

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO, LIBERTAD RELIGIOSA Y RELACIONES ENTRE PARTICULARES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA*

Anti-discrimination law, religious freedom and relations between individuals in European Union Law

Pablo Nuevo López

Profesor Agregado de Derecho Constitucional
Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona
pnuevo@uao.es

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp389-404](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp389-404)

Recibido: 18.07.2017

Aceptado: 28.11.2017

Resumen

A raíz de dos casos de despido de trabajadoras musulmanas por llevar el velo islámico en el lugar de trabajo, el Tribunal de Justicia ha debido analizar el impacto del derecho antidiscriminatorio en la libertad religiosa y la libertad de empresa. En el presente trabajo, partiendo del análisis de las Sentencias del Tribunal de Luxemburgo, se estudia la posición del Tribunal en algunas cuestiones relevante de teoría de los derechos fundamentales, especialmente sobre la eficacia horizontal de los mismos.

Palabras clave

Libertad religiosa, derechos fundamentales, derecho antidiscriminatorio, eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Nuevo López, Pablo. 2017. «Derecho antidiscriminatorio, libertad religiosa y relaciones entre particulares en el Derecho de la Unión Europea». *Estudios de Deusto* 65, n.º 2: 00-00. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp389-404](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp389-404).

Abstract

Following two cases of the dismissal of Muslim women workers for wearing the Islamic veil at the workplace, the Court of Justice has analyzed the impact of anti-discrimination law on religious freedom and freedom of enterprise. In the present work, departing from the analysis of the Judgments of the Luxembourg Court examines the Court's position on some relevant issues of the theory of fundamental rights, especially the question about their horizontal effect.

Keywords

Religious freedom, fundamental rights, anti-discrimination law, horizontal effect of fundamental rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL LUGAR DE TRABAJO. III. CUESTIONES CONTROVERTIDAS. 1. Discriminación directa o indirecta. 2. Sobre la licitud de la norma empresarial que exige neutralidad. 3. Libertad religiosa y relaciones entre particulares. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha convertido en un lugar común afirmar que desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha crecido notablemente el número de casos en los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJ) debe decidir sobre temas relacionados con los derechos fundamentales¹.

La actividad jurisdiccional en materia de derechos fundamentales no se extiende únicamente a los relacionados con las libertades económicas o el espacio de libertad, seguridad y justicia, sino que está alcanzando derechos clásicos, como la libertad religiosa².

En el primer semestre de 2016 se plantearon dos casos, extremadamente parecidos, en los que a propósito de la prohibición de discriminación y la igualdad de trato en el empleo el Tribunal de Luxemburgo ha tenido que abordar aspectos importantes del derecho a la libertad religiosa³. Así, en dos Sentencias de 14 de marzo de 2017 el TJ ha debido pronunciarse sobre el derecho a manifestar las convicciones religiosas (dimensión externa del derecho), la posibilidad de actuar en el ámbito laboral en coherencia con las convicciones religiosas así como, en consecuencia, la eficacia de este derecho en las relaciones entre particulares.

Si las cuestiones planteadas en estos casos justifican prestar atención a ambos, ésta debe ser mayor por cuanto, en sus respectivas Conclusiones, las

¹ Cfr. G. De Búrca, «After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a Human Rights adjudicator?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20/2 (2013): 168-184, especialmente, p. 170.

² Desde el comienzo del proceso de integración europea hasta la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE el Tribunal de Luxemburgo únicamente tuvo que ocuparse en una ocasión –y en cierto modo, indirectamente– del derecho de libertad religiosa. Se trata del Caso Prais c. Consejo (C-130/75), resuelto por Sentencia de 27 de octubre de 1976.

³ Asunto C-157/15, Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV; y C-188/15, Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l’homme c. Micropole SA.

Abogadas Generales Kokott⁴ y Sharpston⁵ llegaron a resultados claramente contradictorios.

II. TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y EL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL LUGAR DE TRABAJO

Tanto en el Asunto C-157/15 como en el C-188/15 la cuestión consiste en determinar si la prohibición de discriminación por motivos de religión convierte en ilegal el despido de una trabajadora, musulmana practicante, que se niega a cumplir con la instrucción del empresario de no llevar velo ni pañuelo cuando se relaciona con los clientes de la empresa.

Por lo que respecta a las circunstancias del caso C-157/15, debe señalarse que la Sra. Achbita es una mujer de religión musulmana, que trabajaba de recepcionista en G4S, una empresa de seguridad. En función de las tareas a realizar, en ocasiones debía llevar a cabo su trabajo en dependencias de la empresa para la que trabajaba, y en ocasiones debía prestar servicio en las dependencias de otras empresas, clientes de su empleadora.

Según se desprende de los hechos del caso, en la empresa existía una norma no escrita con arreglo a la cual los trabajadores tenían prohibido llevar símbolos religiosos, políticos o filosóficos en el trabajo.

Entre los años 2003 y 2006, la Sra. Achbita desempeñó su trabajo llevando el velo únicamente fuera del trabajo, realizando sus tareas con la cabeza descubierta durante la jornada laboral. A partir del 15 de mayo de 2006 comenzó a trabajar portando el velo, sin atender las solicitudes de la dirección de la empresa de quitárselo. Ante la negativa de la Sra. Achbita de quitarse el velo en el trabajo, la empresa procedió a despedirla el 12 de junio de 2006. Además, el 13 de junio de 2006 la empresa aprobó, con el acuerdo del Comité de Empresa, un Reglamento de régimen interno incluyendo una prohibición expresa de portar símbolos religiosos, políticos o filosóficos en el trabajo.

La Sra. Achbita demandó a la empresa y el tribunal nacional, para resolver el asunto, debía analizar si los hechos descritos eran constitutivos de una discriminación por razón de religión en el ámbito laboral⁶.

⁴ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas en fecha 31 de mayo de 2016, Asunto C-157/15, Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV.

⁵ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas en fecha 13 de julio de 2016, Asunto C-188/15, Samira Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme c. Micropole SA.

⁶ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas en fecha 31 de mayo de 2016, Asunto C-157/15, Apartados 17-23; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, Apartados 10-18.

Por lo que respecta al Asunto C-188/15, la Sra. Asma Bougnaoui –también de religión musulmana, como la Sra. Achbita– fue contratada en julio de 2008 como ingeniero de proyectos por Micropole, SA, empresa en la que había realizado prácticas durante la carrera. Como es habitual en las firmas de consultoría, en ocasiones debía realizar su trabajo en la sede de los clientes de Micropole, SA.

A raíz de las quejas de una compañía cliente de su empresa, que manifestó a la empleadora de la Sra. Bougnaoui que le había molestado que la trabajadora llevara el velo islámico a diario, en junio de 2009 fue despedida por no haber atendido al requerimiento realizado por la empresa de que se abstuviera de llevar el velo. Además, de los hechos del caso parece quedar acreditado que la empresa ya en el momento de la contratación había advertido a la Sra. Bougnaoui que no siempre podría llevar el velo, siendo política de la empresa imponer la discreción en la expresión de las opciones personales de los trabajadores. De ahí que, al considerar Micropole, SA que la adecuación de vestimenta a esa política de la empresa era una exigencia profesional no asumida por la trabajadora, procedió a despedir a la Sra. Bougnaoui. El Tribunal laboral de París consideró el despido procedente. Tras recurrir ante el Tribunal de Apelación, que confirmó la Sentencia del Tribunal laboral, la Sra. Bougnaoui procedió a interponer recurso de casación ante la Cour de Cassation (Tribunal Supremo), órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo⁷.

Como puede apreciarse, en ambos asuntos la cuestión a dilucidar era si hechos como los descritos pueden considerarse discriminación por motivos de religión. Para ello, el Tribunal de Justicia debía interpretar 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 ocupación⁸.

Con carácter previo, debe ponerse de manifiesto que en ambos casos se trata de relaciones laborales de carácter privado, de modo que tanto la argumentación de las respectivas Abogadas Generales como la del Tribunal de Justicia debe entenderse aplicable únicamente al sector privado, sin que deba necesariamente extenderse a los trabajadores del sector público⁹.

⁷ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas en fecha 13 de julio de 2016, Asunto C-188/15, Apartados 22-26; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 188/15, Apartados 13-18.

⁸ DO L 303, de 2 de diciembre de 2000.

⁹ En este sentido, y teniendo en cuenta que se trata de una cuestión especialmente sensible en Francia, en sus Conclusiones la Abogada General Sra. Sharpston expresamente deja constancia de que se limita a analizar la aplicación de la Directiva 2000/78 en el sector privado, llegando a afirmar lo siguiente: «quiero dejar claro que no acepto ni recha-

Excluidos los posibles conflictos que puedan presentarse en el sector público entre libertad religiosa del trabajador y neutralidad o laicidad del Estado, son varias las cuestiones que surgen al hilo de los casos expuestos. Así, procede analizar si conductas como las descritas deben considerarse discriminación directa o indirecta (i), si en ejercicio del derecho de libertad de empresa pueden considerarse legítimas normas como las de G4S y Micropole, SA, justificando en consecuencia el despido de aquél trabajador que se niega a cumplir con la norma empresarial (ii), y si el derecho de libertad religiosa rige en las relaciones entre particulares (iii).

III. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

1. *Discriminación directa o indirecta*

Como es sabido, la discriminación es una diferencia de trato que no está justificada; constituye una vulneración del principio de igualdad, del que la igualdad de trato no es más que una concreción¹⁰.

La Directiva 2000/78 define la discriminación directa en su art. 2.1.a) como un trato menos favorable por alguno de los motivos que, como categorías sospechosas, enumera el art. 1¹¹. Asimismo, considera que habrá discriminación indirecta cuando «una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o una convicción, con una discapacidad, de una edad o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas (...)» (art. 2.1.b)).

De este modo, la discriminación puede darse ya sea cuando la diferencia de trato tiene su origen en el motivo de la decisión que proporciona un trato desfavorable (discriminación directa) como cuando esta diferencia es un efecto –no necesariamente querido– de una decisión a priori respetuosa con la igualdad¹².

Como la diferencia de trato constituiría un supuesto de discriminación directa si hubiera sido adoptada (en la intención del agente, esto es, de la empresa en cuestión en cada caso) por razón de la religión de la trabajadora, lo primero que hace el Tribunal de Justicia es abordar qué concepto de

zo la postura del Gobierno francés en cuanto a la aplicabilidad del principio de laicidad al empleo en el sector público» (Apartado 81).

¹⁰ Vid. A. Mangas, «Art. 21. No discriminación», A. Mangas (Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (Fundación BBVA, Bilbao, 2008), 396-408.

¹¹ Religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual.

¹² J. Finnis, «Equality and Differences», *Oxford Legal Studies Research Paper*, No. 72/2012, 10.

religión debe tenerse en cuenta. Esto es necesario, ya que la Directiva 2000/78 a pesar de hacer referencia a la religión como causa de discriminación no procede a definirla.

En este punto, el Tribunal de Luxemburgo señala que el concepto de religión de la Directiva debe ponerse en relación con el derecho de libertad religiosa consagrado en el art. 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, para pasar a resaltar a continuación que tanto de las Explicaciones oficiales sobre la Carta¹³ como de las tradiciones constitucionales comunes debe darse a este derecho el alcance del derecho del art. 9 del CEDH¹⁴. De ahí que considere el TJ que como las normas citadas acogen «una acepción amplia del concepto de religión» y puede presumirse que el legislador quiso asumir el mismo enfoque, la Directiva protege «tanto el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa»¹⁵.

Por lo que respecta al primer caso (el de la Sra. Achbita), dado que la norma empresarial cuyo incumplimiento motivó su despido tiene como finalidad garantizar la neutralidad de la empresa, y por ello se refiere indistintamente a todo tipo de signos visibles que remitan a convicciones de cualquier tipo (ideológicas, filosóficas o religiosas), concluye el Tribunal que trata por igual a todos los trabajadores, por lo que estima que no constituye un supuesto de discriminación directa por motivos de religión¹⁶.

Parece haber acogido el Tribunal, en este extremo, la argumentación de la Abogada General Kokott. En su opinión, la discriminación directa exige que la diferencia de trato venga motivada por la religión, considerando que de los hechos del caso se desprendería que no se daba una diferencia de trato entre religiones, pues la norma de la empresa prohíbe todo signo religioso, y no sólo el

¹³ Sobre el valor de las Explicaciones oficiales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, vid. A. Mangas, «Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales», A. Mangas (Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (Fundación BBVA, Bilbao, 2008), 68-70.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, Apartados 25-27. Sobre la identidad de contenido entre la libertad religiosa en la CDFUE y en el CEDH vid. J. Martín y Pérez de Nanclares, «Artículo 10. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», A. Mangas (Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (Fundación BBVA, Bilbao, 2008), 260 y ss.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, Apartado 28.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, Apartado 30. Con todo, de la argumentación del propio Tribunal se desprende que si estariamos ante un caso de discriminación directa si la norma empresarial fuera aplicada de manera selectiva (sólo a las mujeres musulmanas, por ejemplo), cuestión fáctica que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente.

pañuelo de las mujeres musulmanas. Tampoco consideró la Abogada General que hubiera una diferencia de trato en relación con las personas no religiosas, pues la norma de la empresa prohíbe asimismo que los trabajadores lleven símbolos expresivos de sus convicciones ideológicas o filosóficas¹⁷.

Por lo que respecta al caso de la Sra. Bougnaoui, el Tribunal de Justicia se muestra especialmente cauto, por considerar que en la presentación del relato fáctico falta información para calificar la conducta de la empresa, y en consecuencia determinar si la diferencia de trato está directamente basada en la religión o las convicciones o se trata de una diferencia de trato basada indirectamente en esos motivos. En cualquier caso, a la luz de la argumentación expuesta en el caso de la Sra. Achbita, en el caso de que en la empresa de la Sra. Bougnaoui hubiera una norma sobre neutralidad como la existente en la empresa de la Sra. Achbita el TJ tampoco consideraría que nos encontraríamos en presencia de una discriminación directa por motivos de religión.

En este extremo, aun sin hacer referencia expresa a ello, la Gran Sala se aparta de la opinión formulada por la Abogada General Sharpston en sus Conclusiones. Aunque los hechos del caso –tal y como figuran en la petición de decisión prejudicial– no permitían analizar con precisión lo sucedido, en su opinión era evidente que el despido de la Sra. Bougnaoui estuvo motivado por el código de vestimenta de su empleador, código aplicable a todas las religiones y convicciones. Dicho lo anterior, y aun cuando la Sra. Bougnaoui no fue despedida por su religión, a juicio de la AG Sharpston fue la manifestación de su religión lo que motivó el despido, por lo que debía considerarse aplicable la prohibición de discriminación de la Directiva 2000/78¹⁸, concluyendo que

«parece imposible llegar a otra conclusión que no sea la de que, a causa de su religión, la Sra. Bougnaoui fue tratada de manera menos favorable que otra persona que se encontrara en una situación análoga. Un ingeniero de proyectos de Micropole que no hubiera optado por manifestar sus convicciones religiosas llevando una vestimenta particular no habría sido despedido. El despido de la Sra. Bougnaoui constituye por tanto una discriminación directa contra ella por motivos de su religión o de sus convicciones, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78»¹⁹.

Sentado lo anterior, una vez concluido por parte del Tribunal que en ninguno de los casos analizados nos encontramos ante supuestos de discriminación

¹⁷ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas en fecha 31 de mayo de 2016, Asunto C-157/15, Apartados 47-56.

¹⁸ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas en fecha 13 de julio de 2016, Asunto C-188/15, Apartado 85.

¹⁹ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas en fecha 13 de julio de 2016, Asunto C-188/15, Apartado 88.

directa el Tribunal pasa a analizar si puede considerarse discriminación indirecta.

En el caso de la Sra. Achbita el TJ concede que una norma empresarial como la que origina el litigio principal establece una diferencia de trato entre aquellos trabajadores que expresan con su indumentaria sus convicciones y aquellos que no lo hacen; diferencia de trato que, como es obvio, no afecta del mismo modo a todos los trabajadores, pues mientras que para unos únicamente implicará el tener que adaptar su vestimenta a las exigencias de neutralidad de la empresa, para otros tendrá el efecto de restringir la libre manifestación de sus creencias. Estando ante un supuesto de norma aparentemente neutral que comporta, de hecho, una desventaja particular a quienes tienen una determinada convicción, resulta claro que la referida norma empresarial podría constituir un ejemplo de discriminación indirecta.

No obstante, la propia Directiva 2000/78 establece que una diferencia de trato como la descrita no constituirá discriminación indirecta si puede justificarse por perseguir una finalidad lícita, siempre que los medios para ello sean adecuados y necesarios.

2. *Sobre la licitud de la norma empresarial que exige neutralidad*

El art. 2.2.b) de la Directiva establece que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros que ocasione una desventaja particular a personas que forman parte de las categorías sospechosas no constituirá discriminación indirecta si dichas disposiciones, criterios o prácticas pueden justificarse objetivamente por responder a una finalidad legítima, siempre que los medios empleados sean adecuados y necesarios.

Para el Tribunal de Luxemburgo una norma empresarial como la que da origen al caso responde a una finalidad legítima, debiendo considerarse conforme a Derecho la voluntad de la empresa «de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes», voluntad que no es más que la proyección en las relaciones con los clientes de la libertad de empresa del empresario²⁰.

Dicho lo anterior, además de responder a una finalidad legítima la licitud de la norma empresarial requiere que sea adecuada y necesaria. De entrada, para considerar que la norma es adecuada el Tribunal de Luxemburgo considera que, además de apta para conseguir el fin (en este caso, que permite de forma razonable garantizar la neutralidad de la empresa) la norma empresarial debe garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, lo

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, Apartados 37 y 38.

cual implica «que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática»²¹.

Por su parte, para considerar que la norma empresarial con la prohibición controvertida es necesaria «procede comprobar si ésta se limita a lo estrictamente necesario», siendo relevante, por ejemplo, si la prohibición afectaba a todos los trabajadores de G4S o únicamente a los que están en contacto con los clientes. Asimismo, y en relación con el despido, a juicio del Tribunal de Luxemburgo, el órgano jurisdiccional remitente debe analizar si era posible algún tipo de acomodo razonable²² (esto es, «tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello representara una carga adicional para ésta») antes de proceder al despido de la Sra. Achbita, como por ejemplo destinarla a un puesto de trabajo que no conllevara contacto visual con los clientes.

Aun cuando lo formula en condicional (pues el TJ señala que de los hechos descritos por el órgano judicial remitente no permite saber con claridad si la diferencia de trato trae causa directa o indirecta de las convicciones religiosas de la empleada despedida), el Tribunal de Luxemburgo se pronuncia de idéntico modo en el caso de la Sra. Bougnaoui.

A este respecto, considera que si el despido estuvo motivado por la existencia de una norma empresarial que prohibía cualquier la visibilidad de símbolos religiosos de los empleados, y dicha norma en apariencia norma ocasiona una desventaja particular a quienes profesan una determinada

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, Apartado 40. A contrario, parece desprenderse de la argumentación del Tribunal que la norma empresarial no sería adecuada si fuera aplicada de manera selectiva, de manera voluntarista en función de algunas características de los empleados. Un dato relevante, en opinión del Tribunal de Luxemburgo viene dado por el hecho de si la empresa disponía, con anterioridad al despido de la Sra. Achbita, de un régimen de neutralidad empresarial que prohibía a sus empleados el uso de signos de convicciones ideológicas o religiosas. Lógicamente, la comprobación de este extremo corresponde al Tribunal remitente.

²² El acomodo razonable tiene su origen en la jurisprudencia en materia de libertad religiosa de los Tribunales Supremos de EEUU y Canadá, y, siguiendo a Elósegui Itxaso, consiste en «acomodar la aplicación de una norma o de una ley a favor de una persona o de un grupo de personas víctimas o amenazadas por discriminación (...). Lo que se acomoda es la norma a las personas, no al revés, para permitir el ejercicio de un derecho constitucional». Vid. M. Elósegui Itxaso, «El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX (2014), 78. También J. Woehrling, «La libertad de religión, el derecho al acomodamiento razonable y la obligación de neutralidad religiosa del estado en el derecho canadiense», *Revista catalana de Dret Públic*, núm. 33 (2006): 369-403. J. J. Guardia Hernández, «La libertad religiosa en Estados federales: a propósito de la Charte des Valeurs Québécoises», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017.

religión, nos encontraríamos ante un supuesto de discriminación indirecta, salvo que dicha diferencia de trato pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para alcanzarla son adecuados y necesarios²³. Cuestión distinta, y que atendiendo a la naturaleza y finalidad de la cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia no entra a valorar, es que ahí reside la principal diferencia entre los casos de la Sra. Achbita y la Sra. Bougnaoui: si en el caso de la empresa en que trabajaba la Sra. Achbita parece claro que había una norma empresarial dirigida a garantizar una política de neutralidad, en el caso de la Sra. Bougnaoui de los antecedentes descritos por el órgano remitente parece que para la empresa el uso por esta empleada del velo islámico únicamente fue problemático a raíz de las quejas de alguno de sus clientes, y no por cuestiones de identidad corporativa²⁴.

En el caso de que el despido de la Sra. Bougnaoui no tuviera su origen en una norma dirigida a garantizar la neutralidad de la empresa, sino en la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos de sus clientes de no recibir servicios prestados por trabajadores con símbolos religiosos, considera el TJ que procedería ver si la política de vestimenta de los trabajadores podría constituir un requisito profesional esencial y determinante²⁵, en el sentido del art. 4.1 de la Directiva, el cual dispone lo siguiente:

«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 profe-

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 188/15, Apartados 31-33, con expresa remisión a la doctrina elaborado en la Sentencia correspondiente al Asunto 157/15.

²⁴ J. M. 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)», *Revista de Derecho Social*, núm. 77 (2017), 129.

²⁵ Habiendo considerado que la norma empresarial puede justificarse objetivamente por responder a una finalidad legítima, en el Asunto 157/15 el Tribunal no considera necesario analizar si la norma empresarial puede responder al requisito profesional esencial y determinante del art. 4.1 de la Directiva. En todo caso, en sus Conclusiones la Abogada General Kokott consideró que en aras de un trato amable y no discriminatorio para sus clientes, una empresa puede entender legítimamente que su política de neutralidad (prohibiendo los atuendos de significación religiosa o ideológica) constituye un requisito profesional esencial y determinante; aparte, y a pesar del tenor literal del precepto, para Kokott estos requisitos no tienen por qué ser establecidos por los Estados, bastando a su entender con la normativa interna de una empresa. Vid. Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas en fecha 31 de mayo de 2016, Asunto C-157/15, Apartados 66 y 67, y 92-94.

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

La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo establece que para determinar si un determinado requisito profesional es esencial y determinante hay que atender al trabajo en particular, así como a la actividad y el contexto en su conjunto. En este sentido, tendría cabida la excepción en el ámbito de la salud o la seguridad en el trabajo. Sin embargo, no parece que pueda aplicarse la excepción con base en el interés comercial de la empresa.

De ahí que, interpretando este precepto restrictivamente, el Tribunal de Justicia considere que el mismo sólo cabe cuando se trate de «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», sin que pueda incluir «consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente»²⁶.

3. *Libertad religiosa y relaciones entre particulares*

En ninguna de las Sentencias analizadas el Tribunal de Justicia da excesiva importancia a la cuestión de si el derecho de libertad religiosa, reconocido en el art. 10 CDFUE, se extiende a las relaciones entre particulares, ni si esta eficacia inter privados se produce directamente —por la mera aplicación de la Carta— o indirectamente —en virtud de normas de derecho derivado—. De hecho, en relación con este extremo el Tribunal se limita a afirmar en ambos casos que está presente el derecho a la libertad religiosa, y que, al tener el mismo contenido que el derecho reconocido en el CEDH, debe considerarse que incluye tanto el fuero interno (el hecho de tener convicciones) como el fuero externo (es decir, la manifestación pública de la fe religiosa), así como que en aplicación de la libertad de empresa el empresario puede restringir, con ciertos límites, la libertad de religión²⁷, pudiendo la actividad empresarial obligar a modular el ejercicio de la libertad religiosa²⁸.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 188/15, Apartado 40. En relación con esta cuestión, la AG Sharpston consideró que la excepción del art. 4.1 de la Directiva «debe limitarse a cuestiones que sean estrictamente necesarias para desempeñar la actividad profesional en cuestión». Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas en fecha 13 de julio de 2016, Asunto C-188/15, Apartado 96.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, Apartado 39, con remisión a la jurisprudencia del TEDH, especialmente a la Sentencia de 12 de enero de 2013, Eweida y otros c. Reino Unido.

²⁸ Y. 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2005, Leyla Sahin c. Turquía»,

En mi opinión, aunque no lo explicita en su argumentación el Tribunal de Justicia se encuentra en una posición intermedia a las sostenidas, en sus respectivos escritos de Conclusiones, por las Abogadas Generales Kokott y Sharpston.

En opinión de Kokott el derecho de libertad religiosa no rige directamente en las relaciones particulares; así, considera que se trata de una libertad que «sólo vincula a las instituciones de la Unión y (cuando apliquen el Derecho de la Unión) a los Estados miembros». Ahora bien, al tratarse de un derecho que constituye uno de los fundamentos de toda sociedad democrática «los valores que se expresan en la libertad religiosa revierten, al menos indirectamente, también en las relaciones laborales privadas»²⁹.

A diferencia de la Abogada General Kokott, Sharpston quiere dejar claro que «cuando un empresario firma un contrato de trabajo con un trabajador no compra el alma de esta persona. Sin embargo, sí compra su tiempo». Teniendo esto en cuenta, considera que debe distinguirse entre la libertad de manifestar la religión y su alcance en el ámbito laboral –por un lado– y el proselitismo de la propia religión, de otro. Y si bien el proselitismo no tiene cabida en el ámbito laboral, de modo que el empresario está «legitimado a imponer y poner en práctica reglas que prohíben el proselitismo», en cambio «conciliar la libertad de una persona de manifestar su religión con la libertad de empresa requerirá un difícil ejercicio de equilibrio entre dos derechos en conflicto»³⁰.

Asimismo, en opinión de Sharpston hay que distinguir entre reglas que adopta una empresa especificando formas de conducta deseadas o prohibidas para el trato con clientes, de las «reglas que invaden los derechos personales de una determinada categoría de trabajadores en atención a una característica prohibida»³¹.

Como puede verse las aproximaciones de Kokott y Sharpston presentan diferencias. Para Kokott la libertad religiosa únicamente se proyecta en las relaciones entre particulares con la mediación de una norma. Ahora bien, esa norma, que estaría justificada por proteger los valores que se expresan en la libertad religiosa, afecta a auténticos derechos que, en su opinión, sí rigen en

Revista General de Derecho Europeo, núm. 9 (2006): 1-35. M. Hill, «Simbología religiosa y objeción de conciencia en el lugar de trabajo: un examen de la Sentencia de Estrasburgo en Eweida y otros c. Reino Unido», *Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, núm. 32 (2013).

²⁹ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas en fecha 31 de mayo de 2016, Asunto C-157/15, Apartado 113.

³⁰ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas en fecha 13 de julio de 2016, Asunto C-188/15, Apartado 73.

³¹ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas en fecha 13 de julio de 2016, Asunto C-188/15, Apartado 74.

las relaciones laborales privadas, como es la libertad de empresa. Con otras palabras: para proteger valores relacionados con la libertad religiosa el poder público dispone de un título para modular (en cierto sentido, restringir) la libertad de empresa, si bien esa modulación o restricción debe dejar un espacio amplio al poder de dirección del empresario.

En la aproximación de Sharpston, por el contrario, la libertad religiosa está presente de forma directa en las relaciones entre particulares, si bien su contenido debe armonizarse con los derechos del resto de sujetos presentes en la relación, como puede ser el empresario que es titular del derecho de libertad de empresa. Precisamente porque se trata de un ámbito en el que hay que armonizar varios derechos en conflicto Sharpston defiende, como se ha resaltado anteriormente, la búsqueda de acomodos razonables que permitan al empresario mantener su política empresarial de neutralidad sin vulnerar el derecho de libertad religiosa de sus trabajadores.

A mi entender en este ámbito es preciso distinguir entre ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de un lado, y eficacia de los derechos reconocidos en dicha Carta en las relaciones entre particulares, de otro. Por lo que respecta a la cuestión del ámbito de aplicación de la Carta es evidente, como sostiene Kokott, que éste se limita a los supuestos de aplicación del Derecho de la UE, ya sea realizada esta aplicación por las propias instituciones comunitarias o por los Estados miembros³². Ahora bien, como a los efectos del artículo 51 de la Carta, la referencia a los «Estados miembros» debe entenderse realizada a cualquier poder del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial), los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro deben aplicar el art. 10 de la Carta (en el que se reconoce la libertad religiosa) en cualquier litigio entre particulares en los que en el asunto principal se esté aplicando Derecho de la Unión, lo cual nos lleva a la segunda cuestión.

Por lo que respecta a la cuestión de la eficacia del derecho de libertad religiosa en las relaciones entre particulares, en mi opinión ésta se produce de forma directa, si bien ello no implica que los particulares queden obligados del mismo modo que los poderes públicos³³.

³² En relación con la cuestión relativa a cuándo están sometidos a la Carta los Estados por darse una situación de aplicación del Derecho de la Unión, Vid. B. Van Bockel, P. Wattel, «New wine into old wineskins: the scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Akerberg Fransson», *European Law Review*, vol. 38 (2013): 866-879. A. Mangas Martín, «Artículo 51. Ámbito de aplicación», Araceli Mangas (Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (Fundación BBVA, Bilbao, 2008), 818 y ss. P. Nuevo López, «Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista catalana de Dret Públic*, núm. 50 (2015), 153-155.

³³ En contra de reconocer una eficacia directa a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se muestra M. Fornasier. Vid. M. Fornasier, «The impact of

Siguiendo la teoría de los derechos fundamentales de Alexy podemos concluir que la libertad religiosa es una libertad personalmente absoluta y objetivamente relativa. Es una libertad personalmente absoluta en la medida en que incluye «un haz de exactamente tantas relaciones de libertad como sujetos jurídicos existen en el sistema jurídico»³⁴, de ahí que los trabajadores disfruten del derecho de libertad religiosa no sólo en relación con el poder público, sino también respecto de todos los sujetos que puedan estar relacionados con el objeto de la libertad, como son los empleadores en los casos analizados. A su vez, es una libertad objetivamente relativa en cuanto contiene la permisión jurídica para realizar u omitir alguna acción, pero no necesariamente de todas las acciones que deriven de la mencionada libertad³⁵; así, la libertad religiosa de los trabajadores se extiende al ámbito laboral, que dispone de un derecho a manifestar sus convicciones religiosas pero no a hacer proselitismo en el lugar de trabajo, así como un derecho *prima facie* a actuar en el ámbito laboral en coherencia con las convicciones religiosas.

En este sentido, las dos Sentencias comentadas responden a este modelo, a pesar de que no lo explicitan en la motivación de la decisión. Las referencias de las Sentencias a la posibilidad de encontrar un acomodo razonable para las trabajadoras que, en virtud de sus convicciones religiosas, querían llevar velo en el lugar de trabajo se entienden porque estamos ante un ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en su dimensión externa, derecho que en su contenido no es absoluto, pudiendo ceder a la política de neutralidad que quiera establecer el empleador (en ejercicio de su libertad de empresa), pero no ante consideraciones subjetivas o los deseos particulares de un cliente. El derecho *prima facie* cede ante la libertad de empresa (en los términos fijados en la Sentencia del caso Achbita: finalidad legítima y medios proporcionados), pero pasa a ser derecho definitivo frente a consideraciones subjetivas, deseos de clientes o prejuicio del empleador (como señala el TJ en el caso Bougnaoui)³⁶.

EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?», *European Review of Private Law*, núm. 23 (2015): 29-46.

³⁴ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002), 220.

³⁵ *Ibidem*, 221.

³⁶ El Tribunal de Justicia asume una visión más restringida que la presente en el derecho canadiense de la obligación del empleador privado de efectuar acomodos razonables. Así, mientras en Canadá parece que el empleador está obligado a demostrar que no pudo realizar el acomodo razonable, de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo parece deducirse que éste sólo es obligado para el empresario cuando ello no le causa perjuicios excesivos. Para el caso canadiense, vid. B. Ryder, «The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship», R. Moon (ed), *Law and Religious Pluralism in Canada* (Vancouver Press, 2008): 87-109, donde expresamente señala que «Statutory prohibitions on religious

IV. CONCLUSIONES

Del análisis de las Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2017, dictadas en los Asuntos C-157/15 y C-188/15, pueden extraerse las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea no impide que, si un empresario quiere establecer una política de estricta neutralidad religiosa e ideológica en su empresa, pueda exigirse a los trabajadores que renuncien a portar símbolos o prendas de vestir que tengan un significado religioso, o que vengan impuestas por las convicciones religiosas de éstos, siempre que esa política se establezca de manera proporcionada y sea implementada por el empresario de manera efectiva y coherente.

En segundo lugar, si iría contra el derecho antidiscriminatorio de la Unión una prohibición empresarial de que los trabajadores porten vestimenta o simbología religiosa si estuviera motivada por un prejuicio, por decisiones meramente subjetivas o por satisfacer los deseos de los clientes.

Por último, en relación con el sistema de derechos de la Unión, en mi opinión parece que el Tribunal se inclina por aceptar el efecto directo de los derechos en las relaciones entre particulares, si bien modulando su contenido respecto de las relaciones con el poder público.

Aunque puedan subsistir las dudas acerca de si el Tribunal considera que todos los derechos se extienden a las relaciones entre particulares, cuando menos parece que sí considera que el derecho de libertad religiosa tiene eficacia horizontal. De ahí que pueda sostenerse que, para el Tribunal de Justicia la libertad religiosa sea una libertad absoluta en el plano subjetivo. No obstante, precisamente porque en las relaciones particulares debe armonizarse con otros derechos (como, en los casos que originan las Sentencias analizadas, el derecho de libertad de empresa) el Tribunal de Luxemburgo considera que la libertad religiosa es una libertad objetivamente relativa.

discrimination in all Canadian jurisdictions make it illegal for governments or private actors to erect religious barriers to equal Access to employment, housing or services, unless the actor responsible for creating the barrier can demonstrate that it is not possible to accommodate religious beliefs or practices without undue hardship» (p. 87).