa española, entre otros.

el pluralismo en lugar de protegerlo. Sostiene PIN, no sin cierta acritud, que «with its dry, quasi-oracular phrasing, Achbita has widened the gap with the United States, embraced the French approach, and ultimately stricken a blow to the possibility of integrating Islam in the field where most social relationships start, deepen, and broaden: the workplace»⁶⁰.

Así y todo, no es menos cierto que, dentro del marco del artículo 2.2.b) de la Directiva, queda aún cierto margen para atemperar tales prioridades. Incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes belga y francés sopesar una decisión que bien puede limitar las restricciones de las libertades afectadas a lo estrictamente ineludible, dentro naturalmente de las limitaciones impuestas por el TJUE. Y en este sentido –permítasenos la licencia– convendría que los magistrados no perdieran de vista, de un lado, que «el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal»⁶¹, y de otro, que el derecho a manifestar una creencia es un derecho fundamental «porque una sociedad democrática sana debe tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad»⁶².

En efecto, el pluralismo de ideas, la tolerancia y el espíritu de apertura son, además de características de una sociedad democrática, valores a los que los europeos no podemos renunciar. Valores que nos hacen diferentes frente al mundo, que nos caracterizan como europeos. Análisis recientes muestran cómo el desprestigio de las instituciones de la UE y el deterioro de los derechos civiles y políticos tienen una incidencia absoluta en la desafección ciudadana con la UE⁶³, percibida hoy no como una entidad que podría ser útil para alcanzar objetivos de integración y terminar con las diferencias, construida de abajo a arriba, sino como instrumento al servicio de las grandes empresas y los mercados financieros internacionales, que impone drásticas políticas de ajuste económico y que ha dado la espalda a los ciudadanos, olvidando su objetivo de velar por su bienestar y provocando, en cambio, la contracción –cuando no liquidación– de logros sociales aparentemente consolidados. Pasos como los dados por el TJUE en sus sentencias *Achbita/G4S* y, en menor grado, *Bougnaoui/Micropole* no apuntan precisamente en la dirección deseable, la de una UE más social, justa y solidaria. Más Europa, en definitiva.



60. PIN, A., art. cit., pág. 7.

61. Considerando 9 de la Directiva 2000/78.

62. TEDH, sentencia de 15 de enero de 2013, *Eweida y otros c. Reino Unido*, aps. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10.

63. PORTEIRO, C., «La punta del iceberg de la desafección ciudadana con la UE», en *La Voz de Galicia*, 26.06.2016. Recuperado en junio de 2017 del sitio del diario, https://www.lavozdegalicia.es/noticia/internacional/2016/06/26/punta-iceberg-desafeccion-ciudadana-ue/0003_201606G26P5991.htm.