

VELO ISLÁMICO Y NEUTRALIDAD EMPRESARIAL: ¿DOS NUEVOS CAOS PARA SU PROHIBICIÓN?

(Comentario a la sentencia del TJUE de 15
de julio de 2021, asuntos C-804/18 y C-341/19)

José M^a Contreras Mazarío

*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

RESUMEN

Una vez más el Tribunal de Justicia aborda la temática de los símbolos religiosos en general, y del pañuelo islámico en particular (hiyab). Y ello ha sido posible gracias a dos demandas prejudiciales presentadas por sendos tribunales alemanes. Como la vez anterior, dos trabajadoras son las "protagonistas" de las sanciones correspondientes por parte de dos empresas (en esta vez, la suspensión de empleo y no el despido) ante el hecho de no querer quitarse dicha prenda. Y lo que justifica dicha exigencia es que ambas gozas de sendas cláusulas de neutralidad frente a terceros. En esta ocasión, el Tribunal aborda dos cuestiones nuevas como son las relacionadas con la cláusula más favorable, la primera, y el margen de apreciación de los Estados, la segunda. Junto a ello, la sentencia introduce, respecto a las sentencias *Achbita* y *Bougnaoui*, tres factores que afectan a dos materias relevantes: la cuestión del "tamaño" con relación a la discriminación directa, y el tema de la constatación del perjuicio causado y la relación entre derechos en juego con respecto a la discriminación indirecta. Todas estas cuestiones materiales son el objeto de análisis de la sentencia analizada y lo son asimismo del presente trabajo.

PALABRAS CLAVE

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

ABSTRACT

Once again the Court of Justice deals with the issue of religious symbols in general, and the Islamic headscarf in particular (hijab). This has been possible thanks to two preliminary rulings brought by two German courts. As last time, two workers are the "protagonists" of the corresponding sanctions by two companies (this time, the suspension of employment and not the dismissal) for the fact of not wanting to take off this garment. And what justifies this requirement is that both enjoy neutrality clauses vis-hooded against third parties. On this occasion, the Court is addressing two new issues, those relating to the most favorable clause, the first, and the margin of appreciation of the States, the second. In addition, the judgment introduces, with regard to the *Achbita* and *Boungaoui* judgments, three factors which affect two relevant matters: the question of "size" in relation to direct discrimination, and the issue of the finding of the damage caused and the relationship between rights at stake with regard to indirect discrimination. All these material issues are the object of analysis of the judgment analyzed and are also the object of this work.

KEYWORDS

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

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Hechos. 3.- El derecho a la igualdad ante la ley en la Unión Europea. 4.- Discriminación directa y neutralidad empresarial. 5.- Discriminación indirecta. 6.- Clausula más favorable, margen de apreciación y derecho nacional. 7.- Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

En una nueva sentencia de julio de este año¹, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) aborda nuevamente la temática de los símbolos religiosos en general, y del velo islámico (o hiyab) en par-

¹ Sentencia de 15 de julio de 2021, casos IX c. *WABE* y *MH Müller Handels GmbH c. JM*, asuntos C-804/19 y C-341/18, EU:C:2021:594 (en adelante, caso IX/*WABE* y caso MJ/*MH Müller*).

ticular. Y una vez más, muchos de los titulares de prensa se quedan sólo en el “no” al velo islámico, sin profundizar en el contenido de la sentencia en cuestión².

Como ya tuvimos oportunidad de manifestar con motivo de las sentencias de 14 de marzo de 2017, casos *Achbita* y *Bouagnaoui*³, el uso de símbolos religiosos en el ámbito laboral forma parte del contenido esencial del derecho de libertad de conciencia y religiosa garantizado en el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de Unión Europea (en adelante, CDFUE). El Tribunal de Luxemburgo en aquellas dos ocasiones analizó de manera pormenorizada el principio de no discriminación por

-
- ² A este respecto, cabe preguntarse qué pensaríamos o cuál sería nuestra posición ante la noticia de que la atleta Raven Saunders puede ser sancionada por el COI por hacer en la entrega de medallas el símbolo “X” en favor de los derechos de las personas LGBTBI? ¿O que Vettel pueda ser sancionado o amonestado por la FIA por exhibir una camiseta “pro derechos LGBTBI”? Y todo ello sobre la base de proteger la neutralidad de ambos organismos deportivos.
- ³ Sentencias de 14 de marzo de 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15, EU:C:2017:203 (en adelante, caso *Achbita/G4S*), y de 14 de marzo de 2017, *Bouagnaoui* y *ADDH*, C-188/15, EU:C:2017:204 (en adelante, caso *Bouagnaoui/Micropole*). En relación con estas dos sentencias, ver CLOOTS, E.: “Safe harbour or open sea for corporate headscarf bans? *Achbita* and *Bouagnaoui*”, en *Common Market Law Review*, vol. 55 (2018), págs. 589-624; CONTRERAS MAZARIO, J.Mª: “Símbolos religiosos y principio de no discriminación en las relaciones laborales: el caso del velo”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 77 (2017), págs. 125-150; ID.: “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-157/16”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 57 (2017), págs. 577-613; FOUVET F., “Expressions of religious faith in companies. Consequences of the judgments of the Court of Justice of the European Union for France”, en *Hungarian Labor Law E-Journal*, 1 (2019), pp. 37 y ss.; HOWARTD, E.: “Islamic headscarves and the CJEU: *Achbita* and *Bouagnaoui*”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24/3 (2017), págs. 348-366; MORENO ANTÓN, Mª.: “A vueltas con el velo: La prohibición del hiyab bajo el paraguas de la neutralidad”, en *Derecho y Religión*, vol. XIII, 2018, pp. 165-167; PALOMINO, R., “Igualdad y no discriminación religiosa en el Derecho de la Unión Europea. A propósito de las conclusiones en los casos *Achbita* y *Bouagnaoui*”, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, vol. 2, nº 2, 2016; PELAYO OLMEDO, J.D.: “La prohibición del uso de prendas y símbolos religiosos en el ámbito laboral. Aclaraciones del TJUE sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el caso *Samira Achbita* c. *G4S Secure Solutions NV*”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 43, 2017, pp. 258 y ss.; WEILER, J.H.H.: “Je suis achbita: à propos d’un arrêt de la Cour de Justice de l’Union européenne sur le hijab musulman (CJEU 14 mars 2017, aff. C-157/15)”, en *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2019, pags. 85-104.

motivos religiosos y de convicción⁴, tanto directa⁵ como indirectamente⁶, en tanto que elemento negativo del derecho a la igualdad ante ley

⁴ Son ya muchas las veces que el TJUE ha podido pronunciarse en relación con el derecho de libertad religiosa en general, y en el ámbito laboral en particular. Sobre la libertad religiosa, y tal y como recoge el AG Sr. Rantos, en las Conclusiones a los presentes asuntos (E:C:2021:144), ver sentencias de 29 de mayo de 2018, *Liga van Moskeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen y otros*, C-426/16, EU:C:2018:335; de 4 de octubre de 2018, *Fathi*, C-56/17, EU:C:2018:803, y de 29 de octubre de 2020, *Veselibas ministrija*, C-243/19, EU:C:2020:872.

Nuestra propuesta de casos posteriores a los asuntos *Achbiat/G4S* y *Bouagnaoui/Micropole* sería la siguiente: TJUE: sentencias de 27 de junio de 2017, asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania y Ayuntamiento de Getafe* (EU:C:2017:496) (consultar en internet en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=192143&doclang=ES>); de 29 de mayo de 2018, asunto C-426/16, *Liga van Moskeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW y otros vs. Vlaams Gewest* (EU:C:2018:335) (consultar en internet en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204253&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1429575>); de 10 de julio de 2018, asunto C-25/17, *Tietosuojavaltuutettu* (EU:C:2018:551) (consultar en internet en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=205490&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3855352>); de 6 de noviembre de 2018, asuntos C-622/16 P a C-624/16 P, *Scuola Elementare Maria Montessori Srl y la Comisión Europea* (EU:C:2018:873) (consultar en internet en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207331&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6385957>); de 22 de enero de 2019, asunto C-193/17, *Cresco Investigation GmbH y Markus Achatzi* (EU:C:2019:43) (consultar en internet en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210073&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12069819>); de 17 de abril de 2018, asunto C-414/16, *Vera Egenberger y Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV* (EU:C:2018:257) (consultar en internet en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=2051148&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8081288>); de 11 de septiembre de 2018, asunto C-68/17, *IR y JQ* (EU:C:2018:696) (consultar en internet en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=205521&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8081911>).

Con relación a la libertad religiosa en el ámbito laboral y la jurisprudencia del TJUE, ver CONTRERAS MAZARÍO, J.M^a: "Libertad religiosa, relaciones laborales y Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en *Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, vol. X (2018-2019), págs. 221-303; VICKERS, L.: *European Commission, religion and belief discrimination in employment: the EU Law*, OPOCE, Luxemburgo 2007; VICKERS, L.: *Religious freedom, religious discrimination and the workplace*, Hart Publishing, Oxford 2016.

⁵ Ver sentencia *Achbiat/G4S*, apdos. 24 y 29 a 32.

⁶ Véase sentencia *Bouagnaoui/Micropole*, apdos. 32 y 33.

en el ámbito laboral (arts. 20 y 21 CDFUE)⁷, y en concreto la aplicación de la Directiva 2000/78/CE sobre no discriminación étnica y racial en los ámbitos del empleo y la ocupación⁸.

En esta nueva ocasión, el Tribunal vuelve a tener que responder a un conjunto de demandas planteadas en dos recursos prejudiciales por los Tribunales alemanes. Aunque parecía que el Tribunal había, con motivo de las dos sentencias reseñadas, colmado las posibles dudas a este respecto, la sentencia ahora analizada muestra que no fue así y con ella se da respuesta, además de a cuestiones íntimamente relacionadas con las anteriores, a otras conexas y de gran relevancia para la cuestión abordada. En concreto, y además de las temáticas ya tradicionales relacionadas con las discriminaciones directa e indirecta, aparecen otras dos cuestiones referidas, la primera, a la cláusula más favorecedora contenida en el artículo 8 de la Directiva 2000/78⁹ y, la segunda, a la aplicación de la técnica del margen de apreciación por parte de los Estados. Antes de entrar en dichos contenidos, nos parece adecuado hacer referencia a los hechos origen de ambos casos, ya que aunque parecidos no resultan –como casi nunca y en este caso tampoco– idénticos.

2. HECHOS

En la sentencia se abordan dos casos relacionados ambos con el uso del velo islámico por parte de sendas trabajadoras, las dos en Alemania (Sras. IX y MJ), que motiva la suspensión de empleo de las presentes trabajadoras. A estas coincidencias debe igualmente añadirse la relacionada con el fundamento jurídico¹⁰, aunque no así los hechos que, aunque pueden resultar aparentemente iguales, no lo son.

⁷ Ver sentencias *Achbita/G4S*, apdo. 23, y *Bougnaoui/Micropole*, apdo. 26.

⁸ Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, sobre establecimiento de un marco general del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico en el empleo y la ocupación (DOUE L 303, de 2 de diciembre de 2000).

⁹ Art. 8.1 Directiva 2000/78: “1. Los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva”.

¹⁰ El fundamento jurídico se establece en ambos casos en los artículos 2, apartado 1 y 2, letras a) y b), 4, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE y en los artículos 10 y 16 de la CDFUE (apto. 1).

1.- A este respecto, cabe señalar que, en el caso de la Sra. IX (asunto C-804/18), el hecho que justificó su suspensión laboral fue que la trabajadora (que es asistenta de personas con discapacidad) se puso el hiyab a pesar de que en la empresa había un reglamento interno que prohibía a los trabajadores el uso de cualquier símbolo visible de naturaleza religioso, filosófico o político cuando estén en contacto con los padres o los hijos de éstos (apdo. 2); y a pesar de las peticiones que al efecto realizó la empresa, ésta se negó a quitárselo (apdos. 24, 27 y 28).

La empresa, Wabe eV, es una compañía registrada en Alemania que explota numerosas guarderías con 600 empleados y atiende aproximadamente a 3.500 niños (apdo. 22). Para su quehacer diario, la empresa se declara apolítica y aconfesional y aplica y comparte las recomendaciones de la ciudad de Hamburgo¹¹, lo que le lleva a adoptar unas Instrucciones de servicio relativas a la obligación de neutralidad¹², en las que se establecen que

“para garantizar el libre desarrollo individual de los niños en cuanto a su religión, filosofía y política, los trabajadores (...) deberán observar estrictamente la obligación de neutralidad para con los padres, los niños y otras personas” (apdo. 25).

Y es dentro de este régimen de neutralidad donde la empresa -en una hoja informativa- responde que no está permitido el uso de cruces cristianas, de pañuelos islámicos o de kippás judías, ya que *“los pedagogos no deben influir a los niños en cuestiones religiosas”* (apdo. 26)¹³.

2.- Por su parte, en el supuesto de la Sra. MJ su suspensión estuvo justificada por el hecho de que ésta -al igual que la Sra. IX- se negara a

¹¹ Dichas Recomendaciones aparecen reproducidas en el apartado 23.

¹² A este respecto, las citadas Instrucciones señalan que *“las siguientes normas se consideran básicas para la observancia concreta de la obligación de neutralidad en el trabajo: Los trabajadores evitarán hacer en el puesto de trabajo cualquier declaración política, filosófica o religiosa frente a los padres, los niños y otras personas; Los trabajadores no portarán en el puesto de trabajo, ante los padres, los niños u otras personas, signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas; Los trabajadores no practicarán en el puesto de trabajo, ante los padres, los niños u otras personas, ritos relacionados con dichas convicciones”* (apdo. 25).

¹³ En este sentido, debemos llamar la atención sobre los destinatarios, ya que -como ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Constitucional- resulta relevante la edad, toda vez que la influencia de la que habla la reseñada hoja informativa no es la misma en niños, adolescentes o personas mayores de edad (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 10).

quitarse el pañuelo islámico en el lugar de trabajo. MJ trabaja de dependienta y cajera en la empresa MH Müller Handels GmbH, que explota una cadena de droguerías en territorio alemán (apdo. 3), la cual -como en el caso anterior- también tiene una cláusula de neutralidad.

MJ trabaja en la mencionada empresa desde 2002 y, desde 2014, se pone el pañuelo islámico. En un primer momento, y ante el hecho de no atender la solicitud hecha por la empresa de que se quitara el hiyab, es cambiada de puesto de trabajo²⁴. En junio de 2016, la empresa le vuelve a solicitar la retirada del velo islámico y ante su negativa fue suspendida²⁵. En julio de 2016, la empresa le indica que se presente a trabajar sin dicho velo, ante lo cual MJ presenta recurso ante los órganos judiciales competentes. La empresa, sin embargo, alega que, desde julio de 2016, en todas sus tiendas se aplica una directriz interna de neutralidad empresarial (apdos. 35 y 36).

3.- Podría llegar a pensarse, por las referencias que se realizan de cada una de las compañías en juego, que se trata de dos tipos o ámbitos laborales diferentes. En el primero, la empresa podría de algún modo entenderse o asimilarse a una “empresa de tendencia” y, por ende, que puede adoptar un cierto “ideario”. Mientras que, en el segundo supuesto, nos encontramos ante una empresa que por su actividad resulta una empresa “sin más” y, por tanto, como una empresa neutral, en la que la cuestión religiosa debe resultar –en principio- irrelevante. No obstante, ello no resulta tan claro ni tan aparente en la sentencia.

En este momento, también se debe señalar que las diferencias en el contenido entre una y otra cláusula de neutralidad van a tener importantes consecuencias -como tendremos ocasión de poner de manifiesto

²⁴ Este hecho resulta relevante por lo que a la discriminación indirecta se refiere. Como ya manifestara el propio TJUE resulta de interés el hecho de si la empresa puede seguir o no cambiando a la trabajadora de puesto de trabajo a fin de que ésta no tenga que tratar directamente con clientes (Sentencia *Achbita/G4S*, apdo. 43)

²⁵ Todos estos cambios en las condiciones laborales de la trabajadora resultan, en principio, irrelevantes a efectos de una posible solución relacionada con la posibilidad de la existencia o no de una discriminación. Se separa de esta manera la jurisprudencia europea de la española que, en un principio, y ante la petición de una trabajadora de cambiar el día de descanso (esto es, el sábado por el domingo), el TC falló en contra de dicha petición –justificado con ello el despido de la presente trabajadora- por entender que la misma suponía una novación unilateral del contrato de trabajo y, por tanto, contraria al *principio pacta sunt servanda* (STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 4).

posteriormente- respecto al principio de no discriminación por motivos religiosos o de convicción.

4.- Estos hechos llevan a los tribunales alemanes (Tribunal de lo Laboral de Hamburgo y Tribunal Supremo de lo Laboral, respectivamente) a presentar sendas decisiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, en las que se preguntan si una instrucción unilateral del empresario de prohibir el uso visible de símbolos religiosos supone una discriminación directa, en el sentido del artículo, apartado 2, letra a); o si más bien, se trataría de una discriminación indirecta, recogida en la letra b), apartado 2, del artículo 2 de la Directiva 2000/78. Así como, qué puede suponer el hecho de que en esa norma o instrucción unilateral se haga referencia expresa a los símbolos vistosos y de gran tamaño. Los Tribunales alemanes preguntan asimismo si, a la hora de apreciar la adecuación de los medios empleados para conseguir la finalidad perseguida por la política de neutralidad, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78, puede efectuarse una ponderación de los intereses en juego; y si el Derecho constitucional nacional puede constituir una disposición más favorable en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la mencionada Directiva. Por último, los citados tribunales desean saber si el Derecho de la Unión, en el presente asunto el artículo 16 de la Carta, excluye la posibilidad de tener en cuenta los derechos fundamentales nacionales al examinar si es válida o no una orden emitida por un empresario con el fin de establecer una política de neutralidad¹⁶.

¹⁶ Las preguntas que realizan en concreto cada Tribunal alemán son las siguientes:
El Tribunal de lo Laboral de Hamburgo plantea las cuestiones siguientes:
"1) *¿Supone una instrucción unilateral del empresario que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas una discriminación directa por motivo de religión, en el sentido del artículo 2, apartados 1 y 2, letra a), de la Directiva 2000/78, de los trabajadores que, por mandamientos religiosos de cubrimiento, siguen determinadas reglas vestimentarias?*
2) *¿Supone una instrucción unilateral del empresario que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas una discriminación indirecta por motivos de religión o de sexo, en el sentido del artículo 2, apartados 1 y 2, letra b), de la Directiva 2000/78, de una trabajadora que, debido a su fe musulmana, lleva un pañuelo en la cabeza?*
En particular:
a) *¿Permite la Directiva [2000/78] justificar una discriminación [indirecta] por motivos de religión o de sexo apelando al deseo subjetivo del empresario de observar una política de neutralidad política, filosófica y religiosa, si con ello el empresario desea atender a los deseos subjetivos de sus clientes?*

Partiendo del presente conjunto de preguntas, este trabajo se va a estructurar en cuatro puntos esenciales como son, en primer lugar, la temática del derecho de igualdad en el ámbito de la Unión Europeo, tanto desde su aspecto positivo como negativo, así como desde su ámbito formal, pero también material (apartado 3). En segundo lugar, analizaremos el alcance y delimitación de la discriminación directa, y dentro de ella la

b) ¿Se oponen la Directiva [2000/78] o el derecho fundamental a la libertad de empresa consagrado en el artículo 16 de la [Carta], habida cuenta del artículo 8, apartado 1, de la Directiva [2000/78], a una normativa nacional con arreglo a la cual, en aras de la protección del derecho fundamental a la libertad religiosa, la prohibición de vestimenta religiosa no puede justificarse simplemente por la capacidad abstracta a comprometer la neutralidad del empresario, sino que es necesario un riesgo suficientemente concreto, en particular, de ocasionar un perjuicio económico concreto al empresario o a un tercero afectado?" (apdo. 34).

El Tribunal Supremo de lo Laboral realiza, por su parte, las preguntas siguientes:

"1) ¿puede ser aceptable una diferencia de trato indirecta por razones de religión, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78, resultante de la aplicación de una norma interna de una empresa privada siempre que se trate de una norma que prohíbe portar cualquier clase de símbolo visible de una creencia religiosa o política o de otras convicciones y no se refiera solamente a símbolos que sean vistosos y de gran tamaño?

2) En caso de respuesta negativa a la anterior cuestión, el Tribunal realiza las siguientes dos preguntas, a saber:

a) ¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 en el sentido de que pueden ser tenidos en cuenta los derechos reconocidos en el artículo 10 de la Carta y en el artículo 9 del CEDH a la hora de evaluar si es aceptable una diferencia de trato indirecta por razones de religión resultante de la aplicación de una norma interna de una empresa privada que prohíbe portar símbolos de creencias religiosas o políticas o de otras convicciones que sean vistosas y de gran tamaño?

b) ¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 en el sentido de que las disposiciones nacionales de rango constitucional que protegen la libertad religiosa pueden ser tenidas en cuenta como disposiciones más favorables en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/78 a la hora de evaluar si es aceptable una diferencia de trato indirecta por razones de religión resultante de la aplicación de una norma interna de una empresa privada que prohíbe portar símbolos de creencias religiosas o políticas o de otras convicciones que sean vistosas y de gran tamaño?

3) En caso de respuesta negativa a estas dos últimas preguntas, el Tribunal alemán realiza una última, a saber:

A la hora de evaluar una orden basada en una norma interna de una empresa privada que prohíbe portar símbolos de creencias religiosas o políticas o de otras convicciones que sean vistosos y de gran tamaño, ¿deben ser inaplicadas las disposiciones nacionales de rango constitucional que protegen la libertad religiosa y ser desplazadas por el Derecho primario de la Unión, aun cuando este reconozca las legislaciones y las prácticas nacionales, como acontece con el artículo 16 de la Carta" (apdo. 42).

trascendencia del término “visible” asignado a los símbolos o signos de carácter religioso o político (apartado 4). En tercer lugar, abordaremos la cuestión de la discriminación indirecta y sus límites, con especial referencia a la relación entre derechos fundamentales en juego (apartado 5). Y, por último, dos problemáticas introducidas por primera vez en esta temática como son la aplicación o no en esta materia de la cláusula más favorable del artículo 8 de la Directiva, la primera, y la relativa al margen de apreciación por parte de los respectivos Estados, la segunda (apartado 6).

3. EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN LA UNIÓN EUROPEA

Lo primero que cabe señalar es que tanto en las dos sentencias reseñadas de 2017, como en la ahora analizada, se parte del análisis del principio de no discriminación, entendido éste como una diferencia de trato que no está justificada²⁷. En este sentido, cabe señalar que después de la aprobación del Tratado de Ámsterdam de 1997, la igualdad pasó a configurarse como un principio informador básico del sistema comunitario (Art. 13 TCE, en la actualidad art. 19 TFUE), al tiempo que adoptó carta de naturaleza como derecho con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la Carta)²⁸. En 2009, el Tratado de Lisboa introdujo una cláusula horizontal encaminada a integrar la lucha contra las discriminaciones en el conjunto de las políticas y acciones de la Unión (art. 10 del TFUE), al tiempo que establecía –en el artículo 19.2 del TFUE– un procedimiento legislativo especial dedicado a la lucha contra las discriminaciones, por el cual el Consejo debe actuar por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo²⁹.

La Carta resulta importante por lo que aquí interesa, al predominar en su texto una concepción amplia de la igualdad, mucho más general

²⁷ Sentencias *Achbita/G4S*, apdos. 23 y 24; *Bouagnaoui/Micropole*, apdo. 26, y asuntos *IX/Wabe* y *MJ/MH Müller*, apdo. 44.

²⁸ Sobre el valor jurídico de la presente Carta en el Derecho de la Unión, véase MANGAS MARTÍN, A.: «Comentario al art. 51 de la Carta», en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario art. por art.*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, págs. 810-825.

²⁹ Véase, a este respecto, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I.: «La iniciativa normativa en el procedimiento legislativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa», en *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3 (2010), pág. 27.

y universal, que la que hasta el momento se había reconocido. De esta forma y bajo la rúbrica «igualdad» del capítulo III, se proclama la igualdad de todas las personas ante la ley (art. 20²⁰), así como la prohibición de toda discriminación, incorporando nuevos motivos concretos de discriminación prohibidos como el origen social, las características genéticas, la lengua, la religión o las convicciones, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio y el nacimiento (art. 21²¹). Es un enfoque que encuentra su engarce en la búsqueda de la igualdad, favoreciendo a colectivos que se consideran más desprotegidos o vulnerables. De la misma manera, y con fundamento asimismo en la igualdad, se proclama el respeto por la diversidad cultural, religiosa y lingüística (Art. 22²²), cuestiones hasta entonces no tratadas en el ordenamiento comunitario.

En desarrollo del citado artículo 13 del Tratado se promulgaron dos directivas que afectan al ámbito laboral: la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico²³, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, sobre establecimiento de un marco general en el empleo y la ocupación (esta última, marco normativo de los dos asuntos analizados). Ambas se caracterizan por introducir, respecto a los colectivos a los que se dirigen, los conceptos y los medios de protección que ya venían aplicándose, como una materia coherente y unitaria, a la igualdad entre mujeres y hombres²⁴.

²⁰ Véase comentario al citado precepto realizado por MANGAS MARTÍN, A.: "Comentario al art. 20 de la Carta", op. cit., págs. 390-395.

²¹ Véase comentario al citado precepto realizado por MANGAS MARTÍN, A.: "Comentario al art. 21 de la Carta", en *ibid.*, págs. 397-408.

²² Para un comentario al citado precepto, véase MANGAS MARTÍN, A.: "Comentario al art. 22 de la Carta", op. cit., págs. 410-413.

²³ *DOUE* L 180/22, de 19 de julio de 2000.

²⁴ En relación con la materia, véase Directivas 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estado miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (*DO* L 45, 1975) y 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (*DO* L 39, 1976), así como la Sentencia del TJUE, de 8 de abril de 1976, Defrenne/Sabena, C-43/75, EU:C:1976:56, y en el ámbito doctrinal, ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «La igualdad entre hombres y mujeres y de género en la Unión Europea», disponible en: <https://www.google.es/webhp?sourceid=chro>

En su conjunto, estas directivas suponen una manifestación más del interés real de la UE por avanzar en el principio de igualdad consagrado como derecho fundamental de los ciudadanos europeos. En primer lugar, porque esta regulación conjunta y complementaria se puede considerar como el nacimiento de un auténtico derecho de la UE antidiscriminatorio de alcance general; y, en segundo lugar, porque en ambas directivas se contienen definiciones claras y precisas de conceptos hasta entonces no bien determinados y, sin embargo, esenciales para el entendimiento correcto del principio de igualdad de trato. Así, se fijan las nociones de «discriminación directa» (art. 2.2.a) Directiva 2000/78) e «indirecta» (art. 2.2.b), se introduce la consideración del «acoso» en el trabajo por estas razones como un acto de discriminación (art. 2.3), y de la misma forma, en el artículo 10, al trasladar la carga de la prueba al demandado²⁵, lo que impone una inversión siempre y cuando la parte demandante pruebe que pertenece, por ejemplo, en el caso que nos ocupa, a una determinada religión o que tienen unas determinadas convicciones o creencias²⁶.

4. DISCRIMINACIÓN DIRECTA (MOTIVOS RELIGIOSOS Y DE CONVICCIÓN) Y NEUTRALIDAD EMPRESARIAL

1.- El TJUE vuelve a definir -como ya lo hiciera en la sentencia *Achbita* (apdo. 24)- la discriminación directa, siguiendo el artículo 2, apdo.

me-instant&ion=l&espv=2&ie=UTF-8#q=tribunal+de+justicia+de+la+un ion+euro-pea+e+igualdad+hombre-mujer

²⁵ La carga de la prueba se invierte «para no privar a los trabajadores víctimas de la discriminación aparente de medios eficaces para respetar el principio de igualdad de retribución» (Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 1993, *Enderby*, C-127/92, EU:C:1993:859) recayendo «sobre el empresario la carga de la prueba de que su política salarial no es discriminatoria, una vez que la trabajadora ha demostrado, con respecto a un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de las trabajadoras es menor a la de los trabajadores» (sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, *Handels— og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening*, en nombre de Danfoss, C-109-88, EU:C:1989:383; de 27 de junio de 1990, *Kowalska*, C-33/89, EU:C:1990:265; de 23 de octubre de 2003, *Schönheit y Becker*, C-4/02 y C-5/02, EU:C:2003:583, y de 11 de octubre de 2007, *Paquay*, C-460/06, EU:C:2007:601).

²⁶ Ver NAVARRETTA, E.: «Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato», en *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado*, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/artic1e/view/3887/4330>.

2, letra a) de la Directiva CEE/78/2000, como aquella situación en la que «una persona es tratada de manera menos favorable en relación con otra persona en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el art. 1 de la misma Directiva, entre los que se incluye la religión» (asuntos C-804/18, apdo. 52, y C-341/19, apdo. 73)²⁷, lo que supone -según el Alto Tribunal- que «una norma de esa índole no constituye tal discriminación si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales símbolos» (ibid. apdos. 30 y 32). Así, el TJUE opta por un concepto de igualdad formal²⁸, más que de igualdad material o sustantiva²⁹, más propia esta última de los poderes públicos que de los particulares como es el caso de las empresas³⁰.

Partiendo de dicha conceptualización, solo en el primero de los dos casos que nos ocupan (esto es, el asunto C-804/18) se ha entendido que no se percibe la existencia de una discriminación directa por motivos religiosos o de convicción, toda vez que la empresa implicada ha aplicado, en principio, de igual modo la regla de neutralidad de vestimenta a todos y cada uno de los trabajadores³¹; criterio éste que corresponde comprobar

²⁷ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General núm. 20 (Doc. E/C.12/GC/20), ha precisado que «hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación, por ejemplo, cuando la contratación para puestos en instituciones educativas o culturales se basa en las opiniones políticas de los solicitantes de empleo o los empleados. También constituye discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable».

²⁸ A este respecto, véase AGRO, A.: «Articolo 3. Il principio di uguaglianza formale», en *Commentario della Costituzione. Principii fondamentali*, Bolonia, 1975; SUÁREZ PERTIERRA, G.: «Artículo 14», en *Constitución española de 1978. Comentarios a las leyes políticas*, vol. II, Madrid, 1984, págs. 277-293.

²⁹ Véase, sobre esta temática, ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 417-418.

³⁰ Véase CARMONA CUENCA, E.: «El principio de igualdad material en la Constitución europea», disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19182/FCL-2004-8-carmona.pdf?sequence=1>.

³¹ Apartado 52: «Efectivamente, habida cuenta de que toda persona puede profesar una religión o tener convicciones, tal norma, siempre que se aplique de forma general e indiferenciada, no establece una diferencia de trato basada en un criterio indisolublemente ligado a la religión o las convicciones».

a los tribunales nacionales (apdo. 54). Y ningún hecho de entre los reseñados permite suponer que la empresa afectada (en concreto, WABE) hubiese adoptado una postura más conciliadora o permisiva con algún otro trabajador en situación análoga, en particular con cualquier otro trabajador con otras convicciones religiosas o filosóficas que se hubiese negado también a respetar la prohibición mencionada³².

En consecuencia, se puede afirmar que en este caso no se cuestiona teóricamente «su» símbolo religioso, sino el hecho de que la empresa no admita «su» uso por parte de todos los trabajadores, dando igual el origen de los mismos, esto es, religioso, filosófico o político. Y ello con independencia de que la aplicación de la cláusula de neutralidad pueda ocasionar particulares molestias a tales trabajadores, al entender el Tribunal que *“esta circunstancia no afecta a la apreciación, formulada en dicho apartado [el 52], de que esa misma norma, que refleja el régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa adoptado por el empresario, no establece, en principio, una diferencia de trata entre trabajadores basada en un criterio indisolublemente ligado a la religión o a las convicciones, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78”* (apdo. 53)

A sensu contrario, cabe afirmar con carácter general que si cualquier empresa adopta criterios diferentes o permite el uso de unos símbolos y no de otros³³, entonces cabría entender que sí se produce una discriminación directa por motivos religiosos o filosóficos contraria a la normativa comunitaria (apdo. 55)³⁴. Por consiguiente, afirmaciones del tenor siguiente: *«Una norma empresarial que prohíbe llevar pañuelo islámico*

³² Es más, la empresa pone como ejemplo el hecho de que haya convencido y conseguido que otra trabajadora se hubiese quitado la cruz que portaba al cuello (apdo. 29). En la sentencia *Achbita*, el Tribunal ya puso de manifiesto que *«de los autos que obran en su poder [...] se desprenda que la aplicación de la norma interna controvertida en el litigio principal a la Sra. Achbita haya sido diferente de la aplicación de esta norma a cualquier otro trabajador»* (apdo. 31).

³³ Este es el fundamento utilizado por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca, en su sentencia de 6 de febrero de 2017.

³⁴ Este es uno de los hechos que tendrá que verificar el juez nacional. Y esto es lo que justifica la sentencia del TEDH *Eweida*, y no el tamaño del símbolo religioso que ella porta: sentencia de 15 de enero de 2013, *Eweida y otros vs. Reino Unido*, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010. En este último sentido, ver Conclusiones del Abogado General, Sr. Rantos, párrafo 73.

no constituye una discriminación directa por motivos de religión»³⁵, no responden al contenido de la sentencia aquí analizada, toda vez que se prohíbe o se admite el uso por parte de los trabajadores de cualesquiera símbolos religiosos o filosóficos, siempre que queden prohibidos o permitidos todos³⁶. En consecuencia, en los asuntos que nos ocupan quedaría prohibido el uso no solo del “pañuelo islámico”, sino también de la “kipá” de los judíos³⁷, del “turbante” de los sijs, de las “cruces” de los cristianos³⁸ o cualquier otro símbolo de carácter filosófico o político que pueda portar un o una trabajador/a³⁹.

A este respecto, cabría plantear -no obstante- si un trabajador puede o no llevar o portar una camiseta con una imagen (por ejemplo, del Che Guevara) o con un lema (por ejemplo, a favor de la escuela o la salud públicas) o un pin de un determinado partido político, sindicato, etc.; o un lazo de cualquier color (o de colores determinados porque dichos colores coinciden con determinadas causas: morado, azul, verde, etc.)⁴⁰. No queda tampoco claro si dentro del concepto «signo político o ideológico» pueden o no incluirse signos, símbolos o emblemas de carácter

³⁵ Véase, a este respecto, el comunicado de prensa núm. 30/17 del propio TJUE, de 14 de marzo de 2017, disponible en: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-03/cp170030es.pdf>; y en *Fiscal y Laboral al Día*, de 14 de marzo de 2017, disponible en: <http://www.fiscalaldia.es/una-norma-empresarial-que-prohíbe-llevar-panuelo-islamico-no-constituye-una-discriminacion-directa-por-motivos-de-religion/#>.

³⁶ En este sentido, el TJUE ya afirmó que «*Debe considerarse que dicha norma trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos*» (caso *Achbita/G4S*, apdo. 30, in fine).

³⁷ Véase, a este respecto, TSJ de Palma de Mallorca, Sentencia 457/2002 de 9 de septiembre de 2002

³⁸ En relación con el uso de este símbolo en el ámbito del trabajo cabe destacar dos sentencias del TEDH de 15 de enero de 2013, *Eweida y otros vs. Reino Unido*, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010.

³⁹ Otros posibles símbolos serán más difíciles de visualizar o precisar como tal, por ejemplo, la barba: puede ser o no un símbolo religioso, pero cuándo lo es y cuándo no es difícil de concretar.

⁴⁰ El propio concepto de “complemento” hace difícil de concreción porque podríamos estar hablando de camisetas, brazaletes, pulseras, pines, insignias, pañuelos (no en la cabeza), bufandas, fulars, cinturones, bolsos, gorras, gorros, sombreros, medallas, camafeos y, ahora, incluso mascarillas.

cultural, militar, sindical,...⁴¹. Amén de la conexión directa que en estos casos se produce respecto de un colectivo concreto (el de las mujeres), el cual podría ser víctima de una doble discriminación, situación acogida en el artículo 20 de la CDFUE, aunque no en la Directiva objeto de análisis⁴².

En este contexto, y por lo que se refiere al caso *MJ/MH Müller* (asunto C-341/19), el Tribunal ha introducido un importantísimo matiz a lo dicho con anterioridad, y este matiz no es otro que el relacionado con el tamaño y en esta ocasión podemos afirmar que "el tamaño si importa"⁴³. La diferencia entre ambas empresas está en el tenor de la cláusula de neutralidad: mientras que una hace referencia a símbolos visibles⁴⁴ (la de la empresa WEBA), la otra (la empresa MH Müller) establece la prohibición de los símbolos "grandes y ostentosos"⁴⁵. Este es un matiz importante, sobre todo si tenemos en cuenta que el mismo fue objeto de análisis por

⁴¹ A este respecto, véase PALOMINO, R.: *La religión en el espacio público: los símbolos religiosos ante el derecho*, Digital Reason, Madrid, 2016, págs. 25-32.

⁴² El Tribunal adopta la decisión de no entrar en esta cuestión por una cuestión esencialmente formal como es el hecho de que por las partes no se haya hecho referencia alguna a las Directivas propias de este tipo de discriminación (Asunto C-804/18, apdo. 58). Cfr. RAMÍREZ, A.: «Pañuelo, empresa y racismo institucional en Europa», en *El diario.es*, de 15-3-2017, disponible en: http://www.eldiario.es/tribunaabierta/Pañuelo-empresa-racismo-institucional-Europa_6_622647763.html.

⁴³ Como observa el Abogado General Poiares Maduro, en el asunto *Coleman/Attridge LawySteve Law*, «la Directiva se opone a que la eventual hostilidad de un empresario hacia las personas incluidas en alguna de las categorías problemáticas constituya la base de cualquier tipo de trato menos favorable en el contexto del empleo y la ocupación» (Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro presentadas el 31 de enero de 2008, C-303/06, EU:C:2008:61, punto 22).

⁴⁴ En las Instrucciones de la empresa WABE se indica lo siguiente: "WABE es aconfesional y acoge expresamente la diversidad religiosa y cultural. Para preservar el libre desarrollo individual de los niños en cuanto a religión, filosofía y política, los trabajadores de WABE deberán observar estrictamente la obligación de neutralidad frente a los padres, los niños y otras personas. WABE mantiene frente a estos una política de neutralidad política, filosófica y religiosa. A este respecto, las siguientes normas se consideran básicas para la observancia concreta de la obligación de neutralidad en el trabajo: Los trabajadores evitarán hacer en el puesto de trabajo cualquier declaración política, filosófica o religiosa frente a los padres, los niños y otras personas. Los trabajadores no portarán en el puesto de trabajo, ante los padres, los niños u otras personas, signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas. Los trabajadores no practicarán en el puesto de trabajo, ante los padres, los niños u otras personas, ritos relacionados con dichas convicciones (...)" (Conclusiones, párrafo 21).

⁴⁵ La Directriz interna prohíbe llevar en el lugar de trabajo signos religiosos, políticos o filosóficos que sean vistosos y de gran tamaño. MH explica que con esta directriz

parte del Abogado General y éste no consideró que fuera relevante a efectos de la discriminación directa⁴⁶. Por el contrario, el Tribunal de Justicia si ha apreciado que la misma introduce elementos diferenciados que convierte en este caso a la discriminación en directa, por cuanto *“la prohibición de llevar esos signos impuesta por un empresario a sus trabajadores sobre la base de tal criterio tendrá como consecuencia que determinados trabajadores sean tratados de manera menos favorable que otros trabajadores por motivo de su religión o de sus convicciones”* (apdo. 73 in fine)⁴⁷. En consecuencia, el hecho de que una empresa introduzca o no calificativos o adjetivos a los términos de “signo o símbolo visible” religioso puede ser interpretado como un elemento que busca la discriminación directa por motivos religiosos o de convicción⁴⁸.

pretende mantener la neutralidad en el seno de la empresa y evitar así conflictos entre los trabajadores (ver apdo. 36).

⁴⁶ En concreto, el AG Sr. Rantos considera que *“una política de neutralidad política, filosófica o religiosa aplicada por un empresario en las relaciones con sus clientes no es incompatible con el uso, por sus empleados, de símbolos, visibles o no, pero de tamaño reducido o, dicho de otra manera, discretos, de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo que no se advierten a primera vista”*. Y continúa señalando que, aunque también los signos de tamaño reducido (pines o pendientes) pueden ser percibidos u observados por un cliente avisado o atento, éstos *“no pueden ofender a los clientes de la empresa que no comparten la religión o las convicciones del trabajador de que se trate”* (párrafo 74). También esta fue la posición mantenida por la A.G. Kokott en sus Conclusiones al asunto *Achbita/G4S*, apdo. 141.

⁴⁷ En esta misma línea, cabe hacer referencia a las observaciones escritas realizadas por MJ y los Gobiernos griego y sueco para quienes *“una norma interna de una empresa que prohíbe únicamente los símbolos vistosos y de gran tamaño sitúa en una situación desfavorable a determinados grupos que usen símbolos religiosos particularmente visibles”* y, por tanto, *“los trabajadores pertenecientes a esos grupos corren un mayor riesgo de ser objeto de discriminación en su lugar de trabajo por motivos de religión o convicciones”* (Conclusiones del AG Rantos, párrafo 78).

⁴⁸ A este respecto, resulta relevante traer a colación la distinción que realiza CAAMAÑO al referirse a la discriminación directa por motivos de sexo, diferenciando entre la discriminación directa abierta y la discriminación directa encubierta: *«Se está frente a un caso de discriminación directa abierta cuando es el sexo el elemento explícito que motiva un trato o condiciones laborales menos favorables para un trabajador, frente a un trabajador del otro sexo que se encuentre en una situación laboral comparable. Un caso de discriminación laboral de este tipo tendría lugar, por ejemplo, si se excluyera explícitamente a las trabajadoras de la obtención de las asignaciones de colación y de movilización, las que, por el contrario, sí son percibidas por los hombres que realizan igual trabajo. Por otra parte, se está frente a un caso de discriminación directa oculta cuando la medida discriminatoria que afecta a un trabajador se vincula con ciertos atributos o cualidades personales que exclusivamente o en gran medida solo pueden ser cubiertos*

Todo ello debe, además, ser analizado a la luz de la denominada cláusula de neutralidad a la que haremos referencia seguidamente.

2.- En este sentido, la segunda cuestión que debe plantearse es la relacionada con la neutralidad, ya que todo ello se suscita desde una teórica neutralidad como elemento esencial de sus respectivas imágenes corporativas, sobre todo en el supuesto de la empresa WABE. A este respecto, cabe precisar que si la empresa fuera un poder o centro público, ser neutral equivaldría a no tener ni considerar a una creencia o religión mejor que otra creencia o religión⁴⁹, de tal manera que su razón de ser no es otra que la de hacer posible que la igualdad y la libertad de conciencia y religiosa sean reales, eficaces y plenas, o -lo que es lo mismo- facilitar el ejercicio de esos derechos por los individuos y los grupos en los que éstos se integran⁵⁰. Con ello se pretende garantizar la coexistencia pacífica de las distintas creencias y convicciones religiosas o filosóficas implantadas socialmente⁵¹. Y este es el contenido donde debe encuadrarse el mencionado Reglamento de la Ciudad de Hamburgo⁵².

Se pasa a entender, de ese modo, que el Estado ha de asegurar un marco de convivencia en el que se puedan exteriorizar libremente las creencias y convicciones de los ciudadanos y de las comunidades, tan-

por personas de un sexo determinado» (CAAMAÑO ROJO, E.: «La discriminación laboral indirecta», en *Revista de Derecho*, núm. 12 (2001), pág. 71).

⁴⁹ No en vano, la laicidad implica un mandato inexcusable de imparcialidad estatal (véase, sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9).

⁵⁰ En este sentido, y según CASTRO JOVER «*la neutralidad positiva implica las siguientes afirmaciones: 1) La obligación de los poderes públicos de adecuar el ordenamiento jurídico y su aplicación de modo de hacer posible el ejercicio de la libertad religiosa en igualdad de condiciones. 2) La actuación de los poderes públicos debe estar guiada por los valores constitucionales, en esa medida la noción de neutralidad positiva posee un cuerpo de valores. 3) Estos valores están constituidos por los valores constitucionales recogidos en los arts. 1.1 y 10.1 en virtud de los que los derechos fundamentales se constituyen en eje central del ordenamiento a cuyo servicio se coloca la estructura del Estado. Estos valores constituyen un mínimo ético que hace posible el pluralismo y la convivencia pacífica. Y 4) La cooperación a la que se refiere el art. 16.3 está integrada dentro de la neutralidad positiva, no añade nada a lo previsto en el art. 9.2»* (CASTRO JOVER, A.: «Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 3, octubre-2003, pág. 11, disponible en: www.iustel.com).

⁵¹ Véanse, a este respecto, Tribunal Constitucional, sentencias 177/1996, de 11 de noviembre; 152/2002, de 15 de julio; 101/2004, de 2 de junio, y 34/2011, de 28 de marzo.

⁵² Ver a este respecto, en la presente sentencia, apdo. 23.

to religiosas como ideológicas a las que pertenecen, haciendo así posible que todos, sin distinción, puedan identificarse con él, admitiéndolo como ámbito común donde convivir en paz y libertad, ejercitando ordenadamente sus derechos⁵³. Por tanto, tal neutralidad hace referencia al conjunto de garantías que el Estado ha de observar para asegurar la salvaguardia y realización efectivas de los derechos fundamentales a las libertades ideológica y religiosa, en un régimen de pluralismo de convicciones y creencias⁵⁴. Y ello solo es posible en un modelo cuyo principio informador sea la laicidad del Estado⁵⁵, y es la salvaguarda de esta laicidad la que está en el origen y en la admisibilidad de que el uso del pañuelo islámico sea prohibido en establecimientos públicos⁵⁶; cuestión esta que

⁵³ Véase, ROCA FERNÁNDEZ, M^a.J.: «La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48 (1996), págs. 251 y sigs.

⁵⁴ Véanse Tribunal Constitucional, sentencias 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4, 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 4, y 46/2001, de 15 de febrero FJ 4.

⁵⁵ Sobre la relación entre la laicidad y símbolos religiosos, véase ALENDA, M.: «La presencia de símbolos religiosos en las aulas públicas, con especial referencia a la cuestión del velo islámico», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005; CAÑAMARES, S.: «Símbolos religiosos en un Estado democrático y plural», en *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 10, 2010, págs. 1-19; LLAMAZARES CALZADILLA, M^a C.: «Símbolos religiosos y Administración Pública: el problema en las aulas de centros públicos docentes», en *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*, págs. 279 y ss.; MORENO BOTELLA, G.: «Crucifijo y escuela en España», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 2, 2003; ID.: «Libertad religiosa y neutralidad escolar. A propósito del crucifijo y otros símbolos de carácter confesional», en *Revista Española de Derecho Canónico*, 58, 2001, págs. 189 y ss.; MOTILLA, A.: «La libertad de vestimenta; el velo islámico», en *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Trotta, Madrid, 2004, págs. 109-119; ROCA FERNÁNDEZ, M^a J.: «La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa en la escuela y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y propuestas para el Derecho español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 23, 2007, págs. 280-286.

⁵⁶ A este respecto, véanse AMÉRIGO, F., y PELAYO, J.D.: *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*, Documento de trabajo 179/2013, Madrid, 2013, 76 págs., disponible en: http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/b6e3c3b94b34d60f979259c0bfbcbab8.pdf; CONTRERAS MAZARÍO, J.M^a, y CELADOR ANGÓN, O.: *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas*, Documento de trabajo 124/2007, Fundación Alternativas, Madrid, 2007, 64 págs. (disponible en: http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/actividades_descargas/508934e0b582fc7ba293f1677acce428a.pdf); LABACA ZABALA, M^a L.: «La prohibición de llevar símbolos religiosos en los centros de trabajo públicos por parte de los agentes-empleados/as en Francia», en

ha tenido especial incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁷.

Dicho concepto, sin embargo, no entendemos que pueda ser trasladado automáticamente al ámbito de la empresa privada, y por tanto al ámbito de las relaciones interprivatas, toda vez que las empresas no pueden desconocer los derechos de sus trabajadores, pero respecto de los cuales solo tiene la función de tutela, al contrario que los poderes públicos que tienen además la función de garantizarlos⁵⁸.

Aplicado el presente criterio a los asuntos ahora analizados y desde un plano de estricta discriminación directa, la respuesta no puede ser otra que la dada por el TJUE avalando la posición mantenida por la empresa WEBA. Lo que ha hecho el TJUE es -como ya se ha señalado- aplicar el principio de igualdad formal, o lo que es lo mismo todos somos iguales en los efectos de la ley⁵⁹; y desde este plano nada que objetar⁶⁰. Solo

Ámbito Jurídico, Rio Grande, vol. 12, núm. 64, 2009 (disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo.id=6013); PÉREZ, S.: «Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿Señas de identidad ideológica y/o cultural?», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 13 (2011), págs. 139-187.

⁵⁷ Sobre la jurisprudencia del TEDH en la materia, véanse CACHO SÁNCHEZ, Y.: «La prohibición del uso del velo islámico y los derechos garantizados en el CEDH afectados por la prohibición. Comentario a la sentencia del TEDH de 10 de noviembre de 2005, *Layla Sahin c. Turquía*», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 9, 2006, disponible en: www.iustel.com; MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», disponible en: http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07_10_41_980.pdf; MATHIEU, C.; GUTWIRTH, S., y HERTH, P.: «La croix et les juges de la Cour européenne des droits de l'homme: les enseignements des affaires Lautsi, Eweida et Chaplin», en *Journal européen des droits de l'homme*, n° 2 (2013), págs. 238-268; RELAÑO, E., y GARAY, A.: «Los temores del TEDH al velo islámico: Leyla Shain v. Turquía», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 12, 2006.

⁵⁸ Véanse, a este respecto, sentencia del Tribunal Constitucional 101/1983, de 18 de noviembre; sentencia del Tribunal de Justicia, de 27 de octubre de 1976, *Prais/Consejo*, C-130/75, EU:C:1976:142, y sentencia TEDH de 1 de julio de 2014, *S.A.S. vs. Francia*, CE:ECHR:2014:0701JUD004383511.

⁵⁹ Ver AGRO, A.: «El principio de uguaglianza giuridica», en *Principii fondamentali*, Zanichelli-Foro italiano, Roma 1975, págs. 123-161; FINNOCCHIARO, F.: *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Giuffrè, Milán, 1958, págs. 41 y ss.; JIMÉNEZ CAMPOS, J.: «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, págs. 71-114.

⁶⁰ Un claro ejemplo de las dudas que plantea la prohibición de los símbolos religiosos o filosóficos queda claramente puesta de manifiesto en la presente argumentación del

cabe discriminación cuando exista un trato distinto fundado en la religión o las convicciones, y siempre que «ese» trato no pueda ser justificado, toda vez que de los hechos reseñados no cabe deducir que otros trabajadores si lleven o si hayan podido o puedan llevar símbolos religiosos, filosóficos o políticos⁶¹.

Ahora bien, «esa» neutralidad empresarial no tiene que implicar que deba o que pueda existir una «neutralización» de las convicciones personales y éticas de los trabajadores; cuestión esta sobre la que -sin embargo- no entra el TJUE, quedándose con ello en el plano puramente formal de los derechos fundamentales, y no entrando en una cuestión que nos parece sumamente relevante para el futuro de los derechos humanos como es el de su concepto y ámbito material o sustancial⁶². A este respecto, también debe llamarse la atención sobre el hecho de que la libertad de empresa, en la que se fundamenta y legitima las presentes actuaciones, tampoco es ilimitada, y que la misma encuentra su límite en la protección de los derechos y libertad fundamentales de terceros⁶³,

AG Rantos, en sus Conclusiones al presente asunto: "(...) reconozco que los símbolos religiosos pueden ser más o menos visibles según las distintas confesiones. No obstante, acoger este argumento equivaldría necesariamente a prohibir, con el fin de aplicar una política de neutralidad, el uso de cualquier signo de convicciones políticas, filosóficas o religiosas, lo que resultaría paradójico a la luz del objetivo de la Directiva 2000/78, que es luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones. (...) En caso contrario, la prohibición total, sin excepciones, del uso visible de cualquier signo de convicciones políticas, filosóficas o religiosas iría más allá de lo necesario y revestiría, respecto de quienes optaran por llevar un signo de tamaño reducido, un carácter punitivo, por la simple razón de que otras personas hubieran elegido usar signos vistosos" (párrafo 79).

⁶¹ Es más, en el asunto C-804/18, el Tribunal de Justicia pone de manifiesto en los hechos como la empresa afectada convenció a otra trabajadora para que dejara de llevar una cruz (apdo. 54).

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

⁶³ En este momento, con motivo de la pandemia de la COVID-19 se ha planteado la problemática de si una empresa puede o no obligar a sus trabajadores a vacunarse. Si aplicamos, por analogía, lo manifestado por el Tribunal de Luxemburgo a los casos planteados respecto de los símbolos religiosos o filosóficos, podría afirmarse que bastaría con que la empresa establezca en un régimen interno una cláusula en tal sentido justificando que lo hacen por motivos de salud de los propios trabajadores o de terceros (clientes y usuarios) para llevar a cabo dicha obligación, siempre que

debiéndose adoptar -como el propio TJUE ha manifestado- un criterio de ponderación con el fin de lograr un equilibrio entre las libertades en juego⁶⁴.

Antes de entrar en esta cuestión, sólo cabe plantear una última pregunta -ya formulada con anterioridad⁶⁵- y es si se puede ser neutral respecto de cualquier otra causa de discriminación, y si respecto de motivos objetivos (raza, orientación sexual, discapacidad⁶⁶, edad, etc.) se daría o no la misma respuesta⁶⁷. ¿Qué pensaríamos si una empresa estableciera que por ser neutral no admite el ejercicio de cualquier otro derecho fundamental de los trabajadores: libertad de expresión, libertad de información, derecho de reunión o, incluso, libertad de sindicación? ¿Y si la cuestión se planteara en el momento del acceso a un puesto de trabajo y la empresa excluyera a todas aquellas personas que llevaran o

en su aplicación ningún trabajador sufra discriminación o distinción de trato. Una segunda cuestión es si se debe o se puede distinguir entre empresas, esto es, que se deba o se pueda tener en cuenta la actividad desarrollada por la misma. Podría no ser lo mismo un hospital o una residencia de ancianos o, incluso, un colegio, que una empresa automovilística o de otra actividad similar. Una tercera cuestión versaría en relación a la posibilidad o no de incluir dicha exigencia en el momento previo de la contratación, de tal manera que si una persona rechaza la vacunación podría no ser contratada. A este respecto, podría tener relevancia la aplicación de la STJUE en el caso *X c. Comisión* (asunto C-404/92 P). Un comentario de dicha sentencia en CONTRERAS MAZARÍO, J. M^a: "Derecho a la intimidad, pruebas biomédicas y relaciones laborales. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Derechos y Libertades*, vol. 9 (2000), págs. 189-223.

⁶⁴ Véanse, por ejemplo, TJUE, sentencias de 6 de septiembre de 2012, *Deutsches Weintor*, C544/10, EU:C:2012:526; de 31 de enero de 2013, *McDonagh*, C12/11, EU:C:2013:43; y de 17 de diciembre de 2015, *Neptune Distribution*, C-157/14, EU:C:2015:823.

⁶⁵ CONTRERAS MAZARÍO, J. M^a: «El TJUE no prohíbe...», op. cit., pág. 596.

⁶⁶ Sobre el presente motivo de discriminación, ver STJUE de 26 de enero de 2021, *Szpital Kliniczny Imdra J. Babinskięp Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie*, C-16/19, EU:C:2021:64, apartado 44.

⁶⁷ Como acertadamente puso de manifiesto la Abogada General Sharpston, en sus Conclusiones, «*los requisitos impuestos por la fe [...] no son elementos que deban aplicarse cuando uno no está trabajando [...] y que puedan dejarse discretamente de lado en horas de trabajo. Según las reglas particulares de la religión en cuestión y el grado en el que un determinado individuo sea practicante, alguno de dichos elementos puede, por supuesto, no ser de obligado cumplimiento para dicho individuo y, por lo tanto, ser negociable. Pero sería totalmente incorrecto suponer que, mientras que el sexo y el color de la piel siempre acompañan a las personas, de alguna manera no sucede así con su religión*» (punto 118). Véase, en este mismo sentido, sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de septiembre de 2012, *Y y Z*, C71/11, EU:C:2012:518, apdos. 62 y 63.

portaran en ese momento un símbolo religioso, filosófico o político⁶⁸. En este caso podría alegarse que el hecho de llevarlo no prejuzga que una vez contratada lo lleve. Pero, y si es contratada y lo lleva el primer día de trabajo, ¿el trabajador no podría alegar que no ocultó sus creencias y a pesar de ello la empresa la contrató? Si esto es así, ¿cómo es posible que a esa misma mujer, que lleva pañuelo y que es contratada, se la imponga seguidamente que se lo quite por aplicación de la neutralidad de la empresa?, salvo que entendamos que eso afecta a su capacidad, a la seguridad o a su rendimiento laboral. O bien se pueda aplicar lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 2000/78. Cuestiones todas ellas que nos introducen de lleno en la problemática de la discriminación indirecta, de la que nos ocuparemos a continuación.

5. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y LÍMITES

5.1. Concepto

La problemática de la discriminación indirecta⁶⁹ es el eje central del asunto C-804/18, lo que no ha impedido que haya sido tratada también

⁶⁸ En este sentido, el TJUE ha considerado que «*el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido del art. 2, apdo. 2, letra a), de la Directiva 2000/43, ya que declaraciones de esa clase pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar empleo y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo*» (Sentencia de 10 de julio de 2008, *Feryn*, C-54/07, EU:C:2008:397). Y lo mismo ha dicho respecto al no acceso al empleo por motivos de convicción: STJUE de 17 de abril de 2018, *Egenberger/Diaconia*, C-414/16, EU:C:2018:257. Sobre esta sentencia, ver CONTRERAS MAZARÍO, J. M^a: “Empresas de tendencia y discriminación religiosa (comentario a las sentencias del TJUE de 17 de abril de 2018, asunto C-414/16, y de 11 de septiembre de 2018, asunto C-68/17)”, en *Revista de Derecho Social*, nº 91 (2020), págs. 117-148; LETURIA NAVARROA, A.: “Tutela antidiscriminatoria en las relaciones laborales con organizaciones de tendencia religiosa. A la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE: asuntos Egenberger e IR-JQ”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 52 (2020).

⁶⁹ La primera vez que se habla de discriminación indirecta es en el caso *Greggs c. Duke Power Co* abordado por el Tribunal Supremo de los EE. UU., en 1971 -401 US 424 (1971)-. Se trata de una central energética de tratamiento del carbón en las que existían cinco categorías profesionales, desde «obreros» (el nivel más bajo) hasta «laboratorio» (el nivel más alto). Durante la década de los cincuenta, la empresa prohibía

por el TJUE en el caso C-341/19. A este respecto, por discriminación indirecta⁷⁰ cabe entender, partiendo del artículo 2, apdo. 2, letra b), de la Directiva 2000/78, «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de una religión o convicción determinada en desventaja particular con respecto a otras personas de otra religión o convicción, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios»⁷¹.

Partiendo de esta definición, cabe establecer la concurrencia de cuatro elementos para que se produzca este tipo de discriminación, a saber: a) la existencia de una norma, criterio o práctica aparentemente neutra, lo que supone que no exista ánimo discriminatorio; b) que la norma, criterio o práctica provoque una desventaja para el trabajador respecto de

el acceso de los trabajadores de raza negra a las categorías superiores a la de «obresos». Tras la aprobación de la Ley de Discriminación en 1964, la empresa cambió los criterios de acceso a los niveles 2 a 5, exigiendo a los candidatos la titulación de High School (sería más o menos nuestro bachillerato). Con dicha medida se garantizaba que las categorías superiores siguieran estando ocupadas por personas de raza blanca, ya que muy pocos negros alcanzaban dicho nivel educativo. La empresa, en el juicio, mantuvo que su intención nunca fue discriminatoria, sino que estuvo motivada por el interés en mejorar la calidad de sus trabajadores y, con ello, la productividad y los beneficios. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que sí había habido discriminación, ya que la empresa no había justificado razonablemente los requisitos formativos en relación con la actividad a desarrollar.

⁷⁰ Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «la discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas» (Observación General núm. 20).

⁷¹ Sobre esta temática, véanse también TJUE: sentencias de 31 de marzo de 1981, *Jenkins/Kingsgate*, C-96/80, EU:C:1981:80; de 13 de mayo de 1986, *Bilka/Weber von Hartz*, C-170/84, EU:C:1986:204; de 1 de julio de 1986, *Rummler*, C-237/85, EU:C:1986:277; de 13 de julio de 1989, *Rinner-Kühn*, C-171/88, EU:C:1989:328; de 17 de octubre de 1989, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening*, en nombre de Danfoss, C-109/88, EU:C:1989:383; de 27 de junio de 1990, *Kowalska*, C-33/89, EU:C:1990:265; de 7 de febrero de 1991, *Nimz*, C-184/89, EU:C:1991:50; de 4 de junio de 1992, *Bötel*, C-360/90, EU:C:1992:246; de 27 de octubre de 1993, *Enderby*, C-127/92, EU:C:1993:859; de 14 de marzo de 2017, *Achbita/G4S*, C-157/15; de 14 de marzo de 2017, *Bouagnaoui/Micropole*, C-188/15; de 17 de abril de 2018, *Egenberger*, C-414/16; y de 22 de enero de 2019, *Cresco*, C-193/17.

otro; c) que dicha desventaja se produzca en atención a motivos religiosos o de convicción, y d) que la norma, decisión o práctica no tenga una finalidad legítima ni justificación objetiva alguna.

En cuanto al primero de los requisitos, cabe reproducir lo dicho respecto de la cláusula de neutralidad, la cual supone una presunción *iuris tantum* en favor de la inexistencia de un ánimo discriminatorio. Ahora bien, lo que sí provoca dicha cláusula es una desventaja para este tipo de trabajadores respecto de otros, y esta desventaja encuentra su motivo en la religión o las convicciones profesadas por dichas empleadas. Hasta aquí, los hechos relatados permitirían afirmar que se ha producido una vulneración en el derecho fundamental de libertad religiosa de las trabajadoras reseñadas, pero ésta sólo se podrá entender como violación si no se puede encuadrar dentro de algunos de los elementos que integran el orden público como límite del mencionado derecho (configurado en el mencionado punto d), esto es, que la norma, decisión o práctica no tenga una finalidad legítima ni justificación objetiva alguna).

5.2. Los límites en la Directiva 2000/78: art. 2, apartado 2, letra b)

Este último requisito nos introduce en la temática de los límites, unos límites establecidos in fine de la letra b), del apartado 2, del artículo 2 de la Directiva 2000/78; cláusula que debe ponerse en conexión con el apartado 5, del artículo 2, de esa misma Directiva. Lo anterior se realiza sobre la base de considerar que el derecho de libertad religiosa no es un derecho absoluto, sino que está -como el resto de derechos y libertades fundamentales- sometido a límites, en concreto a lo establecido en el artículo 52, apdo. 1, de la CDFUE, sin olvidar -como hace el propio TJUE⁷²- al artículo 9, apartado. 2, del CEDH. A este respecto, la justificación de la cláusula de neutralidad viene dada por la protección de los derechos y libertades de terceros⁷³, en especial con relación a la libertad de empre-

⁷² Caso *Achbita/G4S*, apdo. 39.

⁷³ En este sentido, las dos Abogadas Generales de los asuntos *Achbita/G4S* y *Bougnaoui/Micropole* hacen referencia a los derechos y libertades fundamentales de terceros como límite a la no discriminación, pero resulta curioso que cuando hacen referencia a la libertad de empresa una (la Sra. Kokott) lo considera como un factor legitimador de la discriminación (puntos 88 a 93), mientras que la otra (Sra. Sharpston) considera que ni el interés empresarial, ni su relación con los clientes, resultan suficientes (punto 118). Junto a este elemento limitador, la Abogada General Sharpston hace

sa, lo que convierte a la misma en factor legitimador de la discriminación (C-804/18, apdo. 63. Y C-341/19, apdo. 76)⁷⁴.

Para el Tribunal, el contacto de dichos trabajadores con terceros, esto es, con "clientes", ya sean clientes "sin más" o clientes específicos como en el caso de los alumnos o de los padres y madres de esos alumnos, se convierte en una finalidad legítima a los efectos de la letra b), del apartado 2, del artículo 2, de la Directiva (C-804/18, apdo. 65). A este respecto, y por lo que respecta al asunto C-804/18 (siempre que el asunto 341/19 se entienda que se ha producido una discriminación directa) debe traerse a colación un elemento ya apuntado por el Tribunal en los asuntos *Achbita/G4S* y *Bougnauoi/Micropole* como es el hecho de que la trabajadora pudiese o no ser situada en un puesto de trabajo sin contacto directo con los clientes (C-804/18, apdo. 63, y C-341/19, apdo. 77) o usuarios (C-804/18, apdo. 65). Este elemento resulta, una vez más, relevante en los casos que nos ocupan, toda vez que el factor de la neutralidad alcanza u obtiene su fundamento en el mencionado dato⁷⁵.

Un segundo factor a tener presente en el concepto de finalidad legítima y de carácter adecuado y necesario en los medios empleados para conseguirla tiene que ver con el hecho de que dichos aspectos deberán

también referencia a la seguridad y a la salud pública como dos factores limitadores de la libertad religiosa de la trabajadora, para lo cual pone dos ejemplos: el primero relacionado con la edad (punto 97) y el segundo con el sexo (punto 98). Ejemplos ambos bien traídos a colación, ya que sin lugar a dudas las circunstancias dónde y cómo se debe realizar la actividad laboral (seguridad y salud pública) sí pueden convertirse en requisitos de limitación en el ejercicio del derecho de libertad religiosa, y ello con independencia de la capacidad del trabajador. No obstante, debe precisarse que del análisis de los dos casos planteados no cabe deducir que el uso del pañuelo suponga o pueda suponer en los presentes casos un factor que afecte ni a la seguridad, ni a la salud pública, más aún cuando -como se ha indicado- se está en presencia de un pañuelo que no cubre la cabeza de las trabajadoras, ni la actividad laboral a desarrollar por las trabajadoras exige el uso de prendas especiales al efecto.

⁷⁴ En el caso *Bougnauoi/Micropole*, el TJUE no aborda esta cuestión, al contrario de lo que sucede en el asunto *Achbita/G4S*, donde el TJUE sí aborda dicha cuestión al tratar del requisito de una finalidad legítima, y con ella la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad en las relaciones con los clientes, conectando ésta con el derecho a la libertad de empresa (apdos. 37 y 38).

⁷⁵ Este elemento ya fue puesto de manifiesto por el Tribunal en la sentencia *Achbita/G4S*, apdos. 37 y 38.

interpretarse de forma estricta y la prohibición ajustarse a lo estrictamente necesario (C-804/18, apdo. 61, C-341/19, apdo. 76)⁷⁶.

Amén de que el uso de dicho símbolo debe ser o suponer un perjuicio para la empresa⁷⁷. A estos efectos, el elemento del “perjuicio” debe ser una cuestión objetiva y objetivable y no solo una presunción, la empresa debe demostrar que se han producido bien quejas por parte de los clientes o usuarios bien consecuencias desfavorables, ya que de lo contrario nos encontraríamos una vez más en el caso *Bouagnaoui*, y -como en aquél- se produciría una discriminación indirecta, ya que no tendría justificación en el apartado 1, del artículo 4, de la Directiva 2000/78 (C-804/18, apdo.67)⁷⁸.

También cabe incluir como causa o finalidad legítima para justificar por parte del empresario el establecimiento de una cláusula de neutralidad que éste busque un elemento de paz social dentro de la misma (apdo. 36), para lo cual es necesario que, a su vez, éste tenga que demostrar que existía o existe, en el momento en que se establece la norma interna en cuestión, un riesgo concreto de menoscabo de esa finalidad o de conflicto entre los trabajadores (C-341/19, apdo. 85).

⁷⁶ En este mismo sentido, véase TJUE: sentencias de 16 de julio de 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14, EU:C:2015:480, apdo. 112, y *Achbita/G4S*, apdo. 43.

⁷⁷ A este respecto resulta de interés traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo relacionada con el despido de una profesora de religión por haber contraído un segundo matrimonio en forma civil y no haber iniciado el expediente de nulidad canónica de su primer matrimonio: STS 3145/2021, de 20 de julio (en internet: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/d250ca84d64acb1e/20210806>). La profesora mantenía, en la actualidad, una relación estable con una tercera persona. En dicha sentencia, el TS declara nulo dicho despido por discriminación y violación de sus derechos fundamentales, al entender que el centro no ha justificado el “perjuicio” para la empresa o las quedas de los padres. En concreto, el Tribunal considera que “correspondía al Arzobispado y, en su caso, a la administración empleadora, la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida adoptada y de su proporcionalidad (artículos 96.1 y 181.2 LRJS), lo que no consta que se haya producido, dado que resultaba necesario que se garantizase la motivación estrictamente religiosa de la decisión que no provocase la lesión de los derechos fundamentales de la trabajadora o que, en último caso, permitiese constatar que el hipotético sacrificio de alguno de ellos tuviese la adecuada correspondencia con los derechos cuya protección pudiera derivarse de la decisión adoptada cuya consecuencia era la pérdida del empleo que, desde otra perspectiva, también resulta ser un bien constitucionalmente protegido” (FJ cuarto.1).

⁷⁸ Sentencia *Bouagnaoui/Micropole*, apdos. 40 y 41.

Por consiguiente, estamos en presencia de un catálogo *apertus* de “finalidades legítimas” que puede convertirse en un cajón sin fondo. Mientras que las dos primeras finalidades: quejas de clientes o usuarios y quebrantos económicos, pueden ser objetivas y razonables, no ocurre lo mismo con la tercera de las causas –ahora incorporada: paz social- toda vez que –a nuestro juicio- el problema no tiene su origen en la vestimenta en sí (esta sólo se utiliza como elemento de disculpa o justificativa), sino en algo más profundo como es la intolerancia hacia “el/la otro/a”; y ésta sólo puede combatirse con la educación y el respeto. En consecuencia, no se trata de “menos” derechos, sino de “más” derechos. Lo que se rechaza “ahora” es “su” forma de vestir (su hiyab) y si está no existe (se quita el hiyab) lo que se rechazará seguidamente será simple y llanamente a dicha persona por el sólo hecho de ser “esa” persona.

5.3. *La relación entre los derechos de libertad religiosa y libertad de empresa: ¿autolimitación recíproca?*

Debemos después de lo expuesto analizar brevemente la relación existente entre el símbolo religioso y el derecho de libertad religiosa, así como el derecho de libertad de empresa y su contenido, para posteriormente abordar, dentro de la temática de los límites, la cuestión referida a las relaciones entre derechos y bienes en conflicto, porque así lo ha hecho el Tribunal de Justicia en esta ocasión.

Por lo que se refiere a la libertad de conciencia y religiosa, cabe señalar que la Directiva comunitaria no define el concepto «religión», y no lo define porque, en base al principio de laicidad, dicho término no es competencia de los Estados⁷⁹, sino de las propias confesiones o comunidades religiosas, lo que no es óbice para que el legislador de la UE si haya regulado y tutelado, dentro de los derechos fundamentales, la libertad de conciencia y religiosa⁸⁰, entendiendo que, además de constituir “uno de los pilares de una sociedad democrática” en el sentido del Convenio, queda protegido tanto el *forum internum* (el derecho a profesar una religión o a tener convicciones (C-804/18, apdo. 52)⁸¹, como el *forum externum* (la manifestación pública de la fe religiosa o de sus convicciones individual y

⁷⁹ Sentencia Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4.

⁸⁰ Véase sentencia del Tribunal de Justicia, caso *Achbita/G4S*, apdos. 26 y 27.

⁸¹ Ver, a este respecto, sentencia *Achbita/G4S*, apdos. 30 y 32.

colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos ([C-341/19, apdo. 81]). Para ello, el Tribunal de Justicia hace referencia a la sentencia del TEDH de 15 de febrero de 2001, *Dahlab c. Suiza*⁸², según la cual:

*"[el presente derecho] es, en su dimensión religiosa, uno de los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida" y "un bienpreciado para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes que contribuye al pluralismo -conquistado con duro esfuerzo a lo largo de los siglos- consustancial a tal sociedad" (FJ 1)*⁸³.

Pues bien, es dentro de ese foro externo donde se encuadra el uso de símbolos religiosos y donde su uso queda protegido, tanto frente a los poderes públicos como respecto de los particulares⁸⁴. En ninguno de los dos casos se cuestiona este elemento ni se pone duda alguna sobre que el mismo forme parte del contenido esencial del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión garantizado en los artículos 10 de la CDFUE y 9 del CEDH.

Lo importante en este caso es la «profundidad» en las convicciones profesadas, lo que supone -como acertadamente puso de manifiesto la Abogada General Sharpston en el caso *Bougnaoui*- que *«los requisitos impuestos por la fe [...] no son elementos que deban aplicarse cuando uno no está trabajando [...] y que puedan dejarse discretamente de lado en horas de trabajo. Según las reglas particulares de la religión en cuestión y el grado en el que un determinado individuo sea practicante, alguno de dichos elementos puede, por supuesto, no ser de obligado cumplimiento para dicho individuo y, por lo tanto, ser negociable. Pero sería totalmente incorrecto suponer que, mientras que el sexo y el color de la piel siempre acompañan a las personas, de alguna manera no sucede así con la religión»* (punto 118).

El otro derecho en juego es la libertad de empresa que confiere a su titular las facultades de organización y estructuración de la empresa. Dentro de dicho contenido, el Tribunal incluye la capacidad del empresario para la introducción o inclusión de las reseñadas cláusulas de neutralidad.

⁸² CE:ECHR:2001:0215DEC004239398.

⁸³ Asunto C-804/18, apdo. 48.

⁸⁴ En este sentido, véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., y CALVO GALLEGOS, F.J.: «La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por motivos religiosos», en *Temas Laborales*, núm. 59 (2001), págs. 125-163.

En este segundo ámbito, el Tribunal de Luxemburgo incluye, además, el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas (art. 14.3 de la Carta), dando un giro de turca a la misma ya que no se sabe muy bien si con dicha apelación el Tribunal quiere convertir a los centros en cuestión en centros equiparables a los centros públicos o, por el contrario, los equipara a centros ideológicamente caracterizados. En la hipótesis primera, cabría entender que la neutralidad del centro exige la no manifestación pública de las creencias o convicciones de los docentes o personal pedagógico, haciendo imposible el ejercicio del derecho de libertad religiosa sólo respecto del reseñado personal⁸⁵, lo que —a nuestro juicio— no concuerda de una manera plena con las Recomendaciones de la ciudad de Hamburgo, en las que dice basarse la propia empresa⁸⁶.

Más complejo resulta su aplicación en el ámbito de la segunda hipótesis, toda vez que —en el presente caso— el ideario educativo estaría marcado por la neutralidad, pero una neutralidad que sólo es predicable respecto de los docentes o personal equiparable, pero no así respecto de los discentes y de los padres de éstos que podrán profesar cualquier convicción religiosa o filosófica.

La concurrencia de todos estos derechos, que gozan de un contenido esencial (cuya determinación más precisa por parte del Tribunal se hecha en falta), son considerados por el Tribunal como derechos no absolutos, sino limitados y pueden —por ende— limitarse. Pues bien, en esta ocasión, el Tribunal —como tendremos ocasión de analizar más tarde— conecta los mencionados derechos con la referida cláusula más favorable (Art. 8 Directiva), situándolos —en principio— al mismo nivel, por cuanto en la Carta todos son considerados derechos fundamentales. Aunque dicha temática plantea serias dudas por lo que se refiere a su aplicación al ámbito español, dejamos para ese momento posterior las dudas que dicha cuestión nos plantea⁸⁷.

⁸⁵ En esta misma línea véase, STEDH *Dahlab c. Suiza*, de 15 de febrero de 2001.

⁸⁶ Ver dichas Recomendaciones en el apdo. 23 de la presente sentencia.

⁸⁷ Ver *infra*, punto 6.2.

6. CLÁUSULA MÁS FAVORABLE, MARGEN DE APRECIACIÓN Y DERECHO NACIONAL

Las dos últimas temáticas a abordar tienen que ver con las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y los derechos nacionales. En concreto, estas dos temáticas versan sobre la aplicación o no del margen de apreciación nacional en esta materia, la primera, y el hecho de si una norma nacional puede funcionar o no como cláusula más favorable a los efectos del artículo 8 de la Directiva, la segunda.

6.1. Margen de apreciación y libertad religiosa

Como ya se ha señalado anteriormente, la normativa de la Unión Europea ha garantizado el derecho fundamental a la libertad de conciencia y de convicción religiosa o filosófica, pero ni en la Carta ni en la presente Directiva se hace referencia alguna al contenido o alcance material del mismo. De donde cabe deducir dicho contenido, y así lo hace el propio Tribunal de Justicia, es del artículo 9 del CEDH (teniendo el mismo sentido y contenido que éste [cfr. art. 52.3 de la Carta]) y de la jurisprudencia que al efecto ha desarrollado el TEDH (C-341/19, apdo. 81). Tampoco de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros cabe deducir un contenido homogéneo, lo que lleva al Tribunal a reconocer la existencia de un cierto margen de apreciación por parte de los tribunales nacionales (C-341/19, apdo. 86).

En este sentido, y teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, el Tribunal de Justicia afirma que *“la Directiva [2000/78] (...) permite tener en cuenta el contexto propio de cada Estado miembro y reconocer a cada uno de ellos un margen de apreciación en el marco de la conciliación necesaria entre los diferentes derechos e intereses en juego, con el fin de garantizar un junto equilibrio entre estos”* (C-341/19, apdo. 88). No obstante, dicho margen de apreciación que se reconoce a los Estados miembros debe ir acompañado de un cierto control por parte del juez de la Unión, consistente en apreciar si las medidas adoptadas a nivel nacional están justificadas y resultan proporcionadas (C-341/19, apdo. 86).

6.2. *Cláusula más favorable (art. 8 Directiva 2000/78) y derecho nacional*

Como ya dijéramos anteriormente, el Tribunal de Justicia plantea -con ocasión del asunto C-341/19 y ante la pregunta 2) suscitada por el Tribunal Supremo alemán- la aplicación de la cláusula más favorable y con ella la relación que existe o pueda existir entre los derechos y bienes en conflicto y su desarrollo por las leyes nacionales. A este respecto, el Tribunal de Justicia agrupa en dos ámbitos los derechos en juego, a saber: el principio de no discriminación (art. 21 Carta) y el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 10 Carta), por un lado, y el derecho de los padres (art. 14.3 Carta) y la libertad de empresa (art. 16 Carta), por otro.

Respecto a la primera de las cuestiones, esto es, la aplicación o no de la citada cláusula cuando se trata de la aplicación de una ley nacional, el Tribunal da una respuesta favorable (C-341/19, apdo. 89) a la misma sobre la base de que la directiva analizada *"deja un margen de apreciación a los Estados miembros, habida cuenta de la diversidad de los planteamientos de estos en cuanto al espacio que otorgan a la religión o a las convicciones"* (C-341/19, apdo. 86).

El Tribunal -como ya hemos dicho- entra sólo en el análisis de la Carta, y a este respecto, y después de considerar que dichas limitaciones deben responder a lo estrictamente necesario (C-341/19, apdo. 83)⁸⁸, considera que *"la valoración de la observancia del principio de proporcionalidad se lleve a cabo respetando la necesaria conciliación de las exigencias relacionadas con la protección de los distintos derechos y principios de que se trate y el justo equilibrio entre ellos"* (C-341/19, apdo. 84)⁸⁹; dejando dicha apreciación final en manos de los órganos jurisdiccionales nacionales (C-341/19, apdo. 83)

Mientras que respecto al alcance y contenido de los derechos en juego, cabe señalar que a este respecto resulta relevante no sólo la posible remisión ya realizada al artículo 9 del CEDH, sino también a las disposiciones nacionales que protegen la libertad religiosa, así como su conside-

⁸⁸ En este mismo sentido, ver STJUE *Achbita/G4S*, apdo. 43.

⁸⁹ En esta misma línea, véase sentencia de 17 de diciembre de 2020, *Central Israëlitisch Consistorie van België y otros*, asunto C-336/19, EU:C:2020:1031, apdo. 65.

ración como disposiciones más favorables en el sentido del artículo 8.1 de la Directiva 2000/78 (C-341/19, apdo. 89).

En este contexto, y por lo que se refiere al ámbito español, la cuestión a plantear es si se podría tener presente por parte de nuestros órganos jurisdiccionales la distinta posición que ocupan en nuestra Constitución uno y otro de los derechos en conflicto, sobre todo si los dos derechos en juego son, por un lado, el derecho de libertad de conciencia y religiosa (art. 16.1 CE) y el principio de no discriminación por motivos religiosos y de convicción (art. 14 CE) y, por otro, el derecho a la libertad de empresa (art. 33 CE), lo que hace que en el primero de los supuestos estemos ante derechos fundamentales (contenidos en la sección primera, del Capítulo II, del Título I de la Constitución), mientras que en el segundo de los casos (la libertad de empresa) se trata de derechos de los ciudadanos (al encontrarse regulado en la sección segunda, del Capítulo II, del Título I de la Constitución). Se trata de una situación que si bien respecto a esta materia no ha sido tenida presente, en principio, por los tribunales españoles, si parece que pueda ser tenida en cuenta por los órganos jurisdiccionales alemanes a tener de lo ya manifestado por éstos con carácter previo (cfr. C-804/18, apdo. 32, y C-341/19, apdo. 39).

7. CONSIDERACIONES FINALES

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

En primer término, para el TJUE no habrá discriminación directa, a efectos del artículo 2, apdo. 2, letra a), de la Directiva 2000/78, cuando la norma o medida que aplicar *«trate por igual a todos los trabajadores de la empresa»* y ello sucede porque, *de forma general e indiferenciada, [la empresa ha impuesto] una neutralidad indumentaria que se opone al uso de [todo] signo»* ya sea religioso, filosófico o político (asunto C-804/18, apdo. 44). El argumento utilizado por el Tribunal resulta formalmente impecable, pero su aplicación sitúa principalmente a las trabajadoras ante la disyuntiva de tener que elegir entre su trabajo o su religión, lo que objetivamente supone una violación del derecho de libertad religiosa de dichas trabajadoras.

En segundo lugar, el Tribunal si considera que añadir calificativos a la expresión “símbolo religioso o filosóficos visible” del tenor siguiente: “os-

tensibles”, “grandes”, “de gran tamaño” etc., supone una violación del principio de no discriminación directa, ya que su establecimiento “*tendrá como consecuencia que determinados trabajadores sean tratados de manera menos favorable que otros por motivos de su religión o de sus convicciones*” (asunto C-341/19, apdo. 73).

En tercer lugar, el TJUE, en ambos asuntos, parte de considerar que «*la diferencia de trato no constituirá una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios*» (asuntos C-804/18, apdos. 56 y 60, y C-341/19, apdo. 83). Y ofrece algunas indicaciones para que los tribunales nacionales, que son los únicos competentes, determinen «*si, y en qué medida, la norma interna es conforme con estos requisitos*» (asunto C-804/18, apdos. 61 a 65). En este sentido, y a modo de ejemplo, la sentencia señala «*que el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes, tanto del sector público como del sector privado, tiene un carácter legítimo, en particular cuando solo atañe a los trabajadores que están en contacto con los clientes, ya que dicho deseo está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en la Carta*» (asunto C-804/18, apdo. 63). Por tanto, el TJUE considera que «*la prohibición del uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas es apta para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma general e indiferenciada*» (asunto C-804/18, apdos. 52 y 54).

La medida de la neutralidad empresarial en la vestimenta de los trabajadores queda, pues, legitimada por el hecho de que se imponga a todos los trabajadores por igual. Entenderlo, pues, como lo hace el TJUE conduce –a nuestro juicio- a una inaceptable consecuencia de admitir que quien desea usar o portar un símbolo religioso o filosófico se vea obligado a elegir entre renunciar a su derecho fundamental a la libertad religiosa o asumir el riesgo de perder su puesto de trabajo, lo que supone otorgar a la libertad de empresa una prevalencia absoluta sobre la libertad religiosa individual. En definitiva, que se imponga la uniformidad, cuando lo que –a nuestro juicio- debería resaltarse es la diversidad, la diferencia y la multiplicidad de las personas porque son diferentes: todas iguales, pero diferentes (cfr. art. 1 de DUDH). De este modo, lo que se prohíbe es la diferencia, al diferente, y la diferencia –debe recordarse- está en el propio origen de los derechos fundamentales.

En cuarto lugar, el TJUE, en la presente sentencia, vuelve a dejar -como no podía ser de otra manera en este tipo de asuntos⁹⁰- la pelota en manos de los órganos jurisdiccionales nacionales. A este respecto, la solución deberá estar dirigida a la búsqueda de criterios practicables que permitan conciliar en el caso concreto las exigencias de la libertad de empresa y el principio de neutralidad con la protección de los derechos fundamentales en general, y de la libertad religiosa en particular, de los trabajadores.

En este sentido, el Tribunal ha precisado que si los respectivos jueces nacionales consideran probado que, tanto en la empresa Weba como en la MH Müller, existía «*un régimen general e indiferenciado en la materia*» (asuntos C-804/18, apdos. 52, 54 y 60, y C-341/19, apdos. 77 y 78), y que la medida o regla afecta bien a quienes están en contacto directo con los clientes o usuarios bien se demuestre que la medida pretende evitar conflictos interno o consecuencias económicas no deseadas (C-341/19, apdo. 85), la sanción o el despido se podrían entender legal u objetivo, respectivamente, y, por tanto, conforme a derecho (C-804/18, apdo. 64). Ahora bien, también se debe recordar que corresponde a los jueces nacionales entender si ha existido o no la posibilidad de que las empresas en cuestión hubieran ofrecido a estas trabajadoras un puesto de trabajo que no conllevara contacto visual con los clientes, en lugar de proceder a su despido (caso *Achbita/G4S*, apdo. 43). Si así lo entienden, la respuesta de los Tribunales nacionales deberá ser negativa y, en consecuencia, el despido será declarado improcedente.

En quinto lugar, el TJUE también manifiesta que la «*prohibición puede constituir una discriminación indirecta si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas*» (asunto C-804/18, apdo. 69), lo que aparentemente no parece haberse probado en ninguno de los dos asuntos aquí tratados. No obstante, debemos señalar que si *stricto sensu* no cabe hablar de discrimi-

⁹⁰ Véase, sobre esta materia, GIL IBÁÑEZ, J.L.: «La cuestión prejudicial y el papel del Juez nacional», disponible en: http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/12_Jurisdiccions/2008_ibanez_ES.pdf; GIL IBÁÑEZ, J.L.: «El papel del juez nacional en la aplicación del derecho de antidiscriminación de la UE: La relación con los ordenamientos jurídicos internos y la cuestión prejudicial», disponible en http://www.era-comm.eu/oldoku/SNLLaw/10_Preliminary_ruling_procedure/2014_Gil%20Ibanez_PPT_ES.pdf (visitado por última vez el 2 de agosto de 2021).

nación, en el mejor de los casos nos encontramos ante «prejuicios» que si conllevan -y ello no puede ser obviado- el «germen» de la intolerancia y el rechazo «al otro» por el solo hecho de llevar o portar un símbolo religioso, filosófico o político. Y todo ello, sin que se hayan producido referencias expresas y demostrables a los prejuicios económicos ocasionados o a las quejas efectuadas por padres o alumnos por el hecho de que las trabajadoras porten símbolos religiosos⁹¹.

Una sexta consideración tiene ver con la denominada cláusula más favorable (art. 8.1 Directiva 2000/78), adoptando el Tribunal –en contra de lo manifestado por el AG Sr. Rantos⁹² - una posición favorable a su aplicabilidad tanto por lo que respecta a las disposiciones de la Unión Europea como respecto de las normas nacionales (C-341/19, apdo. 89). Criterio éste que, si bien no tiene consecuencias por lo que al Derecho de la Unión Europea se refiere, ya que los derechos en juego se encuentran todos ellos al mismo nivel normativo (la Carta), si puede llegar a tenerlas a nivel de los Derechos nacionales, toda vez que en éstos los derechos en juego si pueden encontrarse garantizados a diferente nivel.

En séptimo y último lugar, debemos señalar que por lo que respecta al denominado “margen de apreciación”, el Tribunal también se manifiesta positivamente, manifestando al efecto que *“la Directiva (...) permite tener en cuenta el contexto propio de cada Estado miembro y reconocer a cada uno de ellos un margen de apreciación en el marco de la conciliación necesaria entre los diferentes derechos e intereses en juego, con el fin de garantizar un junto equilibrio entre ellos”* (C-341/19, apdo. 88). Ahora bien, ello sin olvidar, por un lado, la labor de control que corresponde ejercer al juez de la Unión y, por otro, al principio de proporcionalidad (C-341/19, apdo. 86).

⁹¹ Sobre la exigencia de demostrar por parte de la empresa la existencia dichos “perjuicios” económicos o “quejas” efectuadas por clientes o usuarios, ver STS 3145/2021, de 20 de julio (en internet: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/d250ca84d64acb1e/20210806>).

⁹² Ver Conclusiones del AG Sr. Rantos, párrafo 89.