



Trabajo Fin de Máster

El principio de no discriminación por motivos religiosos y de convicción en el ámbito laboral: El acomodamiento razonable.

Autor

Belén Salanova Sánchez

Directora

Mari Elósegui Itxaso

Facultad de Derecho
Año 2013

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1: EL SENTIDO Y ALCANCE DEL CONCEPTO DE “CREENCIAS RELIGIOSAS” Y “CONVICCIONES”	9
I. CONSIDERACIONES PREVIAS	9
II. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EN LOS PACTOS DE 1966	15
II.1. Observación general nº 22	17
III. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE RELIGIÓN Y CONVICCIONES DESDE EL TEDH	19
CAPÍTULO 2: EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN EL ÁMBITO LABORAL	22
I. NACIONES UNIDAS Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS	23
I.1. La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones	23
I.2. El Convenio nº 111 de la OIT	27
II. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN EL ÁMBITO LABORAL: EL CONSEJO DE EUROPA	29
II.1. El Protocolo nº 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos	32
II.2. Recomendación nº 14 de Política General de la ECRI	36
III. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN EL ÁMBITO LABORAL: LA UNION EUROPEA	41
III.1. La Directiva 2000/78/CE	43
1.1. Causas de justificación del trato menos favorable	46
1.1.a) Causa de justificación general	46
1.1.b) Causas de justificación específicas	47
CAPÍTULO 3: EL CONCEPTO DE ACOMODAMIENTO RAZONABLE COMO TÉCNICA DE ARMONIZACIÓN	50
I. INTRODUCCIÓN	50
II. DIFERENTES CONCEPTOS DE ACOMODO RAZONABLE	51
III. LA LAICIDAD ABIERTA COMO FUNDAMENTO DEL ACOMODAMIENTO RAZONABLE	54
IV. LOS LÍMITES AL ACOMODAMIENTO DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA	57

CAPÍTULO 4: LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LAS EMPRESAS NEUTRAS	63
I. INTRODUCCIÓN	63
II. SUPUESTOS CONFLICTIVOS DURANTE EL DESARROLLO DE LA VIDA LABORAL, COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO EXTERNO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA	66
II.1. El momento de la contratación	66
II.2. Prestación de la actividad laboral	70
2.1. Libertad religiosa: El descanso laboral y las festividades religiosas	74
II.3. La extinción del contrato	79
III. LOS CASOS <i>EWEIDA</i> Y OTROS EN EL TEDH	83
A. Hechos	83
B. La decisión de la Corte europea	87
CAPÍTULO 5: LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LAS EMPRESAS DE TENDENCIA	92
I. INTRODUCCIÓN	92
II. LA CLÁUSULA DE SALVAGUARDIA	95
III. DOS ENFOQUES DISTINTOS: LA EMPRESA DE TENDENCIA Y LA TAREA DE TENDENCIA	99
IV. LAS EMPRESAS DE TENDENCIA: UN SUPUESTO ESPECIAL DE NO DISCRIMINACIÓN	105
IV.1. La Directiva 2000/78, de 27 de noviembre relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación	108
V. CONFLICTO DE DERECHOS DURANTE LA VIDA DE LA RELACIÓN LABORAL	110
V.1. Nacimiento de la relación laboral	111
V.2. Desarrollo de la relación laboral	112
V.3. Extinción de la relación laboral: despido	114
CAPÍTULO 6: PROFESORES DE RELIGIÓN: UN SUPUESTO POLÉMICO DE TENDENCIA	116
I. INTRODUCCIÓN	116
II. NATURALEZA JURÍDICA DEL VÍNCULO ENTRE EL PROFESOR DE RELIGIÓN Y SU EMPLEADOR	118
III. DECLARACIÓN DE IDONEIDAD	122
IV. LA DIMENSIÓN COLECTIVA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN	126
V. UN SUPUESTO ESPECIAL DE TAREA DE TENDENCIA	128
VI. EL TEDH: EL CASO <i>FERNÁNDEZ MARTÍNEZ CONTRA ESPAÑA</i>	131

CONCLUSIONES	138
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	152
BIBLIOGRAFÍA	153
ÍNDICE DE LEGISLACIÓN	161
Legislación española	161
Legislación internacional	162
Legislación europea	162
Legislación canónica	164
Otra legislación	164
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	165
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	165
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	165
Tribunal Constitucional	165
Tribunal Supremo	166
Otras instancias	166

INTRODUCCIÓN

El derecho a la libertad de conciencia se presenta como un derecho fundamental básico, inherente a la naturaleza humana, claro y necesario reflejo de la dignidad de la persona. Es un derecho que se identifica primaria e indisolublemente con la dignidad y la racionalidad del ser humano y se erige por ello en un derecho originario, en un derecho generador de derechos. La libertad de conciencia se concibe como la primera de las libertades, de la que derivan la libertad de pensamiento y la libertad religiosa¹.

Ahora bien, esta libertad, que se traducirá en creencias religiosas, convicciones... pertenece a la esfera íntima del individuo, a su fuero interno, ajena, por lo tanto, a regulaciones jurídicas, que no cobrarán sentido hasta el momento en que el derecho a la libertad religiosa se manifieste externamente, momento éste en que el Estado debe garantizar y proteger en toda su extensión las actuaciones externas del ejercicio de la libertad religiosa. “De nada sirve al individuo saberse poseedor de un derecho de libertad religiosa si no le es reconocido en la sociedad en la que se desenvuelve o si, como consecuencia del ejercicio, se ve obligado a sufrir una serie de perjuicios”².

¹ BENEYTO, J.M., “Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa” en O. Alzaga (ed.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, II, Edersa, Madrid, 1984.

² ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2008, p. 20.

El resultado inmediato del ejercicio de este derecho a la libertad religiosa es el de una sociedad plural. El fenómeno de la diversidad religiosa ha hecho su aparición para asentarse y conformar la realidad sociológica de las sociedades actuales, si bien dista mucho de ser un fenómeno reciente, a ello han contribuido tanto los procesos migratorios, como los avances en transportes y comunicaciones y en definitiva, la globalización. Convivir con el pluralismo religioso y cultural, respetándolo y adaptándose al mismo, resolviendo las situaciones conflictivas que plantea desde el prisma de la protección de los derechos humanos, es una función coherente con la filosofía del Estado de Derecho. “La calidad de una democracia se mide también por la consideración que la misma tiene de sus minorías o, lo que es lo mismo, por su capacidad de gestionar democráticamente su diversidad interna, lo que obviamente afecta también a la pluralidad de religiones y creencias de los ciudadanos”³.

El marco donde encuentra su dimensión adecuada la gestión de la diversidad religiosa es el conformado por un sistema intercultural o multicultural abierto, en el que la diversidad que genera el ejercicio de las libertades se considera como un valor jurídicamente protegible, y así, “mi propuesta es tomar en serio la diversidad, *taking diversity seriously*, como algo intrínsecamente positivo, siempre que sea consecuencia de la libertad humana: el bien jurídicamente protegible no es la pluralidad en sí, sino la libertad de la persona”⁴.

³ RUIZ VIEYTEZ, E. J., *Las prácticas de armonización como instrumento de gestión pública de la diversidad religiosa*, Observatorio del Pluralismo religioso en España. Madrid, 2012, p. 6.

⁴ ELÓSEGUI ITXASO, M., *El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 51.

Por otro lado, en el sistema intercultural reside el modelo de laicidad abierta o liberal, conforme al cual las manifestaciones de las creencias religiosas o convicciones filosóficas de la vida, no pueden quedar relegadas a la esfera privada, “Para Taylor y Maclure la visibilidad de las creencias favorece la integración cívica, en lugar de obstaculizarla, ya que permite que los ciudadanos puedan intercambiar entre ellos sus culturas y creencias sin ocultar sus identidades. Esa visibilidad contribuye al conocimiento y comprensión mutuas”⁵.

En un sistema intercultural, la interrelación, en ocasiones problemática, que de forma natural se origina entre las distintas manifestaciones religiosas, se encauza a través de las llamadas competencias interculturales, como las prácticas de armonización, entre ellas el acomodamiento razonable, inspiradas en la búsqueda de la cohesión social en un entorno plural.

El objetivo de este trabajo es estudiar la necesidad de introducir una obligación positiva general de acomodamiento razonable por motivos de religión o de convicciones en el ámbito laboral privado.

Esta previsión general de acomodamiento razonable derivaría su fundamentación teórico jurídica de la concepción del derecho a la igualdad y a la no discriminación, más concretamente, a la no discriminación indirecta. “El

⁵ ELÓSEGUI ITXASO, M., “La laicidad abierta en Charles Taylor y J. Maclure versus las nuevas leyes de neutralidad de los funcionarios públicos en Alemania” en *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Colección Actas 4, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2012, p. 114.

acomodamiento es en el fondo un mecanismo contra las discriminaciones indirectas (no solo de las minorías, sino también de las mayorías) y eso requiere como paso previo el reconocimiento de las mismas”⁶. En los casos de discriminación indirecta, el motivo por el que se aprecia la discriminación es la aplicación de la misma disposición o práctica a todas las personas sin tener en cuenta las diferencias sustanciales originadas por unas creencias religiosas o convicciones. Son casos relativos a la posibilidad de portar símbolos religiosos, a la vestimenta o apariencia física, al calendario laboral y festividades religiosas y, en resumen, al seguimiento de la práctica religiosa dentro de un ámbito laboral. Para corregir y evitar este tipo de situaciones discriminatorias, los empleadores deben adoptar medidas especiales para ajustar sus prácticas con el fin de tener en cuenta estas diferencias. El acomodamiento razonable, a nivel casuístico e individual, se presenta como la técnica más apropiada.

Para tratar el tema de una forma más analítica, hemos considerado apropiado diferenciar la conflictividad que puede originarse en el seno de las empresas neutras de la que puede plantearse en el de las llamadas empresas de tendencia.

⁶ *Ibidem*, p. 39.

Capítulo 1

El sentido y alcance del concepto de “creencias religiosas” y “convicciones”

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. La libertad religiosa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los Pactos de 1966. 1. Observación General nº 22. III. Algunos apuntes sobre el concepto de religión y convicciones desde el TEDH.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 10.2 de la Constitución Española (CE) contiene una regla hermenéutica conforme a la cual, los derechos fundamentales y las libertades públicas que reconoce la Constitución deberán interpretarse de acuerdo con los valores y principios plasmados en los textos internacionales relativos a derechos humanos⁷. Dicha regla resulta del citado artículo 10.2, a cuyo tenor literal: “Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁷ Sobre el sentido y alcance de la cláusula interpretativa contenida en el artículo 10.2 de la CE, *vid. SÁIZ ARNAIZ, A., La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

Sin embargo, como ya señaló Garrido Falla, "el artículo 96 de la Constitución (Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno), puede convertir en superfluo el artículo 10.2, pues, si alguno de estos tratados ha sido incorporado al derecho interno español, entonces está claro que su función no será la de suplir por vía interpretativa las dudas que la norma española ofrezca". Aquí su función no será interpretativa sino de aplicación directa, ya que como dice Garrido Falla, "la interpretación comienza allí donde la lisa y llana aplicación falla"⁸. Así lo reconoce también la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (TC): "el artículo 10.2 de la CE se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados Internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo Segundo del Título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional

⁸ GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 11.

directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del artículo 10.2 de la CE, que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso”⁹.

Lo cierto es que nuestra Norma fundamental, una vez proclamada su vinculación a los textos internacionales en materia de derechos humanos, se separa de estos textos al recoger el derecho a la libertad religiosa en una redacción propia, diferenciada de la de aquellos. En este sentido, Souto Galván señala: “Esta adhesión decidida a la doctrina de derechos humanos proclamados por Naciones Unidas contrasta con la redacción que los constituyentes incluyeron en el artículo 16 de nuestra Norma fundamental, que se aleja visiblemente de la fórmula consagrada y reiterada en los diversos documentos internacionales de Naciones Unidas y que se concreta en la expresión “libertad de pensamiento, conciencia y religión. La Constitución ha optado por una fórmula propia y un tanto singular, al declarar que “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto”. ¿Supone una mejora del texto de la Declaración? Aunque suele atribuirse a la libertad de pensamiento la condición de libertad primaria que abarca todas las demás manifestaciones relacionadas con ella: conciencia, creencias, religión, etc., la Constitución omite esta locución y la sustituye por la expresión libertad ideológica y añade los términos religión y culto como si se tratara de dos aspectos manifiestamente diferenciados”¹⁰.

⁹ STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5. En este mismo sentido, *vid.* entre otras, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4; 84/1989, de 10 de mayo, FJ 5.

¹⁰ SOUTO GALVÁN, E., “La Libertad Religiosa en la Constitución y en la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en R. NAVARRO-VALLS, J. MANTECÓN SANCHO, J. MARTÍNEZ-TORRÓN

La doctrina española no es unánime a la hora de explicar el contenido de cada uno de los derechos enunciados en el artículo 16 de la CE y mostrar las equivalencias de estos con los recogidos en los documentos internacionales¹¹. Para algunos autores, la libertad de pensamiento es la base de todas las otras libertades a las que venimos haciendo referencia. Así, Contreras Mazarío expone: “la libertad religiosa no se configura como un derecho aislado e independiente, sino en íntima conexión con la libertad de pensamiento, conciencia y religión, formando estas tres (...) un único derecho fundamental de la persona (...) la libertad religiosa se estudia y se aplica dentro del marco más amplio de la libertad de pensamiento, entendiendo ésta dentro de una perspectiva individual *ad intra* (libertad de conciencia o convicción) y *ab extra* (libertad de manifestación), como desde una perspectiva colectiva (libertad de religión y de culto)¹². Otros autores, sin embargo, defienden la idea de que es la libertad de conciencia la libertad base que genera y encierra las otras dos. En esta línea, Llamazares Fernández entiende la libertad de conciencia, en cuanto derecho subjetivo, como “el derecho a tener unas u otras creencias, unas u otras ideas, unas u otras opiniones, así como a expresarlas, a comportarse de acuerdo a ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas”¹³ y define el derecho de libertad de conciencia como el “derecho fundamental básico de los sistemas democráticos: en él encuentran

(coords.), *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 467-468.

¹¹ Al respecto *vid.* el trabajo de ROSSELL GRANADOS, J., “El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XV, 1999.

¹² CONTRERAS MAZARIO, J. M., “La libertad religiosa y la no discriminación por motivos religiosos en la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, V, 1989, pp. 28-29.

¹³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia. I*, Civitas, Madrid, 1997, p. 14.

su razón de ser todos los demás derechos fundamentales de la persona y, en última instancia, a él está ordenado todo el sistema”¹⁴.

Nuestro TC ha interpretado el contenido del artículo 16.1 de la CE distinguiendo dos derechos, el derecho a la libertad ideológica y el derecho a la libertad religiosa, que siendo dos derechos autónomos con entidad propia, pues poseen características diferenciadoras, merecen una proclamación conjunta, puesto que son más los elementos comunes que los unen que las diferencias que los separan¹⁵. Sin adentrarnos en profundidad en el estudio de este tema¹⁶, destacaremos alguna de las principales sentencias. El Tribunal ha declarado que “La libertad ideológica garantiza al individuo el derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne, y a representar o enjuiciar la realidad según sus personales convicciones”¹⁷. Frente a esta dimensión interna del derecho se reconoce “una externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas, sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos”¹⁸. Como vemos, el TC dota a la libertad ideológica de un contenido amplio y abierto, que se refiere a una cosmovisión de ideas de la existencia que no debe circunscribirse al ámbito político o a las actitudes no religiosas ya que, en caso contrario, “la libertad ideológica perdería su carácter autónomo y se confundiría con la libertad de opción política o, por así decir, con el revés de la libertad religiosa, con la consecuencia de que su protección solo alcanzaría a aquellos a los que

¹⁴ *Ibidem*, p. 15.

¹⁵ Sobre las razones de la mención conjunta de ambos derechos en la CE, *vid.* BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp.112-116.

¹⁶ Sobre este tema, *vid.* ROLLNERT LIERN, G., *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

¹⁷ STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 10.

¹⁸ *Ibidem*.

su sistema ideológico les demande un comportamiento político o a los que profesan opciones éticas desprovistas de una fundamentación religiosa”¹⁹. El TC, por lo tanto, “admite prácticamente toda innovación genérica de motivos ideológicos (...) sin partir de criterios apriorísticos y cerrados acerca de qué sea susceptible de ser calificado como ideología”²⁰.

La mención conjunta de ambas libertades, ideológica y religiosa, en el mismo artículo constitucional, no implica la total confusión de una y otra. La libertad religiosa protege la actitud del sujeto ante el fenómeno religioso y éste se encuentra en íntima conexión con las iglesias y confesiones²¹. La libertad ideológica, por su parte, ha sido dotada por el TC, como ya hemos visto, de un contenido amplio, incluyendo no solo las opciones éticas o morales basadas en una fundamentación no religiosa, *v. gr.* ateísmo, sino también las opciones políticas, filosóficas, etc., ya que esta libertad, “es comprensiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social, que no pueden dejarse reducidas a las convicciones que se tengan respecto al fenómeno religioso y al destino último del ser humano”²².

¹⁹ BARRERO ORTEGA, A., *op. cit.*, pp. 89-90.

²⁰ *Ibidem*, p. 90.

²¹ En nuestro sistema político, el principio de libertad religiosa, junto con el de igualdad, determina la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de las relaciones entre el Estado y las Iglesias y confesiones. STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1.

²² STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 5.

II. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS Y EN LOS PACTOS DE 1966

El derecho fundamental a la libertad religiosa aparece recogido y protegido en los documentos emanados de Naciones Unidas (NU)²³. Así, en primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General, mediante Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 18²⁴ recoge el derecho a la libertad religiosa. Si bien la DUDH, en cuanto tal declaración, tiene eficacia universal pero carece de fuerza vinculante para los Estados²⁵, el citado derecho también se encuentra en otros instrumentos convencionales emanados de NU, obligatorios, por tanto, para los Estados que los hayan firmado y ratificado: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁶(PIDCP) y el Pacto

²³ Vid., en materia de protección internacional de la libertad religiosa, entre la bibliografía española, MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “La protección internacional de la libertad religiosa”, en *Tratado de Derecho Eclesiástico del Estado*, Pamplona, 1994, pp. 141-239; GARCÍA-PARDO, D., *La protección internacional de la libertad religiosa*, Madrid, 2000; SOUTO GALVÁN, E., *El reconocimiento de la libertad religiosa en Naciones Unidas*, Marcial Pons, Madrid, 2000; CONTRERAS MAZARÍO, J.M., *Las Naciones Unidas y la protección de las minorías religiosas: de la tolerancia a la interculturalidad*, Valencia, 2003; RELAÑO PASTOR, E., *La protección internacional de las minorías religiosas*, Madrid, 2003. Entre la bibliografía extranjera, vid. TAHZIB, B.G., *Freedom of Religion or Belief. Ensuring effective International legal protection*, Dordrecht, 1995; EVANS, M. D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge, 1997; EVANS, C., *Freedom of religion and belief: A deskbook* (ed. por T. LINDHOLM, C. DURHAM y B. TAHZIB- LIE), Leiden, 2004; TAYLOR, P. M., *Freedom of religion: UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge, 2005.

²⁴ El art. 18 establece: “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o creencia, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

Vid. el texto completo de la DUDH en <http://www.un.org/> es/ documents/udhr/index.shtml.

²⁵ Cfr. DIEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones Internacionales*, 15^a Edición, Tecnos, Madrid, 2008.

²⁶ Se puede consultar el texto completo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0015.pdf>.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁷ (PIDESC) aprobados ambos en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.

El problema que encontramos, sin embargo, es que en el PIDCP, en su artículo 18, no se recoge expresamente el derecho a cambiar de religión. A tenor del mismo: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

²⁷ Se puede consultar el texto completo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0014.pdf>.

II.1. Observación General Nº 22

NU realizó una labor importante en torno a la interpretación del artículo 18 del PIDCP, al aprobar el Comité de Derechos del Hombre, la Observación General nº 22 sobre la interpretación del artículo 18, el 20 de julio de 1993²⁸.

Resulta de gran importancia para el objetivo de este trabajo detenernos en el estudio de ésta Observación, puesto que su contenido nos permite perfilar nítidamente los conceptos de religión y creencia de los que partimos para fijar la base central del derecho sobre el que se inspira nuestra hipótesis: el derecho al acomodo por motivos religiosos o de convicciones en el ámbito laboral.

El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (que incluye la libertad de tener creencias) en el párrafo 1 del artículo 18 es profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas. El Comité llama la atención de los Estados Partes sobre el hecho de que la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia se protegen de igual modo que la libertad de religión y de creencias. El carácter fundamental de estas libertades se refleja también en el hecho de que, como se proclama en el

²⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación general no. 22: Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18) (48º período de sesiones, 1993).

párrafo 2 del artículo 4 del Pacto, esta disposición no puede ser objeto de suspensión en situaciones excepcionales.

El artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. Por eso, el Comité ve con preocupación cualquier tendencia a discriminar cualquier religión o creencia, en particular las más recientemente establecidas, o las que representan a minorías religiosas que puedan ser objeto de la hostilidad por parte de una comunidad religiosa predominante.

El Comité hace notar que la libertad de "tener o adoptar" una religión o unas creencias comporta forzosamente la libertad de elegir la religión o las creencias, comprendido el derecho a cambiar las creencias actuales por otras o adoptar opiniones ateas, así como el derecho a mantener la religión o las creencias propias. El párrafo 2 del artículo 18 prohíbe las medidas coercitivas que puedan menoscabar el derecho a tener o a adoptar una religión o unas creencias, comprendidos el empleo o la amenaza de empleo de la fuerza o de sanciones penales para obligar a creyentes o no creyentes a aceptar las creencias religiosas de quienes aplican tales medidas o a incorporarse a sus congregaciones, a renunciar a sus propias creencias o a convertirse.

Como señala Souto Galván: “El comentario de la Comisión enriquece el significado y el contenido del artículo 18 de la DUDH y del PIDCP, que a su vez, repercuten directamente en la interpretación del artículo 16 de nuestra Constitución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la misma”²⁹.

En torno a esta interpretación auténtica del artículo 18 del PIDCP, es obligado concluir que la *Observación general nº 22* incluye, de manera clara y directa, no sólo el derecho a cambiar la actual religión o creencia por otra, como una manifestación del derecho a la libertad religiosa recogido en el artículo 18³⁰, sino un concepto amplio de religión y de creencia.

III. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE RELIGIÓN Y CONVICCIONES DESDE EL TEDH

Vamos a seguir ahondando en estos conceptos, dado que como ya hemos dicho tienen gran importancia para el objetivo de este trabajo, aportando esta vez ciertas matizaciones y precisiones desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Pretendemos, en definitiva, apoyar la hipótesis de que el acomodamiento en el ámbito laboral debe darse tanto por convicciones religiosas, entendidas en sentido amplio, como por convicciones seculares o de filosofía de vida no religiosas siempre que resulten esenciales para la integridad moral de la persona.

²⁹ SOUTO GALVÁN, E., *op. cit.*, p. 490.

³⁰ Observación General nº 22, (nº 5).

En una serie de asuntos relativos al derecho sustantivo a la libertad de religión y creencia conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el TEDH ha dejado claro que el Estado no puede tratar de prescribir lo que constituye una religión o una creencia, y que estas nociones protegen a “los ateos, agnósticos, escépticos y a los indiferentes”, salvaguardando así a los que optan por “tener o no tener creencias religiosas, y por practicar o no practicar una religión”. En estos asuntos también se pone de relieve que la religión y las creencias son esencialmente personales y subjetivas³¹, y que no tienen que ver necesariamente con una fe ordenada en torno a instituciones³². Si bien se hace inevitable encontrar un equilibrio entre la concepción subjetiva de la creencia o convicción y un análisis serio sobre la solidez de las mismas. Por otra parte, el TEDH ha determinado que las religiones más nuevas, como la Cienciología, también cumplen las condiciones para ser protegidas³³.

El TEDH ha desarrollado la idea de creencia en el contexto del derecho a la educación recogido en el artículo 2 del Protocolo 1 del CEDH, en el que se dispone que el Estado debe respetar el derecho de los padres a que la educación de sus hijos sea conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. El TEDH ha señalado: “la palabra convicciones, si se considera aisladamente, y en su acepción habitual, no es sinónimo de opinión e ideas, tal como las emplea el artículo 10 del Convenio, que garantiza la libertad de expresión; aparece también en la versión francesa del artículo 9 (en inglés *beliefs*), que

³¹ Cfr. TAYLOR, C., *Las variedades de la religión hoy*, Paidós, Barcelona, 2003 y *A Secular Age*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2007.

³² TEDH, *Unidad de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia* (nº 72881/01), 5 de octubre de 2006; TEDH, *Iglesia Metropolitana de Bessarabia y otros contra Moldova* (nº 45701/99), 13 de diciembre de 2001; TEDH, *Hasan y Chaush contra Bulgaria* (GC) (nº 30985/96), 26 de octubre de 2000.

³³ TEDH, *Iglesia de la Cienciología de Moscú contra Rusia* (nº 18147/02), 5 de abril de 2007.

consagra la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y se aplica a la opinión que alcanza determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia³⁴.

Como destacan Martínez-Torrón y Navarro-Valls, hay que insistir en la importancia del derecho subjetivo de religión y de la conciencia individual que ni el Estado ni ninguna decisión judicial puede sustituir³⁵. En este sentido, no podemos compartir la decisión del TEDH en el asunto *Köse y otros contra Turquía*³⁶. En este asunto se trató un código de indumentaria que prohibía que las niñas llevaran pañuelo en la cabeza para asistir al colegio, y se denunció que tal prohibición constituía una discriminación por motivos de religión, puesto que el empleo de tal prenda constituye una práctica religiosa musulmana. El TEDH entendió que las normas relativas a la indumentaria no están relacionadas con las cuestiones de afiliación a una determinada religión, sino que más bien se formulan para mantener la neutralidad y el laicismo en las escuelas, lo que, a su vez, previene los desórdenes y protege los derechos de los demás a que no se interfiera en sus creencias religiosas. Es este un ejemplo en el que podría apreciarse un intento, por parte del TEDH, de sustituir la conciencia del individuo y de inmiscuirse en el sentimiento personal religioso.

³⁴ TEDH, *Campbell y Cosans contra el Reino Unido* (nº 7511/76 y 7743/76), 25 de febrero de 1982.

³⁵ Cfr. MARTÍNEZ TORRÓN, J. y NAVARRO VALLS, R., “The protection of religious freedom in the system of the Council of Europe”, en Tore Lindholm, W. Cole Durham, Bahia G. Tahzib-Lie, *Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.

³⁶ TEDH, *Köse y otros contra Turquía* (nº 26625/02), 24 de enero de 2006.

Capítulo 2

El principio de no discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral

SUMARIO: I. Naciones Unidas y la prohibición de discriminación por motivos religiosos. 1. La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. 2. El Convenio nº 111 de la OIT. II. La prohibición de discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral: el Consejo de Europa. 1. El Protocolo Nº 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. 2. Recomendación Nº 14 de Política General de la ECRI. III. El principio de no discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral: la Unión Europea. 1. La Directiva 2000/78/CE. 1.1. Causas de justificación del trato menos favorable. a) Causa de justificación general. b) Causas de justificación específicas.

En este Capítulo vamos a presentar una exposición del concepto de discriminación, especialmente indirecta, y más concretamente, del principio de no discriminación. El objetivo es detenernos en aquellos textos de los que se puede inferir la necesidad de adoptar una previsión general de acomodamiento en el ámbito laboral privado, al producirse un supuesto de discriminación indirecta por motivos de religión o convicciones.

I. NACIONES UNIDAS Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS

El principio de igualdad de trato y el de no discriminación en el disfrute de derechos y libertades por motivos religiosos aparecen recogidos y protegidos en los documentos emanados de NU.

La DUDH lo recoge en su artículo 2.1³⁷ y tanto el PIDCP, como el PIDESC lo recogen en los mismos términos (el disfrute de los derechos reconocidos en los Pactos debe producirse sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social), en el artículo 2.1 y en el 2.2 respectivamente.

I.1. La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones

En 1981, la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU), “preocupada por las manifestaciones de intolerancia y por la existencia de discriminación en las esferas de la religión o las convicciones que aún se advierten en algunos lugares del mundo, y decidida a adoptar todas las medidas necesarias para la rápida eliminación de dicha intolerancia en todas

³⁷ El art. 18 establece: “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o creencia, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

El art. 2.1 dispone: “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin discriminación alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Vid. el texto completo de la DUDH en <http://www.un.org/> es/documents/udhr/index.shtml.

sus formas y manifestaciones, y para prevenir y combatir la discriminación por motivos de religión o convicciones”³⁸, procede a aprobar un documento de especial relevancia en relación con el principio de no discriminación por motivos religiosos: la Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, proclamada por la AGNU el 25 de noviembre de 1981. El proceso de elaboración y aprobación de la Declaración de 1981 fue largo y complicado³⁹, “Baste reseñar las dificultades para elegir el instrumento más oportuno o más viable políticamente, es decir, la elección entre declaración o convenio, o la fijación del contenido concreto de la Declaración; aspecto en el que vale la pena destacar las dificultades habidas, en orden a precisar el significado y alcance de la libertad y de la intolerancia religiosa (...), la Declaración pretende abarcar el ámbito de las convicciones, lo que puede explicar suficientemente el tenor del debate y de la confrontación ideológica”⁴⁰. El resultado fue una Declaración⁴¹ que contiene una prohibición genérica de discriminación en su artículo 2. En este artículo se prohíbe todo tipo de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares y en su apartado segundo define la intolerancia y la discriminación basadas en la religión o las convicciones como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce

³⁸ Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, aprobada por la AGNU., Res. 36/55, el 25 de noviembre de 1981.

³⁹ Sobre la elaboración de la Declaración de 1981 se puede consultar SOUTO GALVÁN, E., *El reconocimiento de la libertad religiosa en Naciones Unidas*, op. cit. p. 100.

⁴⁰ SOUTO GALVÁN, E., *El reconocimiento de la libertad religiosa en Naciones Unidas*, op. cit., p.482.

⁴¹“Una Declaración tal envuelve obligaciones de conducta concretas, que contienen valores incuestionables que deberían gobernar el comportamiento diario de los individuos y de los Estados”. ODIO BENITO, E., *Study of the current Dimensions of the Problems of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief*, Doc. ONU E CN /Sub. 2 /1987/26, p.48.

o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”⁴². Se encuentra, por tanto, en este artículo 2, la misma definición para el concepto de discriminación que para el de intolerancia, se equiparan ambos, siendo que “La discriminación constituye la dimensión negativa de la igualdad y está prohibida tanto ante la ley como en la ley, ofreciendo un evidente contenido jurídico. La intolerancia en cambio, en cuanto aspecto negativo de la tolerancia, tendría un significado más próximo a la incomprensión y a la intransigencia que a la vulneración de un principio jurídico, como es la igualdad”⁴³. Según el artículo 3, “la discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los Pactos internacionales de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones”. Es, por ello, que se impone a los Estados una obligación de adoptar medidas eficaces al respecto en el artículo 4. 1: “Todos los Estados adoptarán medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural. 2. Todos los Estados harán todos los esfuerzos necesarios para promulgar o derogar leyes, según el caso, a fin de prohibir toda discriminación de ese tipo y por tomar las medidas adecuadas para combatir la intolerancia por motivos de

⁴² Art. 2 de la Declaración de 1981.

⁴³ SOUTO GALVÁN, E., *op. cit.*, pp. 483-484.

religión o convicciones en la materia”. Respecto a este artículo 4, y respecto a la obligación que impone a los Estados, señala García-Pardo⁴⁴: “este artículo, a diferencia de lo que ocurría en los Pactos de 1966, impone a los Estados la obligación positiva de crear las condiciones necesarias para que la discriminación religiosa no tenga lugar. Esto quiere decir que el Estado no solo no debe interferir en las creencias religiosas de los ciudadanos, ni tomarlas en consideración a los efectos de establecer tratamientos discriminatorios, sino que, además, está obligado a crear las condiciones necesarias para evitar la discriminación por motivos religiosos y a impedir que la misma tenga lugar, también en el ámbito privado.”

Siendo esto así, entendemos que es posible acudir a la voluntad internacional plasmada en esta Declaración en su artículo 4, aun no siendo vinculante jurídicamente, para apoyar la obligación de introducir una previsión general de acomodamiento razonable en el ámbito laboral privado con el fin de evitar la discriminación indirecta que pueda producirse por motivos de religión y creencias, puesto que los Estados tienen la obligación positiva de evitar toda discriminación de este tipo.

En definitiva, como positivamente valora Morán García, “La Declaración de 1981 ha sido el documento más importante respecto al rechazo por la comunidad internacional de la intolerancia y discriminación religiosas (...). Y proporciona una base consensuada para el desarrollo de programas que

⁴⁴ GARCÍA-PARDO, D., *La protección internacional de la libertad religiosa*, Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 2000, p. 49.

pueden ser elaborados tanto en el seno de la comunidad internacional, como en el de la interestatal o estatal”⁴⁵.

I.2. El Convenio nº 111 de la OIT

Mención especial merece, por tratar directamente el problema de la discriminación en materia de empleo y ocupación, el Convenio nº 111, adoptado el 25 de junio de 1958, por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁴⁶, en vigor desde el 15 de junio de 1960⁴⁷. Este Convenio es consecuente con el principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor, incorporado en la Constitución de la OIT, y con el de igualdad de todos los seres humanos, independientemente de la raza, religión o el sexo, tal cual está proclamado en la Declaración de 1944 sobre los Fines y Propósitos de la OIT, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en Filadelfia⁴⁸.

A los efectos de este Convenio y conforme a su artículo 1.1 apartado a), el término discriminación comprende cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Cualesquiera otros actos que tienen efectos análogos podrán también ser considerados

⁴⁵ MORÁN GARCÍA, G., “XXV Aniversario de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25/11/1981: balance y retos” en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 13, Iustel.com, febrero 2007.

⁴⁶ El texto completo se puede consultar en www.ilo.org/dyn/normlex/es.

⁴⁷ Este Convenio fue ratificado por España el 6 de noviembre de 1967.

⁴⁸ Sobre la OIT y el problema de la discriminación ver VALTICOS, N., *La Organización Internacional del Trabajo en las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Karel Vasak, UNESCO, 1979.

discriminatorios por los Estados Partes interesados, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando existan, y con otros organismos apropiados (artículo 1.1. apartado b). Pero esos mismos actos no serán considerados como discriminación si están basados en las cualificaciones necesarias para un empleo determinado (artículo 1.2). El artículo 5 autoriza medidas especiales de protección o asistencia, que no se considerarán discriminatorias, previstas en otros convenios o recomendaciones, así como otras medidas especiales destinadas a satisfacer los requerimientos particulares de personas a las que, por razones tales como sexo, edad, invalidez, cargas de familia o nivel social o cultural, generalmente se les reconoce la necesidad de protección o asistencia especial. Como señala Lerner⁴⁹, “el artículo 5 no contiene una limitación de tiempo como la establecida en el artículo 1.4 de la Convención sobre Discriminación Racial. Por otro lado se refiere exclusivamente a personas, omitiendo toda referencia a grupos”. Siguiendo al mismo autor: “Los instrumentos antidiscriminatorios en el campo laboral no están, por su naturaleza, orientados hacia los grupos. Su propósito es garantizar la igualdad entre trabajadores individuales, prescindiendo totalmente de su afiliación o pertenencia grupal. Pero como toda discriminación es por regla general el resultado de la pertenencia a un grupo determinado, los tratados en el área de las relaciones laborales deben ser mencionados en conexión con los derechos de grupo⁵⁰.”

Creemos apropiado incluir, dentro de estas medidas especiales de protección contempladas en el artículo 5 del Convenio 111, una medida general

⁴⁹ LERNER N., *Discriminación racial y religiosa en el Derecho Internacional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2^a ed., Diciembre 2002, p. 277.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 277.

antidiscriminatoria materializada en una previsión de acomodamiento por motivos religiosos o de convicciones en el ámbito laboral. En los casos de discriminación indirecta, el motivo por el que se aprecia la discriminación es la aplicación de la misma disposición o práctica a todas las personas sin tener en cuenta las diferencias sustanciales, en el caso que nos ocupa, originadas por unas creencias religiosas o convicciones. Para corregir y evitar este tipo de situaciones, los empleadores deben adoptar medidas especiales para ajustar sus prácticas con el fin de tener en cuenta estas diferencias. El acomodamiento razonable, a nivel casuístico e individual, se presenta como la técnica más apropiada.

II. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN EL ÁMBITO LABORAL: EL CONSEJO DE EUROPA

El derecho fundamental a la libertad religiosa se encuentra recogido en el artículo 9 del (CEDH)⁵¹; la prohibición expresa de discriminación por motivos religiosos se recoge en el artículo 14 en los términos siguientes: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Hay que tener en cuenta que el principio de no discriminación es un

⁵¹ Artículo 9: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas religiosas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática para la seguridad, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

principio rector de numerosos documentos del Consejo de Europa⁵² (CdE); de entre dichos documentos podemos destacar: La versión de 1996 de la Carta Social Europea (CSE), que incluye el derecho a la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación y la protección contra la discriminación por razón de género⁵³; otras normas de protección frente a la discriminación se derivan del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales⁵⁴; el Convenio del CdE sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos⁵⁵ o del Convenio del CdE sobre el Acceso a los Documentos Oficiales.

El artículo 14 del Convenio Europeo no contiene una cláusula de igualdad ante la ley o de igual protección por parte de la ley, sino que se limita a afirmar que no puede producirse discriminación “en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio”.

Es preciso recordar que el principio de no discriminación se compone de dos premisas: en primer lugar, la *igualdad ante la ley*, que rechaza toda discriminación entre los destinatarios de los preceptos legales; y, en segundo lugar, el principio judicial de *igualdad en la aplicación de la ley*, que pretende excluir también en el caso concreto toda desigualdad arbitraria⁵⁶. Si bien en la DUDH, este principio de igualdad es proclamado desde las dos perspectivas,

⁵² En este sentido *vid.*, GARCÍA-PARDO, D., *La protección internacional de la libertad religiosa*, op. cit., pp. 99 y ss.

⁵³ Véanse los artículos 20 y E de la Parte V de la Carta Social Europea.

⁵⁴ Véanse los artículos 4, 6 (2) y 9 del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales.

⁵⁵ Véase el artículo 2 (1) del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos.

⁵⁶ Sobre el principio de igualdad, *vid.* FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *Jornadas de Estudio sobre el principio de igualdad*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

es decir, como principio que rige el ordenamiento jurídico de todo estado (artículo 7)⁵⁷ y como principio que debe estar presente en la aplicación de los derechos en ella reconocidos (artículo 2)⁵⁸, el Convenio Europeo solo recoge este último enfoque.

El artículo 14 del CEDH, a pesar de ubicarse en el Título I de dicho Convenio -Derechos y Libertades-, no enuncia un derecho o una libertad en el sentido habitual. El artículo se sitúa después de las disposiciones que establecen derechos sustantivos (artículos 2 a 12), en comparación con otros textos internacionales de protección de los derechos humanos en los que la prohibición de discriminación se presenta al principio⁵⁹. “Este hecho ya indica que esta disposición del CEDH debe circunscribirse a la categoría de derecho-garantía puesto que tiene la función de proteger y garantizar a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado Parte el goce de los derechos y libertades reconocidos”⁶⁰.

⁵⁷ “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

⁵⁸ “1.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2.- Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier limitación de soberanía”.

⁵⁹ Por ejemplo, el artículo 2 de la DUDH de 1948 y de los dos Pactos Internacionales de 1966, así como el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, el artículo 2 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y el artículo 2 de la Carta Árabe de los Derechos Humanos de 1994. Criterio adoptado también por la CE de 1978, en la que se recoge el derecho a no ser discriminado, en el artículo 14, este precepto constitucional encabeza la sección “Derechos y Libertades” en el Capítulo II del Título I.

⁶⁰ BONDÍA GARCÍA, D., “Hacia una superación de los límites intrínsecos del principio de no discriminación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el protocolo N° 12”, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 17, 2001, p. 272.

Esto implica que “no puede alegarse violación de este artículo en los casos en que se produzcan discriminaciones en el ejercicio de derechos humanos que no estén recogidos en el CEDH ni en sus protocolos, no es el caso del derecho a la libertad religiosa, pero sí por ejemplo, del derecho de acceso a la función pública, o del derecho a la nacionalidad. Igualmente, en los casos de Estados que no han ratificado alguno de los protocolos del Convenio, las personas residentes en esos Estados tampoco podrán alegar discriminación con relación al ejercicio de los derechos contenidos en estos protocolos”⁶¹. “Si se pretende denunciar una discriminación en el goce o en el ejercicio de un derecho o libertad no reconocido en el CEDH, pero sí consagrado en los ordenamientos jurídicos nacionales, el TEDH debería declararla inadmisible, como así lo había venido haciendo la ya desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, por ser incompetente *ratione materiae*”⁶². Esta situación experimentará una considerable transformación con la entrada en vigor del Protocolo nº 12 al Convenio Europeo.

II. 1. El Protocolo Nº 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos

El 26 de junio de 2000, el Comité de Ministros del CdE aprobó el Protocolo nº 12 al CEDH⁶³, que fue abierto a la firma de los Estados miembros el 4 de noviembre de 2000, día del 50 aniversario del Convenio Europeo.

⁶¹ DEOP MADINABEITIA, X., “De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: el protocolo adicional N° 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Internacional*, N° 16, 2000, p. 368.

⁶² BONDÍA GARCÍA, D., “Hacia una superación de los límites intrínsecos del principio de no discriminación...” *Op. Cit.* p. 270.

⁶³ Se puede consultar en el siguiente enlace:
<http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/2000-Protocolo12-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm>.

España firmó y ratificó este Protocolo mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE nº 64 de 14 de marzo de 2008⁶⁴.

El Protocolo, que se basa en el “principio fundamental con arreglo al cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a una igual protección por parte de la ley”⁶⁵, establece en su artículo 1.1: “El disfrute de cualquier derecho establecido por la ley debe ser asegurado, sin discriminación de ninguna clase, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Nadie puede ser objeto de discriminación por una autoridad pública por ninguna razón, especialmente por las mencionadas en el apartado 1”.

El alcance de la cláusula general de no discriminación prevista en el artículo 1 va más allá del disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH. Concretando el alcance de este artículo, Bondía García dice: “este ámbito de protección adicional abarca los supuestos en los que una persona sufre una de las siguientes discriminaciones:

- Discriminación en el disfrute de cualquier derecho específicamente reconocido a los individuos por el derecho nacional, tanto si está garantizado por el Convenio Europeo o sus protocolos, como si no lo está.

⁶⁴ A fecha 22 de junio de 2013, ha sido ratificado solamente por 18 países. Ver la tabla de ratificaciones en el siguiente enlace:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=&CL=ENG>

⁶⁵ Párrafo segundo del Preámbulo de la Memoria Explicativa del Protocolo N° 12.

- Discriminación en el disfrute de todo derecho dimanante de obligaciones precisas de las autoridades públicas según el derecho nacional.
- Discriminación por parte de las autoridades públicas en el ejercicio de su poder discrecional.
- Discriminación por parte de las autoridades públicas basadas en otros actos u omisiones”⁶⁶.

En el concepto de *autoridad pública* deberán entenderse comprendidas no sólo las autoridades administrativas, sino también los tribunales y órganos legislativos⁶⁷.

En cuanto a las posibles discriminaciones provenientes de particulares, de la *Memoria Explicativa* resulta que no se impone a los Estados una obligación positiva general de adoptar medidas para prevenir o remediar las discriminaciones entre personas privadas. Dicho informe considera que esta cuestión estaría mejor tratada en un convenio específico de naturaleza programática dedicado exclusivamente a la discriminación. También se recuerda, sin embargo, que el Protocolo no se opone a las normas internas más favorables, y que del deber de los Estados de asegurar los derechos y libertades, recogido en el artículo 1 del CEDH⁶⁸, podrían derivarse algunas obligaciones positivas, relativas a determinadas relaciones entre personas

⁶⁶ BONDÍA GARCÍA, D., “Hacia una superación de los límites intrínsecos del principio de no discriminación...” *op. cit.*, p. 279.

⁶⁷ Párrafo 30 de la Memoria Explicativa del protocolo 12: “30. La fórmula «autoridad pública» que figura en el apartado 2 se ha tomado del apartado 2 del artículo 8, y del apartado 1 del artículo 10 del Convenio, y posee el mismo significado que en esas disposiciones. Abarca no sólo a las autoridades administrativas, sino también a los tribunales y a los órganos legislativos (véase el apartado 23 anterior).”

⁶⁸ “Las Altas partes contratantes asegurarán a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

privadas que normalmente están reguladas por la ley y en las que el Estado tiene cierta responsabilidad (p. e. contratos de trabajo, denegación arbitraria de acceso a restaurantes, etc)⁶⁹.

Sin embargo, en apoyo de la idea de que del artículo 1 del CEDH se derivan obligaciones positivas para las partes y no solo se pretende impedir injerencias por parte del Estado, sino también proteger a los individuos contra las violaciones del Convenio provenientes de particulares, se puede citar el caso *López Ostra*. En este caso el Tribunal consideró una violación del artículo 8 del Convenio (derecho a la vida privada y familiar y al domicilio) la instalación por parte de una empresa privada de una planta depuradora que provocaba daños ambientales que a su vez causaban daños en el domicilio de la demandante, sin que las autoridades estatales hubieran tomado las medidas adecuadas para evitar tales situaciones⁷⁰.

⁶⁹ Memoria Explicativa del Protocolo 12: “24. La formulación del artículo 1 refleja un enfoque equilibrado de eventuales obligaciones positivas de las Partes en virtud de esa disposición. La cuestión que se plantea aquí es en qué medida el artículo 1 obliga a las Partes a tomar medidas para prevenir la discriminación, incluso en las relaciones entre particulares (lo que se califica como «efectos horizontales indirectos»). Se plantea la misma cuestión por lo que respecta a las medidas para poner fin a casos de discriminación. Aunque no se pueden excluir globalmente tales obligaciones positivas, el objetivo principal del artículo 1 es establecer para las Partes una obligación negativa: la de abstenerse de toda discriminación contra los individuos.

25. Por una parte, el artículo 1 garantiza la protección contra la discriminación por parte de las autoridades públicas. Este artículo no pretende imponer a las Partes la obligación positiva general de tomar medidas para evitar o poner fin a cualquier caso de discriminación en las relaciones entre particulares. Un Protocolo adicional al Convenio, que, por esencia, enuncia derechos individuales justiciables formulados de manera concisa, no constituiría un instrumento apropiado para definir los distintos elementos de una obligación tan amplia, de carácter programático. Ya se han enunciado reglas específicas y más detalladas en el marco de convenios distintos, exclusivamente dedicados a la eliminación de la discriminación por las razones particulares a que se refieren esos convenios (véase, por ejemplo, el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ambos elaborados en el marco de las Naciones Unidas). Está claro que no se podría interpretar el presente Protocolo como una restricción o una excepción a las disposiciones de derecho interno o de tratados que prevean una protección adicional contra la discriminación (véanse las observaciones relativas al artículo 3 en el apartado 32 siguiente).”

⁷⁰ TEDH, *López Ostra c. Spain*, Serie A N° 303-c, de 9 de diciembre de 1994.

En cualquier caso, hay que recordar que, como dice Deop Madinabeitia, “Los Informes Explicativos no constituyen una interpretación auténtica del convenio de que se trate, por lo que no son vinculantes para el órgano de control en cuestión, en este caso el Tribunal Europeo. Por lo tanto, basándonos en la jurisprudencia del Tribunal, nos atrevemos a afirmar que el Protocolo nº 12 protegerá a los individuos frente a las discriminaciones provenientes de particulares”⁷¹. A esta interpretación nos adherimos, por ser la más respetuosa con el principio de no discriminación, y porque hace factible la obligación de una práctica generalizada de acomodamiento razonable en las relaciones laborales privadas para evitar supuestos de discriminación indirecta por motivos de creencias religiosas o de convicciones.

II. 2. Recomendación Nº 14 de Política General de la ECRI

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) adoptó el 22 de junio de 2012 su Recomendación nº 14 de Política General *Sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial en el empleo*⁷². Como señala el artículo 1 de su Estatuto, adoptado por el Comité de Ministros el 13 de junio de 2002, la ECRI tiene como mandato combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia⁷³. En su artículo 12, el

⁷¹ DEOP MADINABEITIA, X., “De la igualdad en los derechos...”, *op. cit.* p. 375.

⁷² El texto completo se puede consultar y descargar en Inglés y Francés en el siguiente enlace: www.coe.int/ecri. Una versión en español está disponible en *Materiales didácticos nº 8, En defensa de las Víctimas del Racismo, Xenofobia, Antisemitismo, Islamofobia, Antigitanismo, Homofobia y cualquier otra forma de Intolerancia*, Movimiento contra la Intolerancia, Madrid.

⁷³ Article 1: ECRI shall be a body of the Council of Europe entrusted with the task of combating racism, racial discrimination, xenophobia, antisemitism and intolerance in greater Europe from the perspective of the protection of human rights, in the light of the European Convention on Human Rights, its additional protocols and related case-law. It shall pursue the following objectives:

- to review member states' legislation, policies and other measures to combat racism, xenophobia, antisemitism and intolerance, and their effectiveness;

citado Estatuto señala que el resultado de los trabajos de la ECRI son Recomendaciones dirigidas a los Estados miembros⁷⁴.

La Recomendación nº 14, como resulta de su preámbulo, se adopta a partir de la convicción de la importancia que posee que las empresas creen espacios de trabajo donde los trabajadores sean respetados y sus aportaciones valoradas, con independencia de su *raza*⁷⁵, color, lenguaje, religión, nacionalidad u origen étnico.

Nos centraremos solamente en el estudio de alguno de los apartados de dicha Recomendación, puesto que un estudio total de la misma excedería del alcance de este trabajo.

Se recomienda a los Estados miembros:

1º: “Adoptar todas las medidas necesarias para eliminar *de iure* y *de facto* el racismo, la discriminación racial, y el acoso racial por motivos de pertenencia a una *raza*, color, lenguaje, religión, nacionalidad, origen étnico o nacional (en adelante: racismo, discriminación racial, acoso racial) en el empleo, tanto en los sectores público como privado, y a aprobar las leyes y los mecanismos legales que garanticen el cumplimiento efectivo del derecho de

- to propose further action at local, national and European level;
- to formulate general policy recommendations to member states;
- to study international legal instruments applicable in the matter with a view to their reinforcement where appropriate.

⁷⁴ Article 12: ECRI’s work on general themes shall generally consist of the adoption of general policy recommendations addressed to governments of member states and of the collection and dissemination of examples of “good practices” in combating racism, racial discrimination, xenophobia, antisemitism and intolerance.

⁷⁵ Dado que todos los seres humanos pertenecen a la misma especie, la ECRI rechaza las teorías basadas en la aceptación de la existencia de razas diferentes. Sin embargo, en esta Recomendación la ECRI usa el término raza para garantizar que aquellas personas que son percibidas erróneamente como pertenecientes a otras razas no son excluidas de la protección que persigue esta Recomendación.

igualdad en la práctica”⁷⁶. En relación con la idea de *igualdad real*, Elósegui Itxaso pone de relieve cómo “la técnica de detección de discriminaciones indirectas está al servicio de la igualdad real, de hecho, en suma, la igualdad sustancial supera el mero formalismo jurídico de la igualdad *de iure*”⁷⁷.

La ECRI ha definido racismo, discriminación racial directa y discriminación racial indirecta en los siguientes términos⁷⁸: “a) *Racismo* se entenderá como la creencia de que la *raza*, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico, justifican el desprecio o rechazo a una persona o grupo de personas, o la consideración de superioridad por parte de una persona o grupo de personas. b) *Discriminación racial directa* se entenderá como cualquier tratamiento diferenciado basado en la *raza*, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico, que no tiene justificación objetiva ni razonable. El tratamiento diferenciado no tiene justificación objetiva ni razonable si este no persigue un fin legítimo o si no existe una relación proporcional entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar. c) Por *Discriminación racial indirecta* se entenderá el caso en que un factor aparentemente neutral como una disposición, criterio o práctica no puede ser cumplido con facilidad debido a ciertas desventajas o por pertenecer a un grupo designado por su *raza*, color, idioma, religión, nacionalidad, origen nacional o étnico, salvo que este factor tenga una justificación razonable y objetiva. Este último sería el caso si el objetivo que se persigue es legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar”.

⁷⁶ Punto 1. de las recomendaciones a los Estados Miembros de la Recomendación nº 14 de la ECRI.

⁷⁷ ELÓSEGUI ITXASO, M., *El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público*, op. cit., p. 205.

⁷⁸ Estas definiciones fueron adoptadas por la ECRI en su Recomendación nº 7 de Política General.

2º: "Aprobar planes nacionales que contengan una estrategia multidisciplinar para promover la igualdad y eliminar o prevenir el racismo, la discriminación racial y el acoso racial en el empleo, que contenga medidas para la integración de los grupos de atención preferente de la ECRI y sus derechos de participación en igualdad, tanto en el empleo como en la vida económica"⁷⁹. La ECRI ha señalado que el concepto *grupos de atención preferente* dependerá de las circunstancias nacionales y podrá incluir por ejemplo a grupos inmigrantes, minorías nacionales y otros grupos vulnerables. Los informes anuales de la ECRI contienen una lista de grupos vulnerables en la que se incluyen entre otros los musulmanes, la comunidad judía, así como otras minorías religiosas⁸⁰.

De este documento de la ECRI se desprende directamente la necesidad de establecer una práctica de acomodamiento razonable por parte del empresario. Así resulta de las siguientes recomendaciones:

- Promulgar una legislación conforme a la cual el empleador sea responsable por actos de racismo, discriminación o acoso racial, cometidos en el trabajo. El empresario será legalmente responsable, a menos que pueda demostrar que adoptó las medidas necesarias para prevenir dichos actos ilegales⁸¹.

⁷⁹ Punto 2. de las recomendaciones a los Estados Miembros de la Recomendación nº 14 de la ECRI.

⁸⁰ Así resulta de la Recomendación nº 4 de Política General de la ECRI.

⁸¹ Parágrafo 1 (j) de la Recomendación nº 14 de la ECRI.

- Garantizar que los empresarios revisan y comprueban sus procesos de selección de personal para asegurar que se elimina el racismo y la discriminación directa o indirecta. Asimismo, se revisará que las condiciones de acceso al puesto de trabajo, los criterios de selección y contratación, así como la promoción interna y el disfrute de servicios de formación de la empresa se realizan en igualdad de condiciones para todos los trabajadores. Desarrollar y promover códigos de conducta para las buenas prácticas en el empleo y planes de igualdad, con el fin de impulsar espacios de trabajo de respeto para todos y que sean reflejo de la diversidad. Esta medida hará que los empresarios promuevan la igualdad, y eliminan y prevengan la discriminación y el acoso racial en el puesto de trabajo. Dichos códigos deberán hacer referencia a los procesos de selección de personal, y a la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios de formación de la empresa, las posibilidades de promoción y las condiciones en que finalizan los contratos.

- Se mencionan otras posibilidades de progreso que incluyen pasos, en plazos razonables, para satisfacer las necesidades de las personas de ciertas minorías religiosas. Por ejemplo, proveer a los empleados de una sala específica para que puedan orar o que la empresa ponga a disposición de los empleados ciertos tipos de comida y dietas. También se podrían incluir medidas para asegurar que el código de vestimenta de la empresa no discrimine indirectamente a los grupos vulnerables y que las restricciones que puedan existir en este sentido, ya sea en la vestimenta o peinado, sean justificables.

III. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN EL ÁMBITO LABORAL: LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea (UE) y sus Estados Miembros promulgaron la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁸², que contiene una lista de derechos humanos inspirada en los derechos incluidos en las Constituciones de los Estados Miembros, el CEDH y los tratados universales de derechos humanos⁸³. Aunque la UE no es propiamente miembro del CEDH, su normativa se ajusta en gran medida al mismo. El Tratado de Lisboa contiene un protocolo que obliga a la UE a incorporarse como parte, por derecho propio, al Convenio Europeo⁸⁴, cuyo Protocolo 14 modifica el Convenio para hacer posible esta incorporación. Esto permitirá por tanto demandar directamente a la UE ante el TEDH por el incumplimiento del Convenio.

Aunque en un principio la Carta era de carácter meramente declarativo y, por tanto, jurídicamente no vinculante, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁸⁵, en 2009, la Carta modificó su naturaleza y adquirió carácter jurídicamente vinculante, lo que obliga a cumplirla a las instituciones de la Unión y también a los Estados miembros, si bien, en el caso de estos últimos,

⁸² CDFUE de 7 de diciembre de 2000.

⁸³ Preámbulo de la CDFUE.

⁸⁴ Protocolo sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁸⁵ Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, adoptado el 13 de diciembre de 2007. La ratificación de este tratado fue autorizada mediante Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa y el tratado fue ratificado mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE nº 286 de 27 de noviembre de 2009.

únicamente al aplicar la legislación de la Unión⁸⁶. La CDFUE, en su artículo 21, recoge una prohibición autónoma de discriminación por diversos motivos⁸⁷.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica original⁸⁸ incluía una prohibición de la discriminación en materia de empleo, para evitar que un Estado miembro pudiera obtener una ventaja competitiva frente a otros ofreciendo menores sueldos o condiciones menos favorables de trabajo a las mujeres⁸⁹. Hasta el año 2000, la legislación de la UE contra la discriminación solo era de aplicación en el ámbito del empleo y la seguridad social, y únicamente por razones de género. En 2000, el Consejo Europeo adoptó dos directivas: la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, que aplica el principio de igualdad de trato para las personas independientemente de su origen racial o étnico en ámbitos como el empleo, la formación profesional, la

⁸⁶ Así resulta del art. 6 de la CDFUE:

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

⁸⁷ Art. 21 No discriminación

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

⁸⁸ Tratado Constitutivo del Comunidad Económica Europea.

⁸⁹ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE EUROPA. *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p. 14.

educación, los bienes y servicios y la protección social; la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y en 2004 adoptó la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

III.1. La Directiva 2000/78/CE

De las tres Directivas europeas sobre discriminación nos centraremos en la Directiva 2000/78, que es la que más nos interesa para este estudio, tanto por circunscribirse a la discriminación en el ámbito laboral, como por hacer referencia a la no discriminación por motivos religiosos. Su importancia reside en que, como señala Rosell Granados, “es el primer texto normativo de la Unión Europea donde se hace referencia de manera expresa a la protección del ejercicio del derecho de libertad religiosa del individuo y de las comunidades en el ámbito del trabajo. No trata de tutelar el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa de forma directa. Simplemente lo que esta Directiva plantea es una tutela adicional”⁹⁰. No obstante, hay que tener presente que la Directiva citada es deudora de la ya consolidada construcción comunitaria sobre discriminación por razón de género; debido a ello en repetidas ocasiones nos referiremos a supuestos de discriminación por razón de género.

⁹⁰ ROSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España, op. cit.* p. 64.

El concepto de discriminación directa se define en el artículo 2.2.a)⁹¹. Debe existir, conforme al mismo, para que haya discriminación directa, un nexo causal entre el trato menos favorable que recibe una persona y el *motivo protegido*, en este caso, sus creencias religiosas o convicciones. Si bien, “La disposición o práctica aplicada no ha de hacer necesariamente referencia explícita al *motivo protegido*, siempre que mencione otro factor indisociable de éste. Básicamente, para determinar si existe una discriminación directa, se analiza si el trato menos favorable se debe a un *motivo protegido* indisociable del factor concreto objeto de reclamación”⁹².

El Tribunal ha interpretado de forma amplia el alcance de los *motivos protegidos*, admitiendo la *discriminación por asociación*. En este sentido, en el asunto *Coleman contra Attridge Law y Steve Law*,⁹³ una madre alegaba haber sido objeto de un trato menos favorable en el trabajo por la discapacidad de su hijo, que le hacía llegar tarde en ocasiones al trabajo y por la que había solicitado una baja para atender a las necesidades del niño. La solicitud fue denegada y la reclamante recibió amenazas de despido y comentarios insultantes sobre el estado de su hijo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) aceptó como referencia comparativa a sus compañeros de puestos similares y con hijos, y observó que se les concedían condiciones de flexibilidad cuando lo solicitaban, por lo que consideró que el caso constituía un supuesto de discriminación y acoso por la discapacidad del hijo.

⁹¹ Art. 2.2. a) de la Directiva 2000/78: “Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 (entre ellos se encuentra la discriminación por motivos de religión o convicciones).”

⁹² AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE EUROPA. *Manual de legislación europea contra la discriminación*, op. cit. p. 26.

⁹³ TJUE, *Coleman contra Attridge Law y Steve Law*, Asunto C-303/06 (2008) Rec. I-5603, 17 de Julio de 2008.

El concepto de discriminación indirecta se define en el artículo 2.2.b) de la Directiva⁹⁴. Un ejemplo claro de discriminación indirecta por los efectos que una disposición, en principio neutra, produce en un *grupo protegido* es el estimado por el TJUE en el asunto *Schönheit*⁹⁵. Se trataba de un supuesto en el que las pensiones de los empleados a tiempo parcial se calculaban utilizando una tarifa diferente a la de los empleados a tiempo completo, que no estaba basada en la diferencia del tiempo trabajado, de modo que los empleados a tiempo parcial percibían una pensión menor que los empleados a tiempo completo, incluso teniendo en cuenta las diferencias en el tiempo trabajado, lo que en la práctica significaba una menor remuneración. Aunque esta disposición neutral sobre el cálculo de las pensiones se aplicaba igualmente a todos los empleados a tiempo parcial, dado que en torno al 88% de ellos eran mujeres, el efecto de la norma perjudicaba desproporcionadamente a las mujeres respecto a los hombres.

La diferencia entre la discriminación indirecta y la discriminación directa está en el desplazamiento de la atención desde el trato diferente hacia la diferencia en los efectos. Para declarar que la disposición o práctica es discriminatoria indirectamente el TJUE exigirá pruebas estadísticas de que una proporción grande de los perjudicados pertenece al *grupo protegido*. En este sentido: “Para que se considere discriminatoria, la medida debe afectar a un

⁹⁴ Artículo 2.2. b) de la Directiva 2000/78: “Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción... respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios...”

⁹⁵ TJUE, *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main y Silvia Becker contra Land Hessen*, asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02 (2003) Rec. I-12575, 23 de octubre de 2003.

número muy superior de mujeres que de hombres”⁹⁶, “o a muchas más mujeres que hombres”⁹⁷.

1. 1. Causas de justificación del trato menos favorable

a. Causa de justificación general

En la legislación de la UE contra la discriminación, la causa de justificación general solo es de aplicación a la discriminación indirecta⁹⁸.

En la Directiva 2000/78 se recoge en los siguientes términos “existirá discriminación indirecta (...) salvo que: la disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”⁹⁹.

El TJUE realizó un análisis profundo del concepto de justificación objetiva en el asunto *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber Von Hartz*¹⁰⁰, en el que los empleados a tiempo parcial alegaban que su exclusión del plan de pensiones laborales de Bilka (unos grandes almacenes) constituía una discriminación indirecta contra las mujeres, las cuales representaban la gran mayoría de los trabajadores a tiempo parcial. El TJUE consideró que el caso constituiría un supuesto de discriminación indirecta, a menos que la diferencia de derechos estuviera justificada,

⁹⁶ TJUE, *Rinner-Kühn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung*, Asunto 171/88 (1989) Rec. 2743, 13 de julio de 1989.

⁹⁷ TJUE, *Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover*, Asunto C-317/93 (1995) Rec. I-4625, 14 de diciembre de 1995.

⁹⁸ En el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la causa de justificación general es de aplicación tanto a la discriminación directa como a la indirecta.

⁹⁹ Artículo 2.2. b) i).

¹⁰⁰ TJUE, *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber Von Hartz*, Asunto 170/84 (1986) Rec. 1607, 13 de mayo de 1986.

para lo cual debía acreditarse que “las medidas elegidas por Bilka corresponden a una necesidad real de la empresa, son adecuadas para conseguir los objetivos perseguidos y son necesarias para tal fin”. Bilka alegó que la finalidad de la diferencia de trato era desincentivar el trabajo a tiempo parcial e incentivar el trabajo a tiempo completo, debido a que los trabajadores a tiempo parcial solían ser reacios a trabajar hasta tarde y los sábados, lo que hacía más difícil mantener una dotación adecuada de personal. El TJUE consideró que esto podía constituir una finalidad legítima, pero no respondió a la cuestión de si la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del plan de pensiones era proporcionada para su consecución. La exigencia de que las medidas adoptadas sean necesarias implica que debe acreditarse la inexistencia de otros medios razonables que pudieran causar menos interferencias con el principio de igualdad de trato. “En el ámbito del empleo, el TJUE ha sido reacio a aceptar un trato diferente por razones de gestión relacionadas con los intereses económicos de los empleadores y se ha mostrado más dispuesto a aceptarlo por objetivos más amplios de política social y de empleo con implicaciones fiscales. En los asuntos relativos a estas consideraciones, el TJUE concede a los Estados un amplio *margin de discrecionalidad*¹⁰¹.

b. Causas de justificación específicas

La Directiva recoge tres causas específicas que permiten justificar un trato diferente. Nos referiremos brevemente a dos de ellas (las que

¹⁰¹ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE EUROPA. *Manual de legislación europea contra la discriminación*, op. cit. pp. 46-47.

atañen al objeto de este trabajo) puesto que se estudiarán de manera más extensa más adelante.

1.- Requisitos profesionales: “los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”¹⁰². Esta causa de justificación permite a los empleadores diferenciar entre personas por una característica protegida directamente relacionada con la idoneidad o capacidad para desempeñar las funciones de un determinado puesto.

2.- Instituciones religiosas: La Directiva permite expresamente a las organizaciones basadas en la “religión” o “las convicciones” imponer determinadas condiciones a sus empleados. Las disposiciones de la Directiva se entenderán si perjuicio de “el derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones a exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización”. Los empleadores relacionados con organizaciones religiosas pueden quedar también incluidos en el ámbito de la causa de justificación del *requisito profesional esencial* que permite un trato diferente por los principios religiosos de la organización en cuestión¹⁰³.

¹⁰² Artículo 4.1 de la Directiva 2000/78.

¹⁰³ Artículos 4.1 y 2 de la Directiva 2000/78.

Tras la exposición de la Directiva 2000/78 que hemos llevado a cabo, nos llama la atención el hecho de que guarda silencio absoluto sobre toda posible obligación del empresario al acomodo, o al menos intento de acomodo, del trabajador por motivos de religión o convicciones. Llama la atención especialmente, por contraste, si reparamos en la obligación de practicar ajustes razonables para adaptar la prestación laboral de personas discapacitadas que le impone el artículo 5 de la Directiva.

Ahora bien, entendemos que este silencio no debe ser obstáculo para introducir la necesidad de un acomodo o ajuste razonable por motivos religiosos o de convicciones. Si se enfoca el problema desde la perspectiva del concepto de discriminación indirecta, el empresario vendrá obligado a demostrar, tal como le exige el artículo 2.1 de la Directiva, que existe una finalidad legítima y que los medios para alcanzar esa finalidad han sido los adecuados y necesarios, lo que abriría un cierto camino al deber empresarial de adaptación.

Capítulo 3

El concepto de acomodamiento razonable como técnica de armonización

SUMARIO: I. Introducción. II. Diferentes conceptos de acomodo razonable. III. La laicidad abierta como fundamento del acomodamiento razonable. IV. Los límites al acomodamiento del derecho de libertad religiosa.

I. INTRODUCCIÓN

Introduciremos en este capítulo el concepto clave sobre el que se sustenta la tesis de este trabajo: el acomodamiento razonable. Presentaremos el acomodo razonable como la forma más adecuada para la gestión de la diversidad religiosa y del respeto del derecho a la libertad religiosa y de conciencia.

La situación actual de diversidad religiosa exige al Estado regular o promover unas condiciones que aseguren que todos sus ciudadanos puedan ejercer su derecho a la libertad de religión y de conciencia con la mayor amplitud posible. Si bien, esta misma diversidad implicará en muchas ocasiones la necesidad de adaptar el modo de ejercicio del derecho y afectará en algunos casos a otros derechos, también fundamentales, que se cruzarán

con el derecho a la libertad religiosa. Es por ello que se hacen precisas las prácticas de armonización: “Las situaciones que una realidad social como la actual puede generar son siempre más complejas que las que las normas puedan haber previsto, y ello nos obliga a buscar instrumentos que permitan la convivencia en la pluralidad y la garantía de los derechos al mismo tiempo. Es aquí donde encuentran su sentido y justificación las llamadas prácticas de armonización”¹⁰⁴.

II. DIFERENTES CONCEPTOS DE ACOMODO RAZONABLE

Para la exposición de las diferentes prácticas de armonización seguiremos la terminología utilizada en el informe de la Comisión *Bouchard-Taylor* en Quebec¹⁰⁵, el informe incluye diferentes categorías instrumentales: acuerdos informales, ajustes concertados y el acomodo razonable. Todas ellas son técnicas de gestión de situaciones concretas en las que confluyen potenciales conflictos o diferencias de percepción basadas en la pertenencia a una determinada identidad cultural o religiosa.

En el acuerdo informal, nos encontramos: “no tanto ante una posible vulneración de un derecho ni ante una discriminación en sentido estricto, como ante situaciones en las que las personas de determinadas creencias o

¹⁰⁴ RUIZ VIEYTEZ, E. J., *Las prácticas de armonización como instrumento de gestión pública de la diversidad religiosa*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁵ BOUCHARD, G. y TAYLOR, C., *Building the Future. A Time for Reconciliation*, Québec, Consultation Commission on Accommodation Practices Related to Cultural Differences, Quebec, 2008, (versión reducida en español en BOUCHARD, G. y TAYLOR, C., Construir el Futuro. El tiempo de la reconciliación, Bilbao, Ikuspegi, 2010).

tradiciones pueden sentirse particularmente incómodas o violentas”¹⁰⁶. No es por lo tanto un problema jurídico en sentido estricto, se trata más bien de un problema de convivencia social.

El ajuste concertado es otra técnica de armonización no estrictamente jurídica. En esta técnica: “no estamos en presencia de decisiones vinculantes impuestas por una autoridad, sino ante resultados de la voluntad libremente expresada por las personas o grupos concernidos. Ahora bien, la diferencia técnica con respecto a los acuerdos informales es que en este caso nos encontramos ante situaciones en las que sí puede decirse que existe una afección a un derecho fundamental, y por tanto, existe una obligación general de proceder a algún tipo de acomodo”¹⁰⁷. La solución que así se obtiene no es en sí misma vinculante más allá del mismo ajuste, pero en la práctica está adecuando el ejercicio de un derecho fundamental que se veía indirectamente lesionado.

En cuanto a la tercera práctica de armonización a la que hemos hecho referencia al principio, el acomodo razonable, vamos a analizar tres conceptos diferentes, siguiendo para ello a Pierre Bosset, uno de los mayores estudiosos de esta figura en Canadá¹⁰⁸.

¹⁰⁶ RUIZ VIEYTEZ, E. J., *Las prácticas de armonización como instrumento de gestión pública de la diversidad religiosa*, op. cit., p. 18.

¹⁰⁷ Ibídem, p. 19.

¹⁰⁸ Vid. BOSSET, P., “Les fondements juridiques et l’evolution de l’obligation d’accommodement raisonnable”, en M. JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables :quoi, comment, jusqu’ou ? Des outils pour tous*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2007, pp. 2-8.

- Un sentido profano en virtud del cual -es acomodo razonable toda forma de arreglo dirigido a la gestión de un conflicto, en este caso, religioso. Este es un muy amplio, que abarcaría cualquier práctica de armonización.

- Un sentido genérico, que consiste en la adaptación de una norma jurídica con el objetivo de atenuar o eliminar el impacto que esta norma puede tener sobre un derecho o libertad constitucionalmente protegidos, como por ejemplo la libertad de conciencia o de religión. En este caso el acomodo se incorpora a una norma jurídica, o lo que es lo mismo, se positiviza y queda reflejado por escrito en una norma de carácter general.

- Un sentido técnico jurídico: una noción jurídica de origen jurisprudencial. Según esta acepción, el acomodo razonable es una obligación jurídica que deriva del derecho a la no discriminación, consistente en tomar medidas razonables para armonizar una acción o inacción con una determinada demanda de ejercer un derecho, a menos que ello cause una carga excesiva. En este caso, el acomodo no está incorporado a una norma explícitamente, sino que deriva de las normas que garantizan la no discriminación en el ejercicio de otros derechos, particularmente la libertad de religión.

Pese a ser el acomodamiento razonable una noción jurídica de origen jurisprudencial, nosotros priorizamos en todo caso como verdadera herramienta

de total integración, de cohesión social y de respeto por las minorías religiosas, la armonización extrajudicial. En definitiva, se trata de evitar la judicialización de los conflictos religiosos, mediante la práctica generalizada del ajuste concertado, previa al conflicto o colisión de derechos; y caso de que se produzcan éstos, la mediación como vía alternativa de resolución de conflictos. En este sentido, Elósegui Itxaso recuerda que: “El recurso a la vía ciudadana a través del ajuste concertado es más positivo para que los ciudadanos aprendan a manejar sus diferencias. Esta vía es un modelo de gestión que permite evitar las demandas judiciales y que hace posible negociar compromisos favorables a las dos partes con una actitud de reciprocidad”¹⁰⁹. En el mismo sentido, siguiendo con la citada autora: “La jurisprudencia y las argumentaciones judiciales han ido creando una nueva mentalidad en la línea de fomentar medidas previas de ajustes concertados y de adaptaciones previstas con antelación o negociadas entre las partes sin necesidad de llegar a las situaciones de enconamiento que terminan planteándose ante los tribunales”¹¹⁰.

III. LA LAICIDAD ABIERTA COMO FUNDAMENTO DEL ACOMODAMIENTO RAZONABLE

Ante la posibilidad de introducir una previsión general de acomodamiento razonable, es determinante definir el sistema de laicidad aceptado que enmarca el principio de aconfesionalidad y neutralidad del

¹⁰⁹ ELÓSEGUI ITXASO, M., *El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público*, op.cit., p. 61.

¹¹⁰ Ibídem, p. 191.

Estado, es decir, un sistema de laicismo estricto, en el que la religión quedaría relegada a la esfera privada, o un sistema de laicidad abierta, en el que el derecho de libertad religiosa incluiría la manifestación libre de los grupos religiosos o de las creencias de los individuos en el espacio tanto público como privado. Por nuestra parte, nos inclinamos por esta segunda opción, por considerar que no es posible encerrar la dimensión espiritual y religiosa del individuo en la esfera privada, puesto que, como señala Taylor, la religión forma parte de la propia identidad, son aspectos que no se pueden separar, ello supondría un atentado a la identidad de la persona, a su integridad moral¹¹¹.

Los acomodamientos razonables por motivos religiosos encuentran necesariamente su fundamentación en un modelo de laicidad abierta como el propuesto por Bouchard y Taylor¹¹², y se alejan del modelo de laicidad estricta seguido por el republicanismo francés.

El modelo de laicidad propuesto por Bouchard y Taylor se basa en cuatro principios:

1.- El Estado y la religión deben actuar con independencia uno de otro, cada uno en su respectiva esfera.

2.- El Estado no debe identificarse con una religión o con una visión particular religiosa o no religiosa del mundo (o de creencias sobre los

¹¹¹ Vid., TAYLOR, C., *Sources of the Self. The Making of the Modern Identity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989. Traducción al castellano, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Paidós, Barcelona, 1986.

¹¹² El 8 de febrero de 2007 el primer ministro de Quebec, Jean Charest, anunció la creación de una comisión de consulta sobre las “Prácticas de Acomodación”, en respuesta a la época conocida como de los *problemas*, en torno a los años 2006 y 2007. El informe final de la Comisión, presidida por el conocido filósofo Charles Taylor y por el historiador y sociólogo Gérard Bouchard, resulta de gran interés.

fundamentos últimos de la existencia) porque es el Estado de todos los ciudadanos, no de todos los que suscriban una misma religión o visión. El principio que debe guiar este dilema es que la neutralidad exige un mismo respeto para con todos los ciudadanos.

3.- La regla de neutralidad e igualdad debe tenerse en cuenta también en la obligación del Estado de proteger a todos los ciudadanos de la opresión que una religión o grupo secular puede ejercer sobre otros miembros o ciudadanos. Se alude aquí al principio de igualdad moral de los ciudadanos.

4.- El Estado debe defender el derecho de cada ciudadano a expresar a través de su conducta tanto su religión, como su visión del mundo, dentro de los límites prescritos por la ley y por el respeto hacia los demás.

Esta concepción abierta de laicidad no solo protege el derecho a la libertad de conciencia y de religión sino que contribuye subsidiariamente a la integración cívica, ya que ante la manifestación externa de la diversidad religiosa, tal y como señala Elósegui Itxaso: “el diálogo, la comprensión mutua y la cooperación entre los ciudadanos de una sociedad diversificada exigen que sus semejanzas y sus diferencias sean reconocidas y respetadas”¹¹³.

El sistema de laicidad abierta no resulta incompatible con los valores intrínsecos de una democracia liberal, tales como el respeto a los derechos humanos o la igualdad de todos ante la ley, que deben exigirse a todos los ciudadanos, puesto que como señala la autora citada: “Personas con convicciones profundas tanto religiosas como seculares pueden estar de

¹¹³ ELÓSEGUI ITXASO, M., “El concepto de laicidad abierta en el informe Bouchard-Taylor para Quebec”, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 23, Iustel.com, 2010, p. 23.

acuerdo sobre estos valores, los cuales permiten que los ciudadanos convivan juntos de un modo pacífico aunque tengan concepciones del mundo muy diferentes. Aunque las personas adopten estos valores por motivos o fundamentos diferentes están de acuerdo en defenderlos”¹¹⁴.

IV. LOS LÍMITES AL ACOMODAMIENTO DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA

Como ya quedó explicado en el capítulo 2, consideramos que, partiendo del artículo 1 del CEDH, es posible exigir al Estado la adopción de medidas positivas para evitar la discriminación indirecta por motivos religiosos o de convicciones; en este sentido, nos remitimos también a la Recomendación núm. 14 de la ECRI *sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial en el empleo*, también tratada en el capítulo 2, donde se dan recomendaciones directas a los Estados para evitar la discriminación en el ámbito laboral entre particulares. Por todo ello, es muy valioso para nuestro estudio referirnos a los límites que aplica el TEDH al acomodamiento razonable.

En este epígrafe examinaremos los límites, funcionales y jurídicos, que encuentra el acomodamiento razonable por motivos religiosos o de convicción, en el ámbito laboral. Estos límites son aplicados por el TEDH a través de dos técnicas diferenciadas: el llamado *test de proporcionalidad* y el *margen de apreciación del Estado*.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 23.

El *test de proporcionalidad*, que se aplica tanto a los límites funcionales como a los legales, consiste en exigir proporcionalidad entre los medios puestos en la práctica y el fin perseguido por un Estado a través de una norma, cuando ésta restringe o pone límites al ejercicio individual de un derecho previsto en el Convenio.

En primer lugar nos referiremos a los límites funcionales:

- 1.- Los costes del acomodamiento.
- 2.- Las trabas a la explotación de la empresa, es decir, si restringe excesivamente los fines de la institución o dificulta gravemente su funcionamiento.
- 3.- Los derechos de los otros empleados.

Todos estos límites se condensan básicamente en lo que podríamos llamar un *límite a lo razonable*, es decir, se trata de examinar si existe una carga excesiva, si es desproporcionada la carga o el sacrificio que se impone al empleador en relación con el beneficio de una sola persona necesitada de acomodo en función de la protección de su derecho a la libertad religiosa. En este mismo sentido de penalidad excesiva, Ruiz Vieytes apunta “La interpretación de la razonabilidad se realiza mediante la noción de la penalidad excesiva o injusta que constituye el límite funcional del acomodo razonable. La existencia o no de una penalidad excesiva debe interpretarse caso por caso atendiendo a una pluralidad de factores, pero como criterio general no pueden aceptarse como penalidades excesivas: los simples inconvenientes

administrativos, las preferencias pretendidas de la clientela, la amenaza de una demanda judicial, el miedo a crear un precedente”¹¹⁵.

En cuanto a los límites jurídicos, que se derivan del artículo 9.2 del CEDH¹¹⁶, el TEDH los establece mediante la aplicación de la técnica de *margen de apreciación del Estado*.

Como apunta Elósegui Itxaso: “El TEDH concede mucha importancia al legislador nacional, conforme a la idea de evitar una indebida injerencia del TEDH en asuntos internos de los Estados contratantes del CdE y de respetar así las soberanías nacionales, mientras no haya una violación clara de un derecho contemplado en el Convenio (...) Pero todo ello ha de hacerse compatible con la búsqueda de la justicia y de unos estándares mínimos comunes de los derechos humanos”¹¹⁷.

Un ejemplo jurisprudencial del TEDH sobre la aplicación del límite del respeto a la seguridad pública es el caso *Shingara Mann Singh c. Francia*¹¹⁸.

El TEDH no aceptó un recurso interpuesto por una persona de religión Sij, por considerar que la injerencia en el derecho de libertad religiosa entra dentro del margen de los límites previstos en el artículo 9.2 del CE. El caso se

¹¹⁵ RUIZ VIEYTEZ, E. J., *Las prácticas de armonización como instrumento de gestión pública de la diversidad religiosa*, op. cit., p. 29.

¹¹⁶ 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

¹¹⁷ ELÓSEGUI ITXASO, M., *El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público*, op.cit., p. 241.

¹¹⁸ TEDH, *Shingara Mann Singh c. Francia*, Sección 5^a, nº 24479/07, 13 de noviembre de 2008.

basaba en la obligación para todos los ciudadanos de aparecer en la foto del carnet de conducir con la cabeza descubierta. Como consecuencia de esa norma se le prohibió al demandante aparecer en la foto con el turbante, que conforme a su religión es obligatorio llevar en todo momento. Lo llamativo del caso es que durante bastantes años, Francia había tolerado esa práctica. De hecho el recurrente tenía su permiso de conducir renovado hasta el año 1998 con turbante. En el año 2004 se lo robaron y al pedir un duplicado comenzaron las negativas a aceptar su foto con turbante.

En relación con la aplicación a este caso del límite basado en la seguridad pública, Elósegui Itxaso mantiene: “serían admisibles razones de seguridad, si fueran ciertas, para este tipo de prohibiciones. El carnet de conducir sirve para que, en los controles de carretera, la policía pueda comprobar que sabemos conducir y que la persona que conduce tiene carnet. Un sij conducirá siempre con turbante, luego cuando procedan a su identificación llevará el turbante puesto. Sería más fácil de identificar para saber si la persona corresponde a la foto del carnet, si en la foto fuera también con turbante. Además, una foto con un turbante en la cabeza no impide identificar a la persona”¹¹⁹.

Lo cierto es que la jurisprudencia europea se muestra reacia a aceptar acomodos razonables en el campo de la diversidad religiosa. Pese a la doctrina jurisprudencial emanada del TEDH en el caso *Thlimenos c. Grecia*, en la que

¹¹⁹ ELÓSEGUI ITXASO, M., *El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público*, op.cit., p. 271.

se asienta el principio de discriminación por igualación, esta doctrina no ha vuelto a resultar decisiva en ningún supuesto concerniente a las diferencias religiosas. El Tribunal ha declarado, en el citado caso, que el principio de no discriminación por motivos religiosos del artículo 14 del CEDH quedará vulnerado cuando no se trate de manera diferente a personas en situaciones diferentes. Así resulta de la sentencia recaída en el caso *Thlimennos*¹²⁰, el Tribunal pone de manifiesto que “el derecho a disfrutar de los derechos reconocidos en el Convenio sin ser sometido a discriminación es vulnerado no solo cuando los estados, sin justificación objetiva y razonable, tratan de manera diferente a personas en situaciones análogas, sino también cuando, sin justificación objetiva y razonable, no tratan de manera diferente a personas en situaciones diferentes”¹²¹. En definitiva, el Tribunal Europeo en el caso *Thlimennos*, “está exigiendo a los Estados legislaciones con flexibilidad en la norma general y típica, en los casos en que exista una justificación objetiva y razonable”¹²².

¹²⁰ Sentencia del TEDH nº. 34369/97, de 6 de abril de 2000. El demandante era un Testigo de Jehová que había sido condenado por insubordinación en 1983, a causa de su rechazo a prestar servicio militar debido a sus creencias religiosas, en momentos de movilización general; fue condenado a cuatro años de prisión, y dejado en libertad condicional después de cumplir los dos primeros años de condena. En 1988 ganó un concurso público para obtener un puesto de contable diplomado, una profesión liberal para cuyo ejercicio era necesario, hasta 1993, pertenecer al Instituto Griego de Contables Diplomados. A pesar de haber quedado segundo entre 60 candidatos, el Comité Ejecutivo del Instituto se negó a su nombramiento, pues la ley establecía que no podía nombrarse contable diplomado a una persona no cualificada para la función pública, y la condena por un delito grave constituía un factor de descalificación para ser funcionario público. El TEDH consideró que el Estado griego había violado el artículo 14 en relación con el artículo 9. Las autoridades no podían sino aplicar la ley, pero la legislación había omitido las distinciones necesarias: no existía justificación objetiva y razonable para no tratar al objector de conciencia de manera diversa de otras personas condenadas por delitos graves, y su exclusión de la profesión de diplomado contable no perseguía fin legítimo alguno.

¹²¹ Sentencia del TEDH nº. 34369/97, de 6 de abril de 2000, § 44.

¹²² ELÓSEGUI ITXASO, M., *El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público*, op.cit., p. 219.

Lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico ya prevé unos supuestos de acomodos razonables en sentido genérico, piénsese en las leyes que incorporan los Acuerdos con las Confesiones islámica, evangélica o judía, que establecen algunas medidas como la dispensa de asistencia a clase o celebración de exámenes para los fieles de estas confesiones los días de sus respectivas festividades religiosas. Como apunta Ruiz Vieytes: “en la medida en que resulte adecuado extender tales disposiciones a los miembros de otras comunidades religiosas minoritarias que no disponen de acuerdo con el Estado, estaríamos hablando de ajustes concertados o de acomodos razonables en sentido técnico-jurídico o estricto”¹²³.

En todo caso, para que tenga lugar el acomodo razonable existirá una premisa inamovible: la ponderación de todos los factores en juego, de manera que el trato diferenciado que se da a una persona en atención a sus convicciones religiosas o seculares no implique una carga excesiva ni para la empleador ni para los otros empleados ni, en definitiva, una situación de injusticia hacia los grupos religiosos mayoritarios.

¹²³ RUIZ VIEYTEZ, E. J., *Las prácticas de armonización como instrumento de gestión pública de la diversidad religiosa*, op. cit., p. 32.

Capítulo 4

La prohibición de discriminación en las empresas neutras

SUMARIO: I. Introducción. II. Supuestos conflictivos durante el desarrollo de la vida laboral como consecuencia del ejercicio externo de la libertad religiosa. 1. El momento de la contratación. 2. Prestación de la actividad laboral. 2.1. Libertad religiosa: el descanso laboral y las festividades religiosas. 3. La extinción del contrato. III. Los casos *Eweida y otros* en el TEDH. A) Hechos. B) La decisión de la Corte europea.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de este capítulo vamos a tratar de identificar, y en consecuencia poner de relieve, diferentes situaciones de discriminación religiosa a nivel individual que se producen en el ámbito laboral. Al mismo tiempo propondremos, para evitar estos supuestos de desigualdad religiosa, el uso de diversas técnicas de armonización (acuerdos informales, ajustes concertados y acomodos razonables) o de acomodamiento razonable en sentido amplio, como la vía más adecuada para lograr un ejercicio efectivo de la libertad religiosa por parte de los individuos en el ámbito laboral. En definitiva, trataremos de presentar la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una

previsión general que sirva de principio para resolver las posibles situaciones de discriminación indirecta que se originan cuando el trabajador ejerce su derecho a la libertad religiosa en su dimensión externa.

Como apunta Cañamares Arribas: “muchos de los conflictos más recientes en materia de libre ejercicio de la religión han estado provocados por el deseo de los inmigrantes de ejercer, en los distintos ámbitos de nuestro tejido social, algunas de sus prácticas religiosas que, en ocasiones, se han considerado contrastantes con las de la mayoría”¹²⁴. El problema comienza por lo tanto cuando la uniformidad religiosa de las sociedades se resquebraja, al dar cabida a personas con creencias diferentes de las de la mayoría.

En torno a la idea de libertad religiosa conviene recordar la doctrina del TC: “la libertad religiosa garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”, y asimismo, “junto a esta dimensión interna, esta libertad incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”¹²⁵. Y más específicamente la dimensión externa de la libertad religiosa se traduce “en la posibilidad de ejercicio inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”¹²⁶. Y con este carácter amplio y abierto se recoge el ejercicio

¹²⁴ CAÑAMARES ARRIBAS, S., “Libertad religiosa e igualdad. Algunos supuestos discutidos”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 25, Iustel.com, 2011, p. 4.

¹²⁵ STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9.

¹²⁶ STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4.

de la libertad religiosa en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR), que otorga cobertura a cualquier manifestación de la libertad religiosa siempre que se mueva dentro de los límites que establece el artículo 3.1: la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas de los demás, así como la salvaguarda de la seguridad, la salud y la moralidad públicas.

Los conflictos, en el sentido en el que estamos hablando, son consecuencia de la necesidad del trabajador de ejercer su derecho de libertad religiosa dentro del ámbito laboral. Como señala García Murcia, estos problemas tienen que ver con: “el progresivo reconocimiento de los derechos sociales y las libertades públicas en el mundo del trabajo, desde el momento en que el ejercicio de tales derechos o el mero hecho de hacerlos valer frente al empresario (piénsese ahora en la libertad ideológica y de creencias), corre el riesgo de convertirse en un factor de diferenciación, discriminación o perjuicio”¹²⁷.

Entendemos que el hecho de que en la inmensa mayoría de los casos los trabajadores presten sus servicios en empresas neutras, es decir en empresas que no son ideológicas o de tendencia, no significa que en las mismas deba regir un principio de neutralización de las convicciones éticas y religiosas de los trabajadores. Así lo manifiesta Rossell Granados: “los trabajadores, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, tienen reconocido el derecho a

¹²⁷ GARCÍA MURCIA, J., “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en M. E. CASAS BAAMONDE, F. DURAN LÓPEZ, J. CRUZ VILLALÓN (coords.) *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en Homenaje al profesor Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer*, La ley, Madrid, 2006, pp. 386 y 387.

manifestar públicamente su credo y a vivir conforme al mismo en todos los aspectos de su vida, también el laboral”¹²⁸.

Ahora bien, el ejercicio de la libertad religiosa en su dimensión externa en el ámbito laboral por parte del trabajador produce en numerosas ocasiones una colisión con el derecho del empresario a gestionar la organización de su empresa del modo más adecuado para conseguir criterios de eficiencia productiva y económica. Es por esta razón por la que se hace necesario introducir la figura amplia de acomodamiento razonable como medio para tratar esta conflictividad.

II. SUPUESTOS CONFLICTIVOS DURANTE EL DESARROLLO DE LA VIDA LABORAL COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO EXTERNO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Las siguientes líneas están dedicadas a analizar las situaciones conflictivas que en el ámbito laboral pueden darse cuando hace su aparición el factor religioso. Detectaremos que en muchos casos se trata de supuestos de discriminación indirecta y nos plantearemos hasta dónde puede el trabajador desarrollar el ejercicio de sus creencias religiosas, en qué términos puede el empresario condicionar el ejercicio de estas creencias y en qué casos y con qué alcance se puede obtener un acomodo razonable.

II.1. El momento de la contratación

¹²⁸ ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 104.

Destaca Valdés Dal-Ré que la violación del principio de no discriminación suele hacer su aparición normalmente en el momento de la contratación del trabajador, por la concurrencia de una serie de circunstancias “De un lado, la declaración expresa y voluntaria por parte del trabajador de su religión, con vistas, bien a la aplicación de las condiciones de trabajo establecidas, *religionis causa* en el convenio colectivo (...). De otro, la exteriorización implícita del trabajador de su convicción religiosa mediante la exhibición de algunos signos de identidad religiosa”¹²⁹.

El problema se plantea si el empresario no quiere contratar a un determinado trabajador debido a sus creencias religiosas o convicciones. “Es verdad que en estos casos no podemos obligar al empleador a contratar a un determinado trabajador, pero no es menos cierto que éste podrá hacer uso de todos los medios de protección que le dispensa la lucha antidiscriminatoria. Y es que el derecho del trabajador a que el empresario respete la creencia religiosa o no, de su elección, ha de ser absoluto. No se deben admitir restricciones o modulaciones de este derecho y por supuesto el empresario no puede oponer al mismo ningún otro derecho, incluido el de su libertad religiosa”¹³⁰.

¹²⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, en M. E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (coords.), *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, p. 596.

¹³⁰ ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 105.

Si bien, conforme al artículo 16.2 de la CE, el trabajador no estaría obligado a declarar sobre su religión o creencias, puede ocurrir que el empresario quiera conocer aspectos que pueden afectar al normal desarrollo de la relación laboral y que de manera indirecta impliquen declaración de las creencias religiosas. En estos supuestos, el trabajador, como consecuencia de la aplicación del principio de buena fe, deberá responder, siempre de manera voluntaria (previo consentimiento expreso y por escrito y previa advertencia de que no está obligado a declarar, conforme a la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD)), de forma veraz a las preguntas del empresario. En este punto, la honestidad y buena fe del trabajador se erige en pieza clave para que sea exigible al empleador una obligación de acomodo razonable de la organización de su empresa.

Así se desprende de la decisión del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid en la que no reconocía la pretensión de una trabajadora musulmana, que una vez firmado el contrato de trabajo, pretendió modificar las condiciones del mismo. La actora, habiendo sido contratada el día 24 de junio de 1996, dirigió una carta a la empresa el 18 de julio del 1996 en la que pedía: "se le permita a la demandante utilizar un uniforme que no atente contra sus creencias religiosas que impiden el uso de falda corta; se le adecue el horario de trabajo de tal forma que los viernes, entre las 13:30 h y las 16:30 h no se vea obligada a trabajar, por ser día de rezo colectivo y solemne para los musulmanes, así como la finalización del trabajo una hora antes de la puesta de sol durante el mes de Ramadán; no se le traslade a ningún establecimiento en el que haya de manipular o vender productos derivados del cerdo y del

alcohol". El Tribunal reconoció que sería conveniente que "los Tribunales laborales extremen su celo en lograr que las empresas adapten sus horarios de trabajo de modo que permitan a los trabajadores el normal y cómodo cumplimiento de sus deberes religiosos, así como no imponerles conductas o funciones incompatibles con sus íntimas y respetables creencias; pero estas directrices exigen a la parte trabajadora una conducta especial de lealtad y buena fe, consistente en que -lo que no hizo la actora- al solicitar el puesto de trabajo indique previamente su confesión religiosa y el horario especial que ello implica, a fin de que esa futura empleadora estudie si puede encajar tal situación en su infraestructura específica"¹³¹.

Cañamares Arribas se separa de la fundamentación del TSJ de Madrid cuando concluye: "podemos afirmar que la resolución de este conflicto debió fundamentarse no en la buena fe contractual sino en la obligación del empresario de acomodar las creencias de la trabajadora hasta el límite de una penalidad excesiva o injusta"¹³², puesto que, como explica el autor, todo converge en un mismo punto: la obligación de acomodo por parte del empresario; y así añade: "Si habiendo manifestado sus creencias no hubiera sido contratada por tal motivo, nos podríamos encontrar ante un supuesto de discriminación religiosa en el caso de que sus creencias no fueran a presentar ninguna incidencia gravosa en el desarrollo de la empresa. De la misma manera, si habiendo sido contratada sin conocimiento, por parte del empresario, de su afiliación religiosa, reclama la acomodación de sus

¹³¹ STSJ de Madrid, de 27 de octubre 1997, FJ 2.

¹³² CAÑAMARES ARRIBAS, S., "Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho Español", en R. NAVARRO VALLS, J. MANTECÓN SANCHO, J. MARTÍNEZ TORRÓN (coords.), *La libertad religiosa y su regulación legal. La ley orgánica de libertad religiosa*, Iustel, Madrid, 2009, p. 533.

creencias, resulta indispensable valorar si tal pretensión haría incurrir a la empresa en un gravamen indebido. En caso de que tal acomodación no fuera posible, el despido sería procedente. Al contrario, si resultara posible y no se hubiera procedido a su acomodo, estaríamos ante una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, materializado en su despido improcedente”¹³³.

Desde nuestro punto de vista, entendemos que pese a que el resultado pragmático que sirve de base a la fundamentación de Cañamares Arribas descansa sobre las posibilidades razonables del empleador de acceder al acomodo, la buena fe del trabajador sobre la que pivota el razonamiento del TSJ de Madrid no carece de importancia desde la perspectiva del empleador, que, en caso de no conocer *a priori* las condiciones de trabajo que le demandará el trabajador por causa de sus creencias religiosas, no tiene la oportunidad de conciliar los derechos del trabajador con la atención al que es su objetivo principal: organizar el trabajo de su empresa de forma eficiente y productiva, aparte de los perjuicios que le ocasiona un proceso de despido, por muy procedente que sea, en el caso de que el acomodo no sea posible.

II.2. Prestación de la actividad laboral

Una vez iniciada la relación laboral, el empresario debe mantener el principio de neutralidad frente a las creencias religiosas o convicciones del trabajador. Cualquier acto del empresario tendente a menoscabar o perjudicar

¹³³ *Ibidem.*

las creencias religiosas del trabajador o que quiebre el principio de neutralidad que debe mantener frente a su empleado se reputará nulo, tal y como establece el Estatuto de los Trabajadores (ET)¹³⁴.

Pese a que en Estados Unidos, como expone Fernández Márquez, “el trabajador tiene derecho a afirmar su libertad religiosa en el contrato de trabajo hasta el punto en el que ello represente un perjuicio injustificado y excesivo para la empresa y que (...) esta debe hasta el citado límite realizar los ajustes razonables en su organización a fin de facilitar la libertad religiosa de los trabajadores (...) en Europa (...) se ha negado esta posibilidad partiendo de la neutralidad de las empresas, no obligadas por ello a atender las demandas religiosas de los trabajadores”¹³⁵.

En términos generales, “los tribunales europeos, y nuestro TC es un ejemplo de ello, han entendido que la libertad religiosa únicamente impone al empresario una obligación de neutralidad frente a las convicciones religiosas, lo que no lleva asociado ni un deber de acomodación de funcionamiento de la organización de la empresa a las condiciones religiosas ni un deber de

¹³⁴ Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales.

1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

¹³⁵ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., “Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 133, enero-marzo 2007, p. 109.

adaptación de las obligaciones contractuales libremente estipuladas (...) en ausencia de cláusulas y estipulaciones expresas”¹³⁶.

Lo cierto es que entendemos que el cauce contractual no es el más adecuado para la configuración de derechos fundamentales, como lo es en este caso el derecho de libertad religiosa; y así lo subraya Rossell Granados: “Piénsese que la realidad nos muestra cómo la más que factible frustración del pacto individual entre el trabajador y el empresario coloca siempre al primero en un dilema: la aceptación del contrato o en su caso la continuidad de su relación laboral sin que haya una acomodación de la organización de la empresa ofende su libertad religiosa pero, *sensu contrario*, la defensa de sus convicciones le priva de su trabajo”¹³⁷.

Sin embargo, no es posible encontrar una obligación general de acomodo por motivos religiosos ni en el derecho positivo ni en las decisiones de los jueces. Ni siquiera en la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La Directiva, como pone de relieve Fernández Márquez: “limita las reglas que pueden repercutir sobre los derechos del trabajador por razones religiosas a una función meramente negativa de no discriminación (directa e indirecta), e incluso de igualdad de trato (mediante el establecimiento de acciones positivas¹³⁸, tales como la legitimación para accionar, procedimientos de tutela o inversión de la carga de la prueba), pero nunca hasta el extremo de

¹³⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, *op. cit.*, p. 602.

¹³⁷ ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, *op. cit.*, p. 112.

¹³⁸ Cfr. PALOMINO LOZANO, R., “La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 9, 2008, pp. 481 y ss.

reconocer al trabajador el derecho a que la afirmación de sus convicciones (...) pueda limitar o modular sus responsabilidades laborales, ni mucho menos la obligación del empresario de acomodar la organización de la empresa - realizando ajustes razonables- a las creencias religiosas de sus trabajadores”¹³⁹.

Distinta es la postura que adopta la anteriormente citada Directiva para los supuestos de personas con discapacidad, en cuyo artículo 5.1 se establece que “A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables”¹⁴⁰.

Entendemos que hubiera sido adecuado que en esta Directiva, junto al ajuste razonable por motivo de discapacidad, se introdujera también dicho ajuste por motivos religiosos, y en este sentido, Rossell Granados declara: “creemos que (la acomodación razonable) también debería estar prevista para los supuestos en los que está en conflicto el derecho de libertad religiosa, la primera de las libertades. La ausencia de una obligación por parte del empresario de establecer esa acomodación razonable bien podría ser entendida como un supuesto de discriminación indirecta”¹⁴¹.

¹³⁹ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., “Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación”, *op. cit.*, p. 86.

¹⁴⁰ 5. Ajustes razonables para las personas con discapacidad.

A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

¹⁴¹ ROSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, *op. cit.*, p. 114.

Consideramos que quizá fuera viable, como apunta Cañamares Arribas, incluir una previsión general de acomodo razonable en el texto de la futura Ley Orgánica de Libertad Religiosa: “Con la incorporación de una previsión de este tipo al texto de la futura Ley Orgánica se estaría estableciendo la obligación de acomodar las creencias religiosas de los ciudadanos en los distintos ámbitos de su proyección social, estableciendo una pauta estricta para la solución de conflictos que evitara eventuales situaciones de discriminación religiosa”¹⁴². El mismo autor reconoce que no se trata de introducir una novedad en nuestro ordenamiento jurídico “sino de recoger de forma expresa una previsión que ya se contempla en la Directiva 2000/78, en cuyo artículo 2 se prohíbe la discriminación indirecta, esto es, aquella situación creada cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción (...) respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”¹⁴³.

II.2.1. Libertad religiosa: el descanso laboral y las festividades religiosas

Conviene comenzar recordando que ante los conflictos entre ley y conciencia que se producen en el ámbito de las relaciones laborales, el TC considera que “ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el

¹⁴² CAÑAMARES ARRIBAS, S., “Libertad religiosa e igualdad. Algunos supuestos discutidos”, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴³ *Ibídem*.

artículo 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”¹⁴⁴.

En el ámbito laboral una de las cuestiones que mayor problema plantea en relación con el ejercicio del derecho de libertad religiosa es el relativo al reconocimiento del derecho al descanso laboral y a las festividades religiosas.

La problemática que se plantea, tal y como la describe Meseguer Velasco, es la siguiente: “frente al descanso semanal fijado tradicionalmente el domingo y los días festivos que son en buena parte festivos religiosos que responden a la tradición cristiana, aparecen otros trabajadores, normalmente los fieles de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, los judíos ortodoxos, los testigos de Jehová y los musulmanes, que reclaman el descanso semanal y la celebración de sus festividades religiosas en días que no coinciden con el calendario laboral, nacional o autonómico. Se produce entonces una negativa a trabajar en días festivos de naturaleza religiosa basada en el conflicto que tiene lugar en la conciencia del trabajador; se contraponen la necesidad de cumplir con sus principios religiosos y la necesidad de cumplir las obligaciones derivadas de su relación contractual”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2.

¹⁴⁵ MESEGUER VELASCO, S., “La integración de la diversidad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales: la cuestión de las prácticas religiosas”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 28, Iustel.com, 2012, p. 5.

Pero pese a ello no existe una previsión general de acomodamiento por estos motivos ni tampoco se ha utilizado la figura del convenio colectivo como instrumento para erradicar posibles situaciones discriminatorias, acudiendo a la Directiva 2000/78, que prevé el uso de este instrumento para establecer normas antidiscriminatorias¹⁴⁶. Y es que, como apunta Rossell Granados, “no nos vale como solución que el convenio recoja en su articulado una mención genérica al respeto del derecho de libertad religiosa del trabajador”¹⁴⁷. Y por otra parte, como también señala el mismo autor, el empresario se ha convertido en la pieza clave para que el trabajador pueda ejercitar o no su derecho dentro de la empresa, puesto que “Los diferentes Acuerdos entre el Estado español y las confesiones religiosas, al reconocer el derecho al descanso laboral y a la celebración de las festividades religiosas trasladaron la regulación de esta materia a la autonomía de la voluntad de trabajadores y empresarios”¹⁴⁸. Si bien frecuentemente, como pone de relieve Meseguer Velasco, “el trabajador motivado en general por la precariedad laboral es infrecuente que solicite alterar el día de descanso semanal previamente establecido y el empresario, por su parte, no se encuentra obligado a alegar una causa motivada que justifique la denegación de la solicitud para que se produzca un cambio de horario que afecte al descanso semanal”¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Directiva 2000/78 UE.

Artículo 13. Diálogo social.

2. Siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros fomentarán entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración al nivel apropiado, de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de aplicación.

¹⁴⁷ ROSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 119.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ MESEGUER VELASCO, S., “La integración de la diversidad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales: la cuestión de las prácticas religiosas”, op. cit. p. 12.

En nuestro derecho positivo el descanso laboral se recoge en el artículo 37.1 del ET, que dispone que los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido que, como regla general comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. Por su parte, el artículo 34.7 del ET establece además la posibilidad de que el gobierno, a propuesta del Ministro de Empleo y SS, y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas establezca regímenes de descanso alternativos en aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran.

Resulta por lo tanto que la regla general es el descanso dominical, atendiendo a la tradición católica predominante en nuestro país, y así se recoge también en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, en su artículo 3, aunque no obstante hay que recordar que el TC ha declarado el carácter secular de este descanso semanal: “que el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues (...) el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el domingo como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición”¹⁵⁰.

¹⁵⁰ STC 19/1981, de 13 de febrero, FJ 4.

En el artículo 12 del acuerdo con la Federación de Entidades Evangélicas de España (FEREDE) y con la Federación de Comunidades Israelitas (FCI) dispone que “el descanso laboral semanal, para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras iglesias evangélicas (...) cuyo día de precepto sea el sábado, podrá comprender siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37 del ET como regla general”. Por su parte, en el artículo 12.1 del acuerdo con las comunidades islámicas, pertenecientes a la Comisión Islámica de España (CIE), se prevé que los miembros de las comunidades islámicas pertenecientes a la CIE que lo deseen, podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las 13:30 hasta las 16:30 horas, añadiendo que será necesario el previo acuerdo entre las partes y que las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas, sin compensación alguna¹⁵¹.

En relación con las festividades religiosas, el ET, en su artículo 37.2 establece que “Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales” y que “en cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, Uno de mayo, como Fiesta del Trabajo, y Doce de Octubre, como Fiesta Nacional de España. Por lo que

¹⁵¹ Cfr. GARCÍA-PARDO, D., “Descanso semanal y festividades religiosas islámicas”, en A. MOTILLA (ed.), *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Trotta, Madrid, 2004; BARRIOS, G., JIMÉNEZ AIBAR, I., “La conciliación entre la vida laboral y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 274, 2006.

respecta al resto de confesiones con acuerdo, también se prevé, siempre que medie acuerdo entre las partes, la posibilidad de sustituir las festividades y conmemoraciones religiosas a que se refiere el artículo 12 de cada uno de los acuerdos, por las establecidas en el artículo 37.2 del ET, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de los fieles de las respectivas comunidades.

Como en reiteradas ocasiones ha puesto de relieve la doctrina, aunque el artículo 12 de los Acuerdos permite al trabajador disfrutar del día de descanso laboral acorde a sus creencias y de sus festividades religiosas, es este un derecho que queda sujeto al acuerdo entre las partes y en cuyo reconocimiento se muestra el predominio de la posición del empresario.

Ante esta situación, entendemos que sería una solución adecuada buscar un acomodo razonable entre las prácticas religiosas del trabajador y las necesidades derivadas de la organización empresarial. Nos remitimos a lo dicho en el capítulo anterior, en el que hemos tratado por extenso el acomodamiento razonable.

II.3. La extinción del contrato

La problemática que vamos a tratar bajo este epígrafe es la que hace referencia a los supuestos en los que hay que decidir cuándo el ejercicio del derecho a la libertad religiosa por parte del trabajador es abusivo y puede ser por tanto objeto de sanción y cuándo el poder disciplinario del empresario

sobrepasa sus límites y vulnera el derecho fundamental de libertad religiosa del trabajador. Ejemplos claros de estos supuestos son las ausencias causadas por la celebración de las festividades religiosas, el abandono del trabajo durante la jornada para rezar, la utilización de una vestimenta religiosa ... Como explica Rossell Granados: "en estos supuestos el trabajador no pretende realizar una infracción laboral, ni tampoco pretende la anulación total o parcial del contrato de trabajo que firmó, sino que su pretensión es la de conseguir que se le dispense del cumplimiento de las obligaciones contractuales que libremente adquirió, sin que ello le suponga el despido"¹⁵².

Para resolver estos casos, la jurisprudencia en España ha utilizado el denominado criterio del *balance razonable* entre los derechos en conflicto. "Éste consiste en averiguar, por un lado, si el empresario ha adoptado las medidas oportunas para que no se produzca la colisión entre los derechos y por consiguiente se derive de ello una consecuencia negativa para el trabajador, y por otro, si el trabajador al hacer efectiva su exigencia ha obrado de buena fe"¹⁵³. Es decir, será preciso ponderar si el empresario ha realizado un esfuerzo real de acomodo razonable.

A continuación expondremos una decisión judicial del TSJ de Baleares que constituye un buen ejemplo de ponderación de circunstancias, balance razonable y acomodo razonable.

¹⁵² ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 115.
¹⁵³ Ibídem.

La sentencia estimó la demanda de un conductor de la empresa municipal de transportes que, alegando motivos religiosos, cubría su cabeza con una kipá durante la prestación de servicios, lo que provocó que se le incoase por parte de la empresa un expediente disciplinario que finalizó con una sanción. La empresa, por vía del artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denunció una supuesta vulneración del artículo 26 del Convenio Colectivo de empresa. El motivo argumentado en defensa de su tesis fue “que este precepto regula el vestuario de los empleados de la empresa; que dicho vestuario no comprende gorra, por lo que tacha de errónea la apreciación judicial de que el uso de la mencionada prenda está permitido; que la norma debe ser respetada por todos, incluidos por quienes no firmaron los convenios y arguye, respecto de las convicciones religiosas del actor, que la Constitución establece el carácter laico del Estado”.

En el caso que nos ocupa, la norma convencional establecía en su artículo 26 la utilización en el trabajo, por parte de los empleados, de un vestuario concreto que además era propiedad de la empresa. Este precepto, por tanto, generaba en el trabajador la obligación de emplear ese vestuario durante la jornada laboral y al mismo tiempo el correlativo derecho al empresario de exigir que dicha uniformidad -de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5 c) del ET- se respetase.

Este poder empresarial de dirección y organización de la actividad que despliega la empresa y que legitima al empresario para imponer a los trabajadores la uniformidad de vestimenta durante la prestación de su trabajo

ya había sido admitida expresamente por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de enero de 2001, por lo que al no incluirse dentro del Convenio la utilización de gorras o prendas similares para la cabeza, el uso de la misma en principio no estaría autorizado. Ahora bien, la STS arriba mencionada también señalaba que, en defecto de pacto colectivo o individual entre los interesados, la determinación competirá al empresario “salvo, naturalmente, que la decisión patronal atente a la dignidad y honor del trabajador, prevista en los artículos 4, 18 y 20 del ET, o a cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución”.

En el supuesto enjuiciado por el TSJ de Baleares, la sentencia señalaba en su fundamento jurídico segundo que aunque la sentencia no lo consigne, de manera sorprendente, entre los que declara probados, es hecho clave alegado en la demanda y corroborado de pleno en juicio que aquél (el conductor) es miembro de la Comunidad Israelita de Mallorca y practicante de la religión judía desde hace unos 23 años, así como que esta creencia considera necesario tener siempre cubierta la cabeza en señal de respeto a la divinidad.

Así pues, no estamos en este supuesto ante un incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones laborales contraídas con la empresa sino que el caso que se planteaba ante el tribunal era el de la ponderación de dos derechos, por un lado, “el derecho de la empresa a dirigir la actividad laboral (artículo 20.1 del ET) y el derecho fundamental a la libertad religiosa de uno de

sus empleados (artículo 16.1 CE, desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio)”¹⁵⁴.

Por último, conviene reparar en que el Tribunal, como advierte Cañamares Arribas “no juzgó relevante para restablecer los derechos laborales del trabajador el tiempo de antigüedad en la empresa, ni el tiempo de utilización de la gorra, sino simplemente atendió a un conflicto entre derechos que fue resuelto aplicando la regla del derecho al acomodo”¹⁵⁵.

III. LOS CASOS *EWEIDA* Y OTROS EN EL TEDH¹⁵⁶

Como ejemplos ilustrativos de la doctrina jurisprudencial más reciente del TEDH sobre acomodos razonables relativos al uso de símbolos religiosos dinámicos y por motivos de convicciones religiosas, vamos a analizar los asuntos *Eweida y otros contra el Reino Unido*.

A) Hechos.

Los hechos de las cuatro demandas que se presentaron conjuntamente son los siguientes:

1) Caso *Chaplin*. La Sra. Chaplin era una enfermera empleada por un hospital público (*The Trust*) desde 1989 a 2010¹⁵⁷. Desde el momento en que se confirmó en 1971, la Sra. Chaplin había llevado un crucifijo unido a una cadena

¹⁵⁴ STSJ de Baleares, de 9 de septiembre de 2002.

¹⁵⁵ CAÑAMARES ARRIBAS, S., “Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho Español”, *op. cit.*, p. 534.

¹⁵⁶ TEDH, *Eweida y otros c. El Reino Unido*, (nº 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10), 15 de enero de 2013.

¹⁵⁷ *Ibidem* §19.

alrededor de su cuello, considerando que quitárselo supondría una violación de su fe¹⁵⁸. En 2007 el empleador requirió a la Sra. Chaplin para que se abstuviese de llevar la cadena con el crucifijo¹⁵⁹. Se intentó llegar a una solución satisfactoria para ambas partes, pero el intento fracasó. Chaplin propuso llevar su cruz con un *match* magnético, pero, *The Trust* estaba preocupado por los riesgos que esta cruz podría conllevar para la salud de los pacientes, pues al no estar fija podría entrar en contacto con heridas abiertas. Se sugirió a la Sra. Chaplin que debería unir la cruz y la cadena al colgante que contenía su identificación personal. Sin embargo, la enfermera rechazó tal sugerencia porque el personal sanitario tenía que quitarse tanto la tarjeta identificativa como el colgante cuando realizasen funciones clínicas¹⁶⁰. En consecuencia, la Sra. Chaplin no pudo continuar ejerciendo sus funciones y fue trasladada a un puesto diferente al de enfermera, que desapareció en el año 2010¹⁶¹.

La Sra. Chaplin alegó ante el Tribunal de Empleo que había sido discriminada, tanto directa como indirectamente, por motivos religiosos¹⁶². Este Tribunal sostuvo que no había discriminación religiosa directa, puesto que la posición del empresario se basaba en consideraciones de salud e higiene, en lugar de en motivos de naturaleza religiosa, y mantuvo que tampoco se trataba de discriminación indirecta, puesto que no había evidencia alguna de que la demandante hubiese sido sometida a una situación de desventaja.

¹⁵⁸ *Ibidem* §18.

¹⁵⁹ *Ibidem* §20.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ *Ibidem* §21.

¹⁶² *Ibidem*.

2) Caso *Eweida*. La Sra. Eweida era una creyente cristiana que había trabajado desde 1999 como miembro del personal de facturación de *British Airways PLC*, compañía privada¹⁶³. El código de uniforme de la compañía exigía que cualquier prenda o joya que se llevase por motivos religiosos debía quedar cubierta por el uniforme y cuando esto no fuese posible, el superior jerárquico del empleado debería aprobar el diseño de la prenda o la joya, para garantizar que cumplía con los estándares requeridos en materia de uniforme¹⁶⁴. En el año 2006, la Sra. Eweida decidió mostrar abiertamente la cruz que llevaba colgada como signo de su fe¹⁶⁵. Esto condujo a que fuese despedida cuando se negó a tapar la cruz en la manera exigida por sus superiores jerárquicos. Posteriormente, se le ofreció trabajo administrativo, negándose ella a aceptar esa propuesta. *British Airways*, tras varios meses de fuertes críticas en la prensa decidió cambiar su código interno en materia de prendas y joyas religiosas, autorizando a los trabajadores a mostrar símbolos religiosos. La Sra. Eweida fue admitida a su puesto anterior, pero presentó una demanda contra la compañía puesto que no se le había compensado económicamente por las pérdidas sufridas durante el periodo en que estuvo sin trabajar¹⁶⁶. Tras ser rechazados sus recursos ante los tribunales británicos, la Sra. Eweida llevó su caso ante la Corte Europea.

3) Caso *Ladele*. La Sra. Ladele era una empleada del registro de nacimientos, matrimonios y defunciones y su empresario era la autoridad local¹⁶⁷. Había desempeñado sus funciones desde mucho antes de la promulgación de *the Civil Partnership Act 2004*, esta ley del Parlamento británico autorizó uniones

¹⁶³ *Ibidem* §9.

¹⁶⁴ *Ibidem* §10-11.

¹⁶⁵ *Ibidem* §12.

¹⁶⁶ *Ibidem* §12-14.

¹⁶⁷ *Ibidem* §24-25.

de hecho de personas del mismo sexo. Para la Sra. Ladele esto era incompatible con su manera de concebir su fe cristiana. La Sra. Ladele fue autorizada a acordar con sus compañeros cambios de turno, lo que le permitiría no tener que celebrar uniones de hecho de personas homosexuales. Sin embargo, este acuerdo comenzó a crear dificultades entre los compañeros¹⁶⁸. Cuando se abrió un procedimiento disciplinario contra ella, se dirigió al Tribunal de Empleo y alegó discriminación directa e indirecta¹⁶⁹. Este Tribunal aceptó la discriminación tanto directa como indirecta, manteniendo que la autoridad local había dado mayor importancia a los derechos de homosexuales, lesbianas y bisexuales que a los derechos de los cristianos ortodoxos¹⁷⁰. Sin embargo, el Tribunal de Apelación de Empleo rechazó esta interpretación, manteniendo que la actuación del empleador había sido un medio proporcionado de conseguir el fin legítimo de proporcionar el servicio registral sin discriminación alguna¹⁷¹. *The Court of Appeal* mostró su acuerdo y rechazó el permiso de apelación frente al Tribunal Supremo¹⁷².

4) Caso *Mc Farlane*. El Sr. Mc. Farlane estaba contratado como terapeuta especializado en relaciones personales, por una organización privada llamada *Relate*¹⁷³. Sus creencias cristianas le impidieron aconsejar a parejas homosexuales sobre cuestiones sexuales, por consiguiente fue objeto de un procedimiento disciplinario, que llevó a su posterior despido¹⁷⁴. El Tribunal de Empleo consideró que no había habido discriminación directa, puesto que no había sido despedido a causa de su fe, sino por no estar dispuesto a cumplir

¹⁶⁸ *Ibídem* §26.

¹⁶⁹ *Ibídem* §27.

¹⁷⁰ *Ibídem* §28.

¹⁷¹ *Ibídem*.

¹⁷² *Ibídem* §29.

¹⁷³ *Ibídem* §32.

¹⁷⁴ *Ibídem* §35-37.

las directrices de su empleador¹⁷⁵. Respecto a la discriminación indirecta, el Tribunal de Empleo consideró que si bien el código interno de la empresa situaba a personas como al Sr. Mc Farlane, por razón de sus creencias religiosas, en una posición de desventaja, esto podía ser justificado como un medio proporcionado de conseguir el fin legítimo de proporcionar terapia sin discriminación¹⁷⁶. Se rechazaron posteriores apelaciones¹⁷⁷.

B) La decisión de la Corte Europea

Nos recuerda Hill que, “como sucede con cualquier sentencia del TEDH, la parte más significativa se encuentra en la expresión de la mayoría de los principios emergentes de la jurisprudencia acumulada de Estrasburgo, interpretando y aplicando los artículos relevantes de la Convención Europea de Derechos Humanos”¹⁷⁸.

En estos casos, los principios están contenidos en los párrafos 79 y siguientes de la sentencia del Tribunal:

- Como establece el artículo 9 de la Convención, libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los cimientos de una sociedad democrática¹⁷⁹.
- A fin de ser protegidas por el artículo 9, las opiniones deben tener un cierto nivel de seriedad, cohesión e importancia¹⁸⁰.

¹⁷⁵ *Ibídem* §38.

¹⁷⁶ *Ibídem*.

¹⁷⁷ *Ibídem* §39 y 40.

¹⁷⁸ HILL, M., “Simbología religiosa y objeción de conciencia en el lugar de trabajo: un examen de la sentencia de Estrasburgo en Eweida y otros c. Reino Unido”, en *Revista General de Derecho Canónico Derecho Eclesiástico del Estado* 32, 2013.

¹⁷⁹ *Ibídem* §79.

¹⁸⁰ *Ibídem* §81.

- El deber de neutralidad del Estado es incompatible con ningún tipo de examen de la legitimidad de las creencias o de la manera en que éstas son expresadas¹⁸¹.
- Incluso cuando las creencias en cuestión obtienen el nivel requerido de seriedad e importancia, no se puede mantener que cada acto que de alguna manera es inspirado, motivado e influido por ellas, constituye una manifestación a fin del artículo nueve¹⁸².
- Para que se pueda considerar una manifestación a estos efectos, el acto en cuestión debe estar íntimamente ligado a la religión o creencia¹⁸³.
- Un ejemplo sería un acto u oración o devoción que forma parte de una práctica reconocida generalmente, pero no está limitada a dichos actos. Debe haber un nexo lo suficientemente cercano y directo entre el acto y la creencia, y esto deberá ser comprobado en los hechos de cada caso¹⁸⁴.
- La Corte se refirió a *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia, Sahim y Begum* como sentencias que destacan que si una persona es capaz de evitar las limitaciones impuestas sobre las manifestaciones de su libertad religiosa, en tal caso no hay interferencia con la libertad religiosa individual y por consiguiente, no existe necesidad para el Estado de justificar las restricciones, ya que el artículo 9 no habría sido en absoluto afectado¹⁸⁵.

¹⁸¹ *Ibídem*.

¹⁸² *Ibídem* §82.

¹⁸³ *Ibídem*.

¹⁸⁴ *Ibídem*.

¹⁸⁵ *Ibídem* §82 y 83.

- Dada la importancia en una sociedad democrática de la libertad religiosa, el Tribunal considera que cuando un individuo se queje de una restricción de su libertad religiosa en su centro de trabajo, en lugar de determinar si existe una posibilidad de trabajar en otro lugar que no interfiera con su libertad religiosa, sería mejor plantearse si la restricción de los derechos fue proporcionada. “Un aspecto muy significativo de la sentencia del Tribunal es el abandono de un principio que estaba muy arraigado tanto en Estrasburgo como en la jurisprudencia británica¹⁸⁶, según el cual si una persona puede tomar unas medidas para eludir una limitación que ha sido impuesta sobre él, como puede ser renunciar a un puesto de trabajo, entonces no hay interferencia con el derecho del artículo nueve”¹⁸⁷.
- El Tribunal otorga a los Estados un amplio margen de apreciación para determinar si, y hasta qué punto, la interferencia es necesaria¹⁸⁸.
- En muchos casos el ejercicio sin límites del derecho a manifestar creencias de conformidad con el artículo 9 interferiría con otros derechos reconocidos a otros ciudadanos, por ello el Tribunal otorga a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación cuando se trata de encontrar el equilibrio necesario entre derechos del Convenio en conflicto¹⁸⁹. Por ello, en el caso Chaplin, el Tribunal declara que “las cuestiones de seguridad en los hospitales son de

¹⁸⁶ Este principio, denominado convencionalmente como “La situación específica”, ha sido mantenido por el gobierno del Reino Unido. *Vid. Eweida y otros c. El Reino Unido*, en §59: “El hecho de que estos solicitantes eran libres para renunciar a su trabajo y buscar empleo en otros lugares, o de practicar su religión fuera del lugar de trabajo, fue suficiente para garantizar sus derechos del artículo 9 bajo el derecho doméstico.”

¹⁸⁷ HILL, M., “Simbología religiosa y objeción de conciencia...” *op. cit.* p. 8.

¹⁸⁸ *Ibídem* §84.

¹⁸⁹ *Ibídem* §106.

vital importancia y resulta innegable que los hospitales son autoridades en mejor posición que los tribunales para tomar este tipo de decisiones¹⁹⁰. La interferencia con los derechos del artículo 9 de la Sra. Chaplin podía ser justificada¹⁹¹. Además los mismos factores son de aplicación cuando se examina la proporcionalidad de la medida en relación con el artículo catorce¹⁹². Finalmente, la pretensión de la Sra. Chaplin no prosperó ni basándose en tratamiento discriminatorio, según el artículo 14, ni en relación con los derechos contenidos en el artículo 9.

La sentencia *Eweida* se diferencia del caso *Chaplin* porque el objetivo de *British Airways* de emplear una plantilla con aspecto profesional no se consideró tan importante como el de mantener la necesaria seguridad en el hospital¹⁹³. El hecho de que el empleador pudiese cambiar posteriormente su código de uniforme sugiere que tal restricción no era necesaria en un primer momento¹⁹⁴. Por lo tanto, no hubo justificación para la interferencia con los derechos del artículo 9.

El Tribunal no diferenció entre el caso de Miss. Ladele y el caso de Mr. Mc Farlane. En este último, la demanda del consejero de relaciones de pareja fue rechazada porque él mismo se puso voluntariamente en una posición en la cual sería probable que tuviera que proporcionar consejo psico-sexual tanto a

¹⁹⁰ *Ibidem* §99.

¹⁹¹ *Ibidem* §100.

¹⁹² *Ibidem* §101.

¹⁹³ *Ibidem* §99.

¹⁹⁴ *Ibidem* §94.

parejas heterosexuales como homosexuales¹⁹⁵. Fue muy diferente para Miss Ladele. Un cambio inesperado y unilateral en una función clave de su trabajo la dejó ante una difícil opción: actuar contra sus convicciones religiosas (que el tribunal aceptó que eran de conciencia y sinceras) o dejar su trabajo. Hubo interferencia con los derechos del artículo 9 pero se justificó como un medio proporcionado de conseguir el fin legítimo de promocionar la igualdad de oportunidades (uniones de hecho homosexuales). Hill diferencia a Ladele de Mc Farlane argumentando que “en las circunstancias de la Sra. Ladele había una mayor justificación para que se requiriese del empleador ajustes razonables, ya que cuando ella inició su contrato de trabajo, era totalmente capaz de cumplir las condiciones laborales impuestas por su empresario. Por el contrario era claro desde el inicio que a Mc Farlane se le pediría que proporcionase terapia sin discriminación y esto siempre le iba a presentar problemas”¹⁹⁶.

¹⁹⁵ *Ibidem* §109 y 110.

¹⁹⁶ HILL, M., “Simbología religiosa y objeción de conciencia...” *op. cit.* p. 14.

Capítulo 5

La prohibición de discriminación en las empresas de tendencia

SUMARIO: I. Introducción. II. La cláusula de salvaguarda. III. Dos enfoques distintos: la empresa de tendencia y la tarea de tendencia. IV. Las empresas de tendencia: un supuesto especial de no discriminación. 1. La Directiva 2000/78, de 27 de noviembre relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. V. Conflicto de derechos durante la vida de la relación laboral. 1. Nacimiento de la relación laboral. 2. Desarrollo de la relación laboral. 3. Extinción de la relación laboral: despido.

I. INTRODUCCIÓN

Si en el capítulo anterior hemos tratado los conflictos que se suscitan entre el trabajador y la empresa neutra, como consecuencia del ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa por parte del trabajador; en el presente capítulo estudiaremos el supuesto, mucho más intrincado, que se plantea en el seno de las denominadas empresas de tendencia de naturaleza confesional o religiosa. Esta mayor complejidad conflictual, que las creencias pueden originar en el ámbito de las empresas de tendencia, es puesta de relieve por Rossell Granados cuando manifiesta: “el trabajo ideológico constituye un campo especialmente abonado para que afloren de manera

conflictiva las tensiones entre, por un lado, las organizaciones religiosas que en el ámbito de sus empresas imponen conductas y comportamientos personales; y de otro, el personal que presta servicio en dichas empresas y que adopta un modo de vida que es contrario a ese ideario”¹⁹⁷.

Enfocaremos este conflicto de derechos al que venimos haciendo referencia, desde la perspectiva de colisión entre dos derechos fundamentales idénticos, pero de titularidad diversa, individual, en el caso del trabajador, y colectiva, en el caso de la empresa. Los derechos de libertad ideológica y religiosa, entendiendo la libertad religiosa como una subespecie de la libertad ideológica tienen una dimensión individual y otra colectiva¹⁹⁸. El artículo 16 de la CE garantiza la libertad religiosa de los individuos y de las comunidades, así lo ha entendido la doctrina eclesiástica española¹⁹⁹ y también el TC²⁰⁰, al declarar en relación con los derechos fundamentales que “su plena efectividad (...) exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde solo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se insertan en grupos y organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental. Así, el artículo 16 garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto, no solo a los individuos, sino también

¹⁹⁷ ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 92.

¹⁹⁸ Artículo 16.1 CE: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.”

¹⁹⁹ En este sentido, *vid.*, entre otros VILADRICH, P. J., “Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español” en J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Derecho Eclesiástico del Estado español*, EUNSA, Pamplona, 1980; GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., “La regulación legal de la libertad religiosa como derecho de la persona”, en J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 2^a ed. EUNSA, Pamplona, 1983; BUENO SALINAS, S., “El ámbito del amparo del derecho de libertad religiosa y las asociaciones”, en *Ius Canonicum*, vol. 25, 49, 1985.

²⁰⁰ STC 64/1988, de 12 de abril.

a las comunidades, y no debe encontrarse dificultad para ampliar esta misma idea en otros campos”. Ahora bien, todavía se plantea otra cuestión, si esta titularidad colectiva de la libertad religiosa de los grupos corresponde a éstos en cuanto tales o si solo es consecuencia de la suma de los derechos individuales. Nosotros, desde este trabajo, nos adherimos a la postura doctrinal que defiende que la titularidad colectiva de la libertad religiosa de los grupos corresponde a éstos en cuanto tales; así lo entiende Fernández-Coronado González, cuando señala que “A nivel colectivo el derecho de libertad religiosa está reconocido a las comunidades o grupos, que son sujeto de este derecho en cuanto tales, no en virtud de la suma de los derechos individuales de los componentes concretos de los mismos”²⁰¹. En sentido contrario se expresa Ibán Pérez: “En un Estado democrático los derechos lo son de los individuos y de los grupos por ellos formados, pero precisamente por eso, porque están formados por individuos”²⁰².

Dedicaremos los siguientes apartados a analizar si se puede llegar a una solución ponderada de los conflictos que pueden provocarse en el ámbito de las empresas de tendencia de naturaleza religiosa.

²⁰¹ FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A., “Voz libertad de conciencia”, en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1994, p. 4022.

²⁰² IBÁN PÉREZ, I. C., “La libertad religiosa como derecho fundamental” en *Anuario de Derechos Humanos* (1984-85/3), p. 167.

II. LA CLÁUSULA DE SALVAGUARDIA

La cláusula de salvaguarda, dirigida a proteger la identidad religiosa y el carácter propio de las iglesias, confesiones y de las instituciones por ellas creadas, se recoge en el artículo 6 de la LOLR²⁰³.

La finalidad de protección de la identidad religiosa que cumple la cláusula de salvaguarda es reconocida de forma generalizada por la doctrina, así lo afirma Odriozola Igual: “Es aceptado comúnmente por la doctrina que la posibilidad de establecer cláusulas de salvaguarda tiene como consecuencia la posibilidad de excepcionar el derecho común en materia laboral, es decir, el régimen jurídico general aplicable a los trabajadores, y aplicar como derecho especial las propias normas contractuales cuando se persiga como finalidad la protección de la identidad religiosa de la confesión”²⁰⁴. En el mismo sentido, Moreno Botella apunta: “El fundamento y la función de la cláusula de salvaguarda de la propia identidad es la defensa de la doctrina y de los principios de la propia confesión frente a injerencias extrañas, frente a todo

²⁰³ Artículo 6 de la LOLR: Uno. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación.

Dos. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas podrán crear y fomentar, para la realización de sus fines, Asociaciones, Fundaciones e Instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general.

²⁰⁴ ODRIOZOLA IGUAL, C., “Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre sobre empleo y trabajo”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, número 6, Iustel.com, septiembre 2004, p.8.

ataque provenga de donde provenga que pueda poner en cuestión su ser y su razón de existir”²⁰⁵.

La doctrina también coincide al afirmar que el ámbito de aplicación de la cláusula de salvaguarda se refiere a las confesiones religiosas, sin embargo, existe debate en cuanto a si dichas cláusulas son aplicables a las instituciones creadas por las confesiones y que operan como empresas en el mercado. Algunos autores consideran que solo pueden aplicarse a las instituciones con fines estrictamente religiosos, concretamente, Llamazares Fernández: “La finalidad de estas cláusulas no es otra que la de preservar su identidad religiosa y carácter propio en cuanto tales, así como el debido respeto a sus creencias, se entiende religiosas; de manera que solo son aplicables a las instituciones creadas por ellas para la realización de sus fines, es decir, de sus fines propios como Confesiones inscritas, que no son otros que los religiosos”²⁰⁶. Por lo tanto, para este autor, no se puede aplicar la cláusula de salvaguarda a aquellas actividades de las confesiones, cuyos fines no sean, claramente, fines religiosos; nosotros en cambio, seguimos el parecer de otros autores de la doctrina científica, consideramos que sería apropiado conceder al fin religioso un sentido amplio, en el que también tenga cabida un fin que no sea rigurosamente religioso, como serían por ejemplo, los fines caritativos, de atención y orientación, de cuidado, alojamiento, hospitalarios, asistenciales o educativos; e incluso cuando se añada a ellos un fin de lucro. En este sentido, nos adherimos a Moreno Botella, cuando mantiene que “el fin religioso ha de

²⁰⁵ MORENO BOTELLA, G., “El carácter propio de las entidades religiosas y sus consecuencias en el derecho laboral español”, en *REDC*, vol. 44, 1987 p. 529.

²⁰⁶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Civitas, Madrid, 1999, p. 442.

entenderse no en sentido restrictivo reducido a lo puramente cultural o espiritual, sino en sentido amplio, considerando como tales a todas las actividades que no siendo culturales, o al menos no únicamente, sin embargo están estrechamente vinculadas al fin de la iglesia y sirven para su consecución en la realidad temporal”²⁰⁷.

Otro punto doctrinalmente polémico es el ámbito subjetivo de aplicación de la cláusula de salvaguarda. Para un sector doctrinal, la cláusula de salvaguarda tiene como objeto las relaciones sometidas al derecho estatal, pero solo de personas que son miembros de la confesión²⁰⁸. Para otros autores, la cláusula se aplica a aquellos trabajadores contratados conforme a las normas del ordenamiento estatal, pero únicamente, a aquellos que tengan encomendadas *tareas de tendencia*, con algunas salvedades²⁰⁹. En nuestra opinión, la cláusula de salvaguarda debería aplicarse a todo el personal laboral, (no a los ministros de culto o religiosos, sometidos ya a su propio derecho estatutario) sea o no miembro de la confesión e independientemente de que desarrolle una tarea de tendencia o neutra. Esta es la postura mantenida por Odriozola Igual al observar que “la cláusula de salvaguarda puede aplicarse a todas aquellas personas que tengan una relación laboral sometida al Estatuto de los Trabajadores con la confesión, sean o no miembros de la misma, y realicen o no tareas ideológicas, ya que su finalidad es que no se ataquen las creencias y el carácter propio de la confesión, pudiendo en principio este

²⁰⁷ MORENO BOTELLA, G., “Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996 de 12 de junio”, en *REDC*, vol. 54, 1997, p. 292.

²⁰⁸ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, op. cit., pp. 441- 443.

²⁰⁹ OTADUY GUERÍN, J., “Las cláusulas de salvaguarda de la identidad de las instituciones religiosas. Doctrina y jurisprudencia”, en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado, Estudios en memoria al Profesor Pedro Lombardía*, Madrid, 1989, pp. 379-380.

ataque provenir de cualquier trabajador, sea o no miembro de la confesión y realice o no tareas de tendencia. Sobre esta base considero que la cláusula de salvaguarda es una facultad que tiene la confesión cuando contrata a un trabajador conforme al derecho estatal y supone la posibilidad de no aplicar algunas normas de la legislación laboral a la cual se somete el contrato entre la confesión y la persona que presta sus servicios en ella”²¹⁰.

Conforme a esta última interpretación, la citada cláusula implica que existe una excepción a la aplicación del Derecho del Trabajo general, en aras de garantizar la protección de la identidad religiosa del empleador y cuya suscripción deberá ser realizada por el trabajador al inicio de la prestación de servicios; de manera que estas empresas de tendencia podrían poner límites al trabajador en el ejercicio de sus derechos de ciudadanía, produciéndose por lo tanto una colisión de derechos. Ahora bien, como advierte Valdés Dal-Ré, “el desarrollo, expresión y desenvolvimiento de la propia empresa de tendencia se vertebra a través de la colaboración indispensable de las personas (...) la solución a este conflicto no puede pasar por el íntegro sacrificio de uno de los intereses en juego, sino por la búsqueda de un compromiso entre ambos ponderado”²¹¹. Intentaremos hallar en este trabajo una solución ponderada para los conflictos que se planteen a lo largo de la vida de la relación laboral dentro de una empresa de tendencia.

²¹⁰ ODRIozola IGUAL, C., “Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE de 27 de diciembre sobre empleo y trabajo”, *op. cit.*, p. 11.

²¹¹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, *op. cit.* p. 574.

III. DOS ENFOQUES DISTINTOS: LA EMPRESA DE TENDENCIA Y LA TAREA DE TENDENCIA

En la doctrina española podemos distinguir a aquellos autores que, como pone de relieve Odriozola Igual, para abordar el conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador y los de la empresa, han centrado su atención en esta última, como soporte de la libertad de pensamiento, denominándolas empresas ideológicas o de tendencia; y a aquellos otros autores que consideran más adecuado acercarse al problema desde el punto de vista de las tareas ideológicas o de tendencia, por considerar que no es trasladable a nuestro ordenamiento jurídico la noción de empresa de tendencia, por ello han propuesto aproximarse al problema, atendiendo a la naturaleza de la tarea del trabajador²¹².

De esta manera, los límites que, en virtud de las cláusulas de salvaguarda a las que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior, pueden imponerse al trabajador de estas empresas o que pueden derivarse de la exigencia del principio de buena fe contractual que recoge el ET, dependerán para el primer enfoque de que la empresa pueda calificarse o no de ideológica y, para el segundo, de que la tarea, aun dentro de una empresa calificada como de tendencia, pueda definirse como tarea de tendencia.

²¹² En este sentido, ver ODRIOZOLA IGUAL, C., “Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE de 27 de diciembre sobre empleo y trabajo”, *op. cit.*

El ordenamiento positivo español carece de una definición expresa de empresa de tendencia. La doctrina científica, tanto la española como la del resto de países de la UE, ha ido aceptando esta denominación de *empresa de tendencia*, cuya terminología es de origen alemán (*Tendenzbetriebe*).

En la mayoría de los países europeos, los empleadores de tendencia se caracterizan básicamente por la presencia acumulativa de tres rasgos fundamentales: el primero, por su carácter de manifestación del pluralismo político, sindical, religioso y, en sentido amplio, ideológico de toda sociedad; en segundo lugar, por su naturaleza de cauce o instrumento a través del cual se exteriorizan, ejercitan y manifiestan derechos fundamentales individuales y colectivos de protección constitucional, lo que en ocasiones convierte a algunas de ellas en el epicentro de sistemas normativos o auténticos ordenamientos autónomos o independientes del Estado; y en tercer lugar, y lo fundamental, porque las mismas sirven de soporte para una actividad dirigida directa y predominantemente a la difusión de un determinado sistema de valores, creencias e ideas²¹³.

En la doctrina española hay autores que se decantan por un concepto estricto y otros que adoptan un concepto amplio de empresa de tendencia.

En el primer sentido se considera que son empresas ideológicas “aquellas organizaciones institucionalmente expresivas de una ideología, como

²¹³ En este sentido, ver en general, entre otros autores, BLAT GIMENO, F., *Relaciones Laborales en empresas ideológicas*, Centro de Publicaciones del Mº de Trabajo y S.S., Madrid, 1986; CALVO GALLEGOS, F., *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, CES, Madrid, 1995; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Libertad ideológica y prestación de servicios”, en *Relaciones Laborales II*, 1985.

son los partidos políticos, los sindicatos, las confesiones religiosas y aquellas empresas que suministran bienes o servicios de componente casi exclusivamente ideológico”²¹⁴.

Por lo que respecta al concepto amplio, el elemento caracterizador de la empresa de tendencia será que la organización sirva directa o indirectamente a la difusión del fin ideológico o concepción del mundo, inspirada en valores o ideales claramente reconocibles²¹⁵, o, con otras palabras, “aquellas cuyas actividades estén inspiradas por ciertos ideales o guiadas por la moral, ideas o conceptos protegidos por la legislación nacional de cada país”²¹⁶.

De manera que, como sintetiza Rossell Granados, “En el primer caso solo serían empresas de tendencia aquellas que tuviesen un objetivo sustancialmente religioso mientras que en el segundo, también serían consideradas de tendencia aquellas empresas creadas por las confesiones y por lo tanto marcadas por su confesionalidad, pero cuyos fines fuesen diferentes de los estrictamente religiosos. Es el caso de las empresas dedicadas por ejemplo a labores asistenciales, hospitalarias, docentes, medios de comunicación, etc”²¹⁷.

²¹⁴ OTADUY GUERÍN, J., “Las empresas ideológicas: aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende”, en ADEE, vol. II, 1986, pp. 317-318. Otaduy dice que se debe aplicar este concepto a “aquellas organizaciones institucionalmente expresivas de una ideología, es decir, en las que la ideología constituye y sostiene la organización; en las que la ideología es lo único esencial, puesto que en función de la misma existen”, *op. cit.*, p. 326.

²¹⁵ MORENO BOTELLA, G., “Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996 de 12 de junio”, *op. cit.*, p. 292; *vid.* también de la misma autora *La libertad de conciencia del trabajador en las empresas ideológicas y confesionales*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2003 y *Organizaciones religiosas y deber de lealtad*, Editorial Académica Española, Saarbrücken (Alemania), 2012.

²¹⁶ *Vid.*, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 20^a ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 212.

²¹⁷ ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, *op. cit.*, p. 94.

En cualquier caso, como puntualizan Fernández López y Calvo Gallego, “se requiere para que la difusión de su ideología sea creíble y, por tanto, eficaz, una cierta coherencia y unidad interna que implica un elevado grado de uniformidad en la exteriorización del mensaje”²¹⁸.

Por último, respecto a este primer enfoque, recordaremos las palabras de J. M. Martí, de las que se deduce que el autor se adhiere al mismo: “...respecto a las actividades no es posible separar aquéllas que tienen carga ideológica de las denominadas neutras, esto solo podría ser desarrollado por una máquina o autómata ...”²¹⁹.

La consecuencia de aplicar el concepto de empresa de tendencia, sea en sentido amplio o estricto, es que cuando chocan en este contexto los derechos del empresario y los del trabajador, se considera que los derechos en conflicto son el derecho de libertad de expresión de la empresa u organización y el derecho de libertad de expresión del trabajador²²⁰. El conflicto se produce entonces entre dos titulares, individual uno y colectivo el otro, del mismo derecho fundamental del artículo 20.1.a) de la CE, o más concretamente, del 16.1 de la misma norma. El problema se traslada a la efectiva confrontación

²¹⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGOS F. J., “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 59/2001, p. 136.

²¹⁹ MARTÍ, J. M., “El carácter propio de las entidades religiosas a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 106/1996”, en *IC*, vol. XXXVII, núm. 74, 1997, p.720.

²²⁰ Existen no obstante otras posturas que consideran que el derecho del trabajador a la libertad de expresión, derecho éste fundamental, entra en colisión con el derecho de dirección de la empresa, derecho éste no fundamental. (*vid.* STC de 12 de junio de 1996).

entre la libertad individual y la libertad institucional del grupo en el que el individuo se integra²²¹.

Sin embargo, tal y como hemos apuntado al principio del epígrafe, para otra gran parte de los autores de la doctrina española, de cara a resolver el conflicto que respecta al libre ejercicio del derecho a la libertad religiosa puede darse entre el trabajador y la empresa de tendencia, lo determinante será la distinción entre tarea de tendencia y tarea neutra.

En relación con los trabajadores que realizan tareas de tendencia, según algunos autores, la ideología afín a la empresa se constituye en elemento de la prestación, de tal forma que si la ideología del trabajador deja de ser afín, la prestación deja de ser la requerida y da lugar al incumplimiento²²². Señala Rodríguez-Piñero, que aunque no pueda entenderse que nuestro ordenamiento establezca en vía general o de principio la prevalencia del interés organizado, si se alega y comprueba que se exige la comunidad ideológica como condición de empleo, excepcionalmente puede exigirse una ideología determinada al trabajador. Respecto a estas tareas de tendencia, Fernández Márquez concluye que “Los derechos del trabajador, concretamente su libertad religiosa, queda reducida prácticamente a nada, cuando se realizan tareas de tendencia, hasta el punto de quedar incluso afectada la esfera religiosa privada e íntima,

²²¹ MORENO BOTELLA, G., “Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996 de 12 de junio”, *op. cit.*, p. 285.

²²² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “No discriminación en las relaciones laborales”, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*, Tomo IV, EDERSA, Madrid, 1983, p. 380.

las conductas extralaborales del trabajador, es decir la dimensión negativa y privada de su libertad religiosa²²³.

Por el contrario, ante las tareas neutras no puede oponerse ninguna limitación al trabajador; a los trabajadores técnicos se les aplica el régimen general y no están sujetos a ninguna limitación en el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa. En este caso, el trabajador, de la misma forma que si trabajase para una empresa neutra, tendrá el derecho a modular sus obligaciones por motivos religiosos²²⁴.

En nuestra opinión, conforme a la hipótesis mantenida en el apartado anterior, las limitaciones que se derivarían de una cláusula de salvaguarda válida en la relación laboral serían independientes del carácter de la tarea, siempre que nos encontrásemos en el seno de una empresa de tendencia o ideológica. Traemos por ello a colación el voto particular emitido por el Magistrado del TC, García-Mon y González-Regueral, en la Sentencia 106/1996, de 12 de junio, en el que mantiene que, dado que los caracteres del empleador permiten considerar a la empresa como ideológica, y pese a que la actividad profesional del trabajador se puede calificar como neutra, “esto no significa que esté excluida del respeto a la ideología de la dirección de empresa en la que, conociendo su carácter religioso, se ha integrado voluntariamente para la prestación de sus servicios”. Si bien, en todo caso, esta constricción de

²²³ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., “Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 133, enero-marzo 2007, p. 102.

²²⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Libertad religiosa y contrato de trabajo” *op. cit.*, p. 572: “La desafección por el trabajador hacia el modelo de vida impuesto por su empleador no constituye ya, en sí misma considerada, una causa de deslealtad justificativa del despido; ha de ir acompañada de un trastorno grave en el funcionamiento de la institución”.

los derechos del trabajador no puede entenderse como ilimitada y así, Moreno Botella precisa “A los trabajadores no cualificados, en principio, no se les puede exigir la adhesión ideológica, aunque dicha exigencia puede estar justificada si el trabajador, con su conducta o actividad, puede comprometer la identidad o la imagen exterior de la organización”²²⁵.

IV. LAS EMPRESAS DE TENDENCIA: UN SUPUESTO ESPECIAL DE NO DISCRIMINACIÓN

En las siguientes líneas expondremos cómo la posible limitación de los derechos del trabajador en el ámbito de las empresas de tendencia no implica una vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

El artículo 14 de la CE recoge el principio de igualdad y de no discriminación de todos ante la ley. Al aplicar la igualdad, como principio, sobre la libertad religiosa, el TC ha afirmado que “no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos, lo que implica que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico”²²⁶. Sin embargo, no se debe olvidar que la igualdad no implica uniformidad, de suerte que el TC ha tenido ocasión de aclarar que “la igualdad solo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y

²²⁵ MORENO BOTELLA, G., “Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996 de 12 de junio”, *op. cit.*, p. 289.

²²⁶ STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1.

efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad pretendida”²²⁷.

El artículo 14 CE se concreta, en relación con el ámbito laboral, en el artículo 4.2.c) del ET: “En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.”

Se puede cuestionar si es compatible el artículo 4.2.c) del ET (la prohibición de discriminación) con las empresas de tendencia. Entendemos que, tal como señalan algunos autores, no es aplicable a las empresas ideológicas la prohibición de discriminación; como defiende Otaduy Guerín, en las empresas ideológicas, en las que el fin institucional es la defensa y promoción de ideas, es posible exigir al trabajador una actitud congruente con la visión del mundo que detenta la empresa y, en ese caso, no se violaría la prohibición de discriminación recogida en el artículo 4.2.c) del ET²²⁸.

²²⁷ STC 22/1981, 2 de junio, FJ 3.

²²⁸ OTADUY GUERÍN, J., “Las empresas ideológicas, aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende”, *op. cit.*, p. 315.

En apoyo de la misma idea se puede citar el artículo 1.2 del Convenio 111 de la OIT sobre discriminación en el empleo, al que ya nos hemos referido, y a cuyo tenor: “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las cualificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”; en base a este precepto se puede concluir, con Blat Gimeno, que “puede haber empleos en los que los factores ideológicos y religiosos puedan ser considerados como elementos que determinan la aptitud del trabajador y puedan constituir una característica implícita en las aptitudes para la adecuación al puesto”²²⁹.

Finalmente destacaremos las palabras de Moreno Botella, cuando señala: “El principio de igualdad y no discriminación debe matizarse cuando estamos en presencia de organizaciones cuyo fin inmediato y principal es la difusión de un determinado programa o mensaje ideológico. En estos supuestos, la defensa a ultranza del derecho a la libertad de pensamiento de los trabajadores puede dañar la propia ideología que sustenta la organización, cuyo derecho de libertad ideológica y religiosa a nivel colectivo también se encuentra tutelado por la Constitución, cuando no es compartida por aquellos”²³⁰.

²²⁹ BLAT GIMENO, F., *Relaciones Laborales en empresas ideológicas*, op. cit., p. 99.

²³⁰ MORENO BOTELLA, G., “Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996 de 12 de junio “, op. cit. p. 287.

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

La UE ha sido consciente de la especial problemática planteada por las organizaciones religiosas y las empresas de tendencia propiedad de las mismas, y en este sentido ha dictado la Directiva 2000/78/CE. La transposición de la Directiva 2000/78 al ordenamiento interno español tuvo lugar a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

La Directiva 2000/78 ha considerado, en su artículo 4.1, como no discriminatorias las diferencias de trato basadas en la creencia del trabajador, cuando desarrolle su prestación de servicios en una empresa de tendencia; y ha llevado a cabo, en su artículo 4.2, un tratamiento singularizado del requisito ideológico en las actividades profesionales de las iglesias²³¹.

²³¹ Artículo 4:

1. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.
2. Los Estados miembros podrán mantener en su legislación nacional vigente el día de adopción de la presente Directiva, o establecer en una legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la presente Directiva, disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y

El artículo 4.1 de la Directiva 2000/78 dispone que no habrá discriminación cuando las creencias o convicciones del trabajador sean tomadas en consideración para no perjudicar objetivamente el desarrollo de la actividad laboral. Se admite la posibilidad de establecer la diferencia de trato cuando dichas creencias o convicciones puedan constituir un requisito profesional, esencial y determinante. Los supuestos en los que puede ser de aplicación esta regla incluyen: cuando se atiende a la naturaleza de la actividad concreta de la que se trate, es decir, la tarea ideológica o de tendencia y también cuando el contexto en el que se lleve a cabo la relación laboral se produzca en una empresa de tendencia . Si bien para poder aplicar esta regla, el artículo 4.1 exige dos requisitos, que son: la existencia de una finalidad legítima y la proporcionalidad entre el derecho que se quiere proteger y el que se ve limitado, debiendo entender por proporcionalidad el equilibrio que caracteriza el balance entre intereses contrapuestos²³².

El artículo 4.2 establece el principio de no discriminación para las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se basa en la religión o las convicciones de una persona. Hay que puntualizar, como hacen Fernández López y Calvo Gallego, que: “podrán subsumirse tanto las organizaciones lucrativas como las no lucrativas,

principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho comunitario, y no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo. Siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización.

²³² En este sentido, ODRIozola IGUAL, C., “Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE de 27 de diciembre sobre empleo y trabajo”, *op. cit.*

y tanto las organizadas empresarialmente como las que no, si bien se hecha en falta alguna mención a la necesidad de que este fin religioso o de convicciones sea público, predominante y principal”²³³. Puede llamar la atención la referencia que el artículo 4.2 hace a las organizaciones públicas cuya ética se base en la religión o las convicciones, dado que en el ordenamiento positivo español la Administración Pública debe ser neutral ideológicamente, pero como señalan los autores antes citados, “no debe olvidarse que en otros ordenamientos centroeuropeos sí cabe otorgar el carácter confesional a determinados centros públicos”.

Dado que de esta directiva se deduce que no hay discriminación al tomar en consideración las creencias religiosas o las convicciones de los trabajadores de las empresas de tendencia, de ello se derivan una serie de efectos que pueden incidir en el momento de contratación del trabajador, en el desarrollo de su actividad laboral y finalmente, a la hora de extinguir su relación contractual. De estos tres momentos sucesivos vamos a tratar en el epígrafe siguiente.

V. CONFLICTO DE DERECHOS DURANTE LA VIDA DE LA RELACIÓN LABORAL

El conflicto de derechos que puede producirse entre el trabajador y la empresa de tendencia puede originarse en cualquiera de los tres momentos

²³³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGOS F. J.: “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, *op. cit.*, p. 143.

clave de la relación laboral, en su nacimiento, en su desarrollo y en su extinción.

V.1. Nacimiento de la relación laboral

En el momento de la contratación, la declaración del artículo 16.2 CE, conforme al cual: “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias” ha de ser matizada cuando se trate de una empresa de tendencia, en el sentido de que el empleador tiene derecho a indagar acerca de las convicciones religiosas del trabajador y a adoptar las medidas que considere oportunas. Rossell Granados contempla esta posibilidad en los siguientes términos: “si bien es discriminatorio tomar en consideración de manera abstracta las creencias religiosas del trabajador para no emplearle cuando no se deriven de ello perjuicios tangibles para la empresa, no ocurre lo mismo cuando esa posible contratación pueda incidir negativamente (...), debería realizarse únicamente sobre aquellos trabajadores cuya actividad resulte esencialmente *ideológica* y deberían ser proporcionadas. Solo debería extenderse a aquellos aspectos de la esfera privada del trabajador que puedan ser relevantes de manera objetiva para el desarrollo de la prestación”²³⁴. En el mismo sentido, Fernández López y Calvo Gallego, para los supuestos en los que la coincidencia ideológica entre el individuo y la organización es necesaria para la correcta ejecución de la prestación y para la credibilidad del mensaje, precisan que: “esta orientación ideológica del individuo puede ser indagada válidamente por el empleador sin que el candidato pueda mentir u ocultar la

²³⁴ ROSSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 96.

misma, ya que forma parte de su capacidad y aptitud para el trabajo; dicha coincidencia puede ser valorada en el proceso de selección o ser causa válida de extinción del contrato durante el periodo de prueba y finalmente, su sobrevenida incompatibilidad puede dar lugar en casos extremos a la extinción del contrato”²³⁵.

En todo caso, hay que tener presente que esta declaración sobre creencias religiosas o convicciones deberá siempre ser voluntaria y prestarse con las garantías que exige el artículo 7 de la LOPD, el trabajador deberá ser advertido de su derecho a no manifestarlo y la prestación del consentimiento deberá ser expresa y por escrito²³⁶.

V.2. Desarrollo de la relación laboral

Como hemos venido defendiendo a lo largo de este capítulo, el trabajador de una empresa de tendencia deberá respetar la ideología de la misma durante todo el desarrollo de su actividad laboral, este es el sentido del

²³⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGOS F.J.: “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, *op. cit.*, p. 145.

²³⁶ Artículo 7. Datos especialmente protegidos.

1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.
2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.
3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.
4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.

último inciso del apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 2000/78: “... las organizaciones cuya ética se base en la religión o las convicciones (...) podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización”. Respecto a este deber que impone la Directiva, Fernández López y Calvo Gallego interpretan que “la Directiva parece querer hacer referencia a un genérico deber de no dañar pública e intencionadamente la imagen o creencias de la organización propio de todo empleado. Se trataría, por tanto, de aplicar igualmente a este tipo de empresas las reglas generales aplicables a cualquier otra organización, con la peculiaridad del fin esencialmente ideológico que subyace en la misma”²³⁷.

La Directiva 2000/78 no establece una correlativa obligación empresarial de intentar acomodar la prestación a los cambios sobrevenidos en la ideología del trabajador. Sería conveniente intentar una armonización siempre que fuera posible, compensando los derechos de ambas partes: “cuando la empresa implica la promoción o difusión de ideas deberá encontrarse un sistema de compensación entre los derechos del trabajador y los derechos de la organización productiva que presenta una organización ideológica”²³⁸.

²³⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGOS F.J., “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, *op. cit.*, p. 147.

²³⁸ ODRIozOLA IGUAL, C., “Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE de 27 de diciembre sobre empleo y trabajo”, *op. cit.*, p. 20.

V.3. Extinción de la relación laboral: despido

Cuando se produzca por parte del trabajador un ataque contra el ideario de la empresa, de tal naturaleza que resulte irreconciliable con el mismo, podría llegarse a la extinción justificada del vínculo contractual. Si bien, en todo caso, como advierte Valdés Dal-Ré, cuando exista colisión entre los derechos de ambos, la situación debe ser resuelta conforme al denominado *test de proporcionalidad*: “un derecho no puede ser comprimido más de lo que resulte estrictamente adecuado para garantizar el derecho, indispensable o necesario para salvaguardarlo y proporcional entre el sacrificio del derecho y el bien que se defiende”²³⁹.

Si analizamos la jurisprudencia vemos que ésta nos muestra cauces jurídicos diversos a través de los cuales podría llegar a producirse la extinción de la relación laboral.

Del artículo 54.2.c)²⁴⁰ del ET aplicado a las empresas de tendencia se puede concluir que el trabajador ha de mantener una actitud de respeto y no ataque hacia el ideario de la empresa bajo cuya dirección y organización trabaja²⁴¹. Por supuesto esto no debe entenderse como si cualquier consideración crítica pueda justificar el despido, sino que debe tratarse de

²³⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Libertad religiosa y contrato de trabajo” *op. cit.*, p. 575.

²⁴⁰ 2. Se considerarán incumplimientos contractuales:

c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.

²⁴¹ *Vid.* en este sentido la STC 77/1985, de 27 de junio.

“ataques abiertos o solapados contra ese ideario” o “una ofensa grave para la empleadora o ser vejatorias para sus gestores o trabajadores²⁴².

Conforme al artículo 54.2.d)²⁴³ del ET la trasgresión de la buena fe contractual puede ser también causa de despido. Si bien, el trabajador no ha de “convertirse en apologista, ni ha de transformar su actividad profesional en propaganda o adoctrinamiento, ni ha de subordinar al ideario de la empresa las exigencias que el rigor profesional impone a su labor”²⁴⁴. De manera que, en palabras de Rossell Granados, “el empleado deberá desempeñar sus tareas dentro de la empresa de tendencia en los términos que considere más adecuados, pero siempre que los mismos no resulten contrarios a la identidad de la empresa que le ocupa”²⁴⁵.

De lo dicho hasta aquí cabe concluir que la existencia de incompatibilidad entre los derechos del trabajador y los del empresario solo será reconocible en los casos en los que el comportamiento del trabajador repercuta directa y gravemente en el mensaje ideológico de la empresa o en la imagen o identidad esencial de la empresa de tendencia.

²⁴² STC 5/1981, de 13 de febrero. STC 151/2004, de 20 de septiembre.

²⁴³ 2. Se considerarán incumplimientos contractuales:

d) La trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

²⁴⁴ STC 5/1981, de 13 de febrero.

²⁴⁵ ROSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 98.

Profesores de religión: un supuesto polémico de tendencia

SUMARIO: I. Introducción. II. Naturaleza jurídica del vínculo entre el profesor de religión y su empleador. III. Declaración de idoneidad. IV. La dimensión colectiva de la libertad religiosa como fundamento y justificación. V. Un supuesto especial de tarea de tendencia. VI. El TEDH: El caso *Fernández Martínez contra España*.

I. INTRODUCCIÓN

La CE, en su artículo 27.3, establece que los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. En el Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 sobre enseñanza y asuntos culturales (AEAC)²⁴⁶, se adoptó la decisión de que la religión católica tuviera presencia en la escuela pública española²⁴⁷. La adopción de esta medida quizá fue, como señala Ferreiro Galguera, “una solución más conciliadora con el principio de cooperación que

²⁴⁶ Este acuerdo de cooperación fue ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979.

²⁴⁷ Posteriormente se firmaron acuerdos en el mismo sentido con otras confesiones: Ley 24/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. Ley 25/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España. Ley 26/1992 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

El artículo 10 de cada una de estas normas expresa que para cada uno de los casos la enseñanza religiosa será impartida por profesores designados por las iglesias o comunidades pertenecientes a la federación correspondiente y con la conformidad de dicha federación.

con el de aconfesionalidad, pero su constitucionalidad no resultó en ningún momento cuestionada, ni por el Parlamento, ni por los titulares del derecho a interponer el recurso de inconstitucionalidad, ni por los jueces y tribunales merced a la cuestión de inconstitucionalidad²⁴⁸. Sin embargo, uno de los asuntos que ha suscitado más discusiones ha sido el que se refiere a la posible inconstitucionalidad del mecanismo de contratación y renovación de los profesores que se dedican a la enseñanza de la asignatura confesional, en concreto aquellos que no pertenecen a los cuerpos de funcionarios docentes. La STC 38/2007, de 15 de febrero de 2007, a la que nos vamos a referir extensamente más adelante, resolvió definitivamente la cuestión en favor de la legalidad de este sistema de contratación y renovación.

Dado que el artículo 3 del AEAC, declara que este profesorado será designado “por la autoridad académica entre aquellos que el Ordinario Diocesano proponga para ejercer esta enseñanza” y que en el caso de los centros docentes públicos no cabe hablar de empresa de tendencia, el problema de fondo que se suscita es el de si podemos encontrarnos ante un supuesto de discriminación laboral por motivos religiosos tanto en el momento de la contratación como en el de la extinción de la relación contractual.

²⁴⁸ FERREIRO GALGUERA, J. R., “Sistema de elección del profesorado de religión católica en la escuela pública: dudas de constitucionalidad sobre sus cimientos normativos”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 14, Iustel.com, mayo 2007.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL VÍNCULO ENTRE EL PROFESOR DE RELIGIÓN Y SU EMPLEADOR

Sobre la naturaleza jurídica de la relación del profesor de religión con su empleador ha habido un gran número de pronunciamientos judiciales que se reducen básicamente a dos interpretaciones: la que considera que es una relación de carácter administrativo y la que considera que tiene carácter laboral. No obstante, hay que tener presente el papel decisivo que ha desempeñado a este respecto el Tribunal Supremo (TS) reconociendo la existencia de una relación laboral entre los profesores de religión y el Ministerio de Educación²⁴⁹. Algunas sentencias la han definido como una relación laboral atípica²⁵⁰. La STS de 19 de junio de 1996 califica de laboral la relación jurídica existente entre las partes, al concurrir las características del artículo 1.1. del ET, es decir, voluntariedad, ajeneidad, retribución y sometimiento a una organización empresarial docente, siendo indiferente a tal fin, que el acto jurídico originador de la prestación de servicios de los profesores de religión se haya efectuado a través de un nombramiento del órgano administrativo titular del centro y no a través de un contrato; tampoco prejuzga la naturaleza de la relación el hecho de que en una fase previa al acto de nombramiento del profesor se exija una propuesta por parte del Ordinario Diocesano. Más concretamente el TS declara: “el verdadero empleador de los profesores de Religión es el Ministerio de Educación y Cultura, por ser el destinatario de los servicios que presta este personal al organizar y contratar el trabajo, ejercer la

²⁴⁹ *Vid.*, entre otras muchas, las SSTS de 19 de junio de 1996; 30 de abril de 1997; 11 de abril y 12, 17 y 19 de diciembre de 2001; 4 de febrero, 10 de julio y 17 de septiembre de 2002.

²⁵⁰ *Vid.*, entre otras, las SSTS de 12 de diciembre de 2001; 9 de julio de 2003 y 19 de septiembre de 2005.

potestad disciplinaria y ser el obligado a remunerar a este profesorado, pues pone los fondos a disposición de la Conferencia Episcopal, que se limita a hacer de simple pagador”²⁵¹. En este mismo sentido se pronuncia Rossell Granados al manifestar que “el empleador no es otro que la Administración, ya que es ésta la última destinataria de los servicios que presta dicho personal. Por tanto, en este caso no podríamos hablar de un contrato de trabajo entre un individuo y una empresa de tendencia, pues eso supondría que el Estado estaría violando el principio de neutralidad y aconfesionalidad a que está obligado”²⁵².

Este carácter laboral fue también recogido en la LO 2/2006 de 3 de mayo, de Educación²⁵³, así como en los artículos 1 y 2 del RD 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en dicha Ley.

Ahora bien, hay que tener presente, como apunta Ferreiro Galguera, que la STC 38/2007 “quiere poner de manifiesto que el sistema de contratación de profesores actualmente vigente, contrato laboral con las Administraciones Educativas, no es el único posible como lo prueba el hecho de que inicialmente la legislación que desarrolló el AEAC utilizó otras fórmulas, concretamente la de dependencia laboral no de la Administración sino de la Iglesia Católica”²⁵⁴.

²⁵¹ STS de 23 de mayo de 2000.

²⁵² ROSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, *op. cit.*, p. 101.

²⁵³ La Disposición Adicional tercera establece que “los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, imparten la enseñanza de las religiones en centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes”.

²⁵⁴ FERREIRO GALGUERA, J. R., “Sistema de elección del profesorado de religión católica en la escuela pública: dudas de constitucionalidad sobre sus cimientos normativos”, *op. cit.*

Así se desprende del FJ 13 de la citada Sentencia²⁵⁵. El propio Tribunal explica que la opción por el sistema de contratación laboral por la Administración “persigue lograr la máxima equiparación posible en el estatuto jurídico y económico de los profesores de religión con el resto de profesores, sin perjuicio de sus singularidades específicas”²⁵⁶. Aunque, en todo caso, como el TC señala: “Que ello se articule o no mediante contratos laborales y que tales contratos, en su caso, se celebren por las autoridades eclesiásticas o se realicen directamente por las Administraciones públicas pagadoras, constituyen decisiones de política legislativa relevantes a diferentes efectos, entre ellos, y muy significativamente, al del reconocimiento y la mejor protección de los derechos económicos y sociales de los profesores, pero que, en principio, resultan irrelevantes en términos de constitucionalidad del sistema”²⁵⁷.

²⁵⁵ “Es cierto que el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales de 3 de enero de 1979 no exige necesariamente que la enseñanza haya de ser impartida por profesores contratados por las Administraciones públicas; prueba de ello es que hasta 1998 el conjunto del profesorado de religión católica no dependía laboralmente de la Administración, sino de la Iglesia católica. Los compromisos establecidos en el Acuerdo, en el marco del deber de cooperación con las confesiones religiosas proclamado en el art. 16.3 CE, pueden darse por satisfechos con la integración de la enseñanza de los credos religiosos en el itinerario educativo público, en régimen de seguimiento libre, con la incorporación al claustro docente de las personas designadas por las respectivas confesiones en función de criterios respecto de los cuales no cabe la injerencia del poder público, pero frente a los que operan las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional, y concertando con la Conferencia Episcopal las condiciones relativas a la situación económica de los profesores.

De esta forma, es claro que el cumplimiento de los compromisos de incorporación del profesorado al claustro docente de los centros de enseñanza y de atención a su sostenimiento financiero podría lograrse mediante otros procedimientos distintos al de la contratación del profesorado en régimen laboral por las Administraciones, como los que se aplicaron en el pasado en los primeros años de vigencia del Acuerdo...”

²⁵⁶ FJ 13 de la STC 38/2007: “De este modo, el Estado cumple también con su deber de cooperación y la Iglesia Católica ve igualmente asegurada la impartición de su doctrina en el marco del sistema de educación pública, garantizándose con ello el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos. Los profesores de religión, por su parte, disfrutarán de los derechos fundamentales y legales que como trabajadores tienen reconocidos en nuestro Ordenamiento de manera irrenunciable, desde un criterio de máxima equiparación, bien que con las modulaciones que resultan de la singularidad de la enseñanza religiosa, sobre cuyo alcance e intensidad nada nos cumple decir ahora, salvo para recordar una vez más que las mismas no pueden hacer ablación de los derechos, principios y valores constitucionales.

²⁵⁷ FJ 13 de la STC 38/2007.

Por lo tanto, no plantea dudas el hecho de que estamos ante una relación laboral entre el profesor de religión y la Administración, pero ante una relación laboral en la que la contratación y la renovación del contrato no dependen del empresario, la Administración, sino que es el Ordinario del lugar quien da el certificado o la declaración de idoneidad necesaria para las mismas²⁵⁸.

Es evidente la competencia de la iglesia en esta materia, lo que nos planteamos es qué ocurre en los supuestos en que surja un conflicto de derechos entre el profesor de religión y la Iglesia y si, especialmente, en los supuestos de despido por no renovación de la declaración de idoneidad puede entenderse que existe discriminación por motivos religiosos.

En los siguientes apartados defenderemos que, junto a la relación laboral, existe otra relación, de Derecho Eclesiástico, entre el profesor de Religión Católica y el Obispo, en virtud de la cual el profesor deberá cumplir las previsiones del Derecho Canónico, particularmente: recta doctrina, testimonio de vida cristiana y aptitud pedagógica²⁵⁹. Esta relación eclesiástica encuentra su encaje en la figura jurídica del mandato y es además la que justificará que

²⁵⁸ Artículo 3.1. del RD 696/2007: “Para impartir las enseñanzas de religión será necesario reunir los mismos requisitos (...), haber sido propuestos por la Autoridad de la Confesión religiosa para impartir dicha enseñanza y haber obtenido la declaración de idoneidad o certificación equivalente de la confesión religiosa objeto de la materia educativa, todo ello con carácter previo a su contratación por la Administración competente.”

²⁵⁹ De conformidad con el sentido literal del canon 804 del Código de Derecho Canónico:
“1. Depende de la autoridad de la Iglesia la enseñanza y educación religiosa católica que se imparte en cualesquiera escuelas o se lleva a cabo en los diversos medios de comunicación social; corresponde a la Conferencia Episcopal dar normas generales sobre esta actividad, y compete al Obispo diocesano organizarla y ejercer vigilancia sobre la misma.
2. Cuide el Ordinario del lugar de que los profesores que se destinan a la enseñanza de la religión en las escuelas, incluso en las no católicas, destaque por su recta doctrina, por el testimonio de su vida cristiana y por su aptitud pedagógica.”

no pueda hablarse de discriminación por motivos religiosos cuando sea revocada la Declaración Eclesiástica de Idoneidad (DEI) y por consiguiente, dado su carácter previo y vinculante, se produzca la extinción del contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 7 del RD 696/2007.

III. DECLARACIÓN DE IDONEIDAD

Como exige el artículo 3.1 del RD 696/2007, la obtención de la declaración de idoneidad es requisito imprescindible para poder desempeñar la función de profesor de religión en un centro educativo público. A partir de esta exigencia, la DEI adquiere un protagonismo fundamental. Especialmente problemática puede ser la definición y alcance de las condiciones exigidas para el reconocimiento de la idoneidad del profesorado y sobre todo para la verificación de sus sucesivas renovaciones.

Muy relevante a este respecto es el FJ 5 de la STC 38/2007, que transcribimos aquí literalmente por el papel determinante que desempeña:

“...también ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la

docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable.”

Siguiendo las palabras de Otaduy Guerín, “Se trata de reconocer que la cualificación profesional se mide por dos elementos, la capacidad y la idoneidad. Esta última se relaciona de manera directa con las condiciones personales y en consecuencia con el testimonio de la propia conducta. Competencia académica e idoneidad son elementos distinguibles pero no separables”²⁶⁰.

Más detalladamente, tal como ha aprobado la Conferencia Episcopal: “para ser profesor de religión y moral católica no basta con la preparación profesional. Se requiere un envío oficial por parte de la Iglesia. Por ello, supuesto el requisito de poseer la DEI (que certifica la competencia y capacitación académica y profesional del profesor), el Obispo de la diócesis debe discernir si este profesor es creyente católico y puede entregarle la *Missio Canonica*, eso es, el mandato de enseñar en su nombre, como miembro de la Iglesia”²⁶¹. En relación con este *perfil eclesial*, Otaduy Guerín apunta que “según lo que se sostiene en este texto la DEI se configuraría como el elemento de la garantía académica mientras que la *Missio Canónica* sería el reflejo de la identidad católica. Ambos aspectos deben ser objeto de cuidado y

²⁶⁰ OTADUY GUERÍN, J., “Idoneidad de los profesores de religión. Una revisión necesaria y urgente. A propósito de la sentencia 38/2007, de 15 de febrero del Tribunal Constitucional”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Iustel.com, mayo 2007, p. 10.

²⁶¹ Según resulta del *Perfil profesional y eclesial del profesor de Religión y Moral Católica*.

seguimiento. Las concretas implicaciones de la identidad católica del profesor de religión serían las siguientes: comunión con la Iglesia y sus pastores, integridad de fe y de costumbres y testimonio de vida cristiana”²⁶².

El concepto de idoneidad religiosa que perfila el TC justifica suficientemente que no se pueda objetar que existe discriminación por razones religiosas cuando se exige esa idoneidad al futuro profesor de religión católica. Así lo demuestra el hecho de que la idoneidad religiosa no es ajena a la capacidad y al mérito: “La exigencia para la contratación de estos profesores del requisito de hallarse en posesión de la cualificación acreditada mediante la declaración eclesiástica de idoneidad no puede considerarse arbitraria o irracional ni ajena a los principios de mérito y capacidad, y desde luego, no implica una discriminación por motivos religiosos, dado que se trata de contratos de trabajo que se celebran única y exclusivamente para la impartición, durante el curso escolar, de la enseñanza de la religión católica”²⁶³. Este es también el sentido de las palabras de Moreno Botella cuando dice: “El hecho de que se exija el certificado de idoneidad eclesiástica no es arbitrario ni atenta contra la igualdad, simplemente ha de computarse como un requisito más para la capacitación profesional que se señala como necesario para desarrollar la labor de profesor de religión, y este requisito es de la absoluta competencia de la iglesia y demás confesiones que son las únicas legitimadas

²⁶² OTADUY GUERÍN, J., “Idoneidad de los profesores de religión. Una revisión necesaria y urgente. A propósito de la sentencia 38/2007, de 15 de febrero del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 6.

²⁶³ FJ 9 de la STC 38/2007.

para decidir sobre el contenido de su enseñanza y de las personas capacitadas para desarrollar dicha función”²⁶⁴.

Esta competencia de la autoridad religiosa constituye una garantía de libertad y no intromisión estatal en las tareas que le son propias, es por ello que el TC entiende que “la función específica a la que se han de dedicar los trabajadores contratados para esa finalidad, constituye un hecho distintivo que determina que la diferencia de trato que se denuncia, materializada en la exigencia de idoneidad, posea una justificación objetiva y razonable y resulte proporcionada y adecuada a los fines perseguidos por el legislador -que poseen igual relevancia constitucional- sin que pueda, por tanto, ser tachada de discriminatoria”²⁶⁵. Más aún, el TC añade “... no puede entenderse que vulnere el derecho individual a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) de los profesores de religión, ni la prohibición de toda obligación de declarar sobre su religión (art. 16.2 CE), principios que sólo se ven afectados en la estricta medida necesaria para hacerlos compatibles con el derecho de las iglesias a la impartición de su doctrina en el marco del sistema de educación pública (arts. 16.1 y 16.3 CE) y con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE). Resultaría sencillamente irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo

²⁶⁴ MORENO BOTELLA, G., “Autonomía de la Iglesia, profesorado de religión y constitucionalidad del Acuerdo sobre Enseñanza de 3 de enero de 1979. A propósito de la STC 38/2007 de 15 de febrero”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Iustel.com, mayo 2007, p. 28.

²⁶⁵ FJ 9 de la STC 38/2007.

correspondientes, y ello, precisamente, en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva.”²⁶⁶.

IV. LA DIMENSIÓN COLECTIVA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN

Como hemos visto hasta aquí, la exigencia de la DEI es perfectamente constitucional y, como expresa Moreno Botella, “obedece a la necesidad de conciliar un mismo derecho de libertad religiosa pero en sus dos vertientes, la individual, cuya titularidad corresponde a la persona, y la colectiva, que corresponde a los grupos o confesiones religiosas”²⁶⁷.

La enseñanza de la religión católica en los centros docentes públicos se asienta firmemente en un derecho colectivo, el de la propia iglesia respecto de su credo. Conforme al artículo 1.1 del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre la Santa Sede y el Estado Español sobre asuntos jurídicos: “El Estado español reconoce a la Iglesia Católica el derecho a ejercer su misión apostólica y le garantiza el libre y público ejercicio de actividades que le son propias y en especial las de culto, jurisdicción y magisterio”. También el artículo 2.2 de la LOLR reconoce a las iglesias el derecho a divulgar y propagar su propio credo, de manera que, centrándonos en el asunto que nos interesa, como señala López-Sidro López: “la Iglesia controla la divulgación de su doctrina en la formación religiosa impartida en los centros docentes mediante, entre otros

²⁶⁶ FJ 12 de la STC 38/2007.

²⁶⁷ MORENO BOTELLA, G., “Autonomía de la Iglesia, profesorado de religión y constitucionalidad del Acuerdo sobre Enseñanza de 3 de enero de 1979. A propósito de la STC 38/2007 de 15 de febrero”, *op. cit.*, p. 29.

instrumentos, la propuesta del profesorado encargado de esta enseñanza conforme a criterios propios”²⁶⁸.

La dimensión comunitaria de la libertad religiosa juega un importante papel, como ha declarado el TC: “hace posible tanto el ejercicio del derecho de los padres de los menores a que éstos reciban la enseñanza religiosa y moral acorde con las convicciones de sus padres (art. 27.3 CE), como la efectividad del derecho de las Iglesias y Confesiones a la divulgación y expresión públicas de su credo religioso, contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva (art. 16.1 CE).”²⁶⁹ Recuerda además el TC a continuación que el contenido del derecho a la libertad religiosa “también comporta una dimensión externa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el art. 2 de la Ley Orgánica de libertad religiosa”²⁷⁰. “Resulta de esta forma que el TC vincula directamente la enseñanza de la religión en los centros públicos no solo con el derecho individual de los padres a elegir para sus hijos una formación religiosa, sino también con el derecho propio de las Confesiones religiosas de divulgar su credo”²⁷¹, y es por ello que la tan citada Sentencia, en su FJ 9, afirma que la facultad reconocida a las autoridades eclesiásticas

²⁶⁸ LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., “Dimensión colectiva del Derecho de Libertad Religiosa en los centros docentes públicos”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Iustel.com, mayo 2007, p. 16.

²⁶⁹ FJ 5 de la STC 38/2007.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., “Dimensión colectiva del Derecho de Libertad Religiosa en los centros docentes públicos”, *op. cit.*, p. 17.

constituye una garantía de libertad de las Iglesias para la impartición de su doctrina.

En definitiva, el vigente sistema beneficia a todos los sujetos cuyo derecho de libertad religiosa se quiere facilitar, por ello el TC declara: “de este modo el Estado cumple también con su deber de cooperación y la Iglesia Católica ve igualmente asegurada la impartición de su doctrina en el marco del sistema de educación pública, garantizándose con ello el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos”²⁷².

V. UN SUPUESTO ESPECIAL DE TAREA DE TENDENCIA

En las siguientes líneas fundamentaremos por qué la extinción de la relación laboral de un profesor de religión en un centro público por revocación de la DEI no puede considerarse discriminatoria, y ello por entender, en primer lugar, que estamos ante un supuesto de tarea de tendencia; y en segundo lugar, que se aplica una excepción al derecho laboral común.

Sin embargo, hay que tener presente que existe jurisprudencia del TC contraria a esta interpretación y por ello, finalizaremos exponiendo la STC 51/2011, de 14 de abril, en la que se concede el amparo solicitado, como luego veremos.

²⁷² FJ 13 de la STC 38/2007.

En el caso de profesores de religión en centros docentes públicos, no se puede obviamente, como ya hemos justificado antes, hablar de organización de tendencia, pero sí de una actividad de tendencia o de contenido ideológico en la que, en palabras de Moreno Botella, “la declaración eclesiástica de idoneidad no consiste únicamente en la mera obligación de abstenerse de ir en contra del ideario, sino que alcanza a la determinación de la propia capacidad o aptitud profesional, en el sentido no solo de transmitir un conjunto de dogmas y principios, sino también como un conjunto de creencias y un estilo de vida de acuerdo con la fe”²⁷³.

Por otro lado, se trata de determinar si en las relaciones laborales de evidente carácter ideológico, como es la que nos ocupa, es posible una limitación temporal en el ejercicio de los derechos del trabajador, y no una renuncia ni desaparición de los mismos. Esta limitación de los derechos del trabajador, solo podrá darse durante el desarrollo de la actividad, y dicha situación puede cesar en cualquier momento recuperando el pleno ejercicio de sus derechos, por el simple hecho de abandonar el puesto de trabajo²⁷⁴.

Siguiendo a Moreno Botella, “en el caso de los profesores de religión la adhesión religiosa forma parte del contenido del contrato, no solo como una cualidad del docente, sino como una característica cualificante de la actividad misma, y por tanto, como necesaria en orden a determinar la aptitud profesional de los citados trabajadores. Por esta razón, si los profesores

²⁷³ MORENO BOTELLA, G., “Autonomía de la Iglesia, profesorado de religión y constitucionalidad del Acuerdo sobre Enseñanza de 3 de enero de 1979. A propósito de la STC 38/2007 de 15 de febrero”, *op. cit.*, p. 30.

²⁷⁴ Cfr. BLAT GIMENO, F. R., *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y S.S., Madrid, 1986.

llevaran a cabo una actitud que chocara abiertamente con el contenido de la prestación para la cual se les contrató, se les podría despedir no solo por la vía del despido disciplinario (artículo 54 b) y d) del ET), (...) sino también por la vía del despido objetivo, por ineptitud sobrevenida del trabajador (art. 52.a), del ET)²⁷⁵.

Como hemos dicho antes, vamos a detenernos en la citada STC, en la que se recoge una interpretación divergente a la expuesta hasta aquí:

La STC 51/2011, de 14 de abril, relativa a una profesora de religión que fue excluida de la propuesta de profesores de religión por el Ordinario Diocesano al haber contraído matrimonio civil con una persona divorciada. El TC se apoya en su sentencia 38/2007, y advierte, en primer lugar, que el motivo alegado es de naturaleza exclusivamente religiosa –no se cuestionaba su aptitud profesional-, y, en segundo lugar, que es imprescindible ponderar adecuadamente todos los derechos en juego. La STC 51/2011 entiende que el derecho a la libertad ideológica, en conexión con el artículo 32 CE, garantiza el derecho a contraer matrimonio con la persona que se deseé, y que el debido respeto a la intimidad, a la vida privada y a la dignidad no pueden situar a un trabajador ante la disyuntiva de elegir entre su vida personal y el mantenimiento de su empleo. El Tribunal insiste en que la trabajadora no había cuestionado ni atacado el credo religioso, ni había hecho «exhibición pública de su condición de casada con una persona divorciada» (FJ 12º). Bajo tales premisas, se

²⁷⁵ MORENO BOTELLA, G., “Autonomía de la Iglesia, profesorado de religión y constitucionalidad del Acuerdo sobre Enseñanza de 3 de enero de 1979. A propósito de la STC 38/2007 de 15 de febrero”, *op. cit.*, p. 32. Cfr. RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *No discriminación en las relaciones laborales. Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo IV, Madrid, 1980.

concede el amparo solicitado. Si bien hay que tener en cuenta, como apunta Rodríguez Cardo, que “En la medida en que la demandante -y su esposo- han aparecido en los medios de comunicación exponiendo el caso, se plantea la duda de si ante una eventual readmisión sería posible la futura exclusión de la propuesta basada, precisamente, en la ahora ya pública y notoria incompatibilidad entre su situación personal y familiar y el concepto de familia defendido por la Iglesia Católica”²⁷⁶.

En todo caso, será necesario hacer una ponderación de las circunstancias de cada supuesto concreto de que se trate y, además, será necesario, como señala Rossell Granados, “para evitar abusos injustificados, que las Confesiones señalen de manera clara, en qué circunstancias se entiende que la actuación personal de un individuo que ejerce su labor como profesor de religión puede ser un obstáculo para la transmisión de los valores de aquella confesión”²⁷⁷.

VI. EL TEDH: EL CASO *FERNÁNDEZ MARTÍNEZ CONTRA ESPAÑA*.

Por su relevancia, dado que se trata del primer caso, y único hasta la fecha, en el que el TEDH se ha pronunciado en un asunto relacionado con la no renovación de un contrato de profesor de religión, por motivos religiosos, nos referiremos a continuación al caso *Fernández Martínez contra España*.

²⁷⁶ RODRÍGUEZ CARDO, I. A., “La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional Español”, en *Direitos Fundamentais e Justiça* año 5, núm. 15, abril/junio 2011, pp. 28-29.

²⁷⁷ ROSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, op. cit., p. 103.

El Sr. Fernández se ordenó sacerdote en el año 1961 y en el año 1984 pidió la dispensa al sacerdocio, que le fue concedida en agosto de 1997. En mayo de 1985 contrajo matrimonio civil, del cual nacieron cinco hijos.

Por otra parte, El Sr. Fernández es miembro activo del Movimiento Procelibato Opcional, integrado por sacerdotes y ex-sacerdotes católicos.

En 1991, el Sr. Fernández, a propuesta del Obispo de Cartagena, inició la prestación de servicios como profesor de religión y moral católicas en el Instituto de Formación Profesional de Caravaca (Murcia), continuando en los cursos sucesivos en los centros de dicha ciudad hasta el año 1995. En el curso 1996-1997 pasó a prestar servicio como profesor de religión y moral católicas en el Instituto de Mula (Murcia), siendo cesado por el Obispo en virtud de un oficio de 29 de noviembre de 1997, que dispuso la no renovación de su contrato. En el comunicado de prensa remitido por el Obispado a diversos medios de comunicación en fecha 11 de noviembre de 1997 se justificaba el despido del Sr. Fernández como profesor de religión y moral católicas “por hacer pública su situación”, añadiéndose que “a los sacerdotes secularizados no les está permitido impartir clases de religión y moral católicas según la norma preceptiva (rescriptos), a no ser en casos muy excepcionales en los que el Obispo, ante circunstancias especiales y siempre que no exista peligro de escándalo, lo conceda como una gracia”.

Es de reseñar que el rescripto que concedió la dispensa había sido adoptado en fecha 20 de agosto de 1997, sirviendo de base canónica del

despido del Sr. Fernández, que sí podía impartir clases de religión católica siendo un cura casado, pero no al extinguirse la condición de sacerdote mediante la citada dispensa.

Ante la no renovación de su contrato, el Sr. Fernández promovió demanda de despido, alegando la vulneración de los derechos a no sufrir discriminación (art. 14 CE), a la vida privada (art. 18 CE) y a las libertades ideológica y de expresión (arts. 16 y 20 CE), que fue estimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Murcia núm. 279/2000, de 28 de septiembre, que declaró nulo el despido y, en consecuencia, condenó a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a la inmediata readmisión del trabajador en su antiguo puesto de trabajo y a la Administración del Estado a que le abonase los salarios dejados de percibir desde la fecha de su cese hasta que tuviera lugar la readmisión, con absolución del Obispado de Cartagena.

El Obispado de Cartagena, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y la Administración del Estado interpusieron recursos de suplicación contra la anterior Sentencia, que fueron estimados por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, núm. 262/2001, de 26 de febrero, que absolvió a los demandados, al considerar, en síntesis, que no había existido despido, sino sólo una no renovación de un contrato temporal, descartando la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

El Sr. Fernández interpuso contra la citada sentencia del TSJ de Murcia recurso de amparo ante el TC, el cual, mediante STC 128/2007 de 4 de junio, desestimó la demanda de amparo. En su Sentencia, el TC, centró la cuestión litigiosa en determinar si los hechos podían justificarse por la libertad religiosa de la Iglesia católica en relación con el deber de neutralidad religiosa del Estado (artículo 16.3 CE) o si, al contrario, constitúan un atentado contra el derecho del demandante a la libertad ideológica y religiosa en relación con su derecho a la libertad de expresión (artículo 20.1.a) CE). Tras traer a colación en su FJ 5 la doctrina elaborada en la reiteradamente citada STC 38/2007 de 15 de febrero, el TC concluye que: “En este caso la modulación producida en los derechos del demandante a la libertad religiosa, en su dimensión individual, y a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), en conexión con la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE), como consecuencia de que no fuera propuesto por el Obispado como profesor de religión y moral católicas en el curso 1997/1998, (...) no resultan desproporcionadas ni constitucionalmente proscritas, en la medida en que encuentran su justificación en el respeto al lícito ejercicio del derecho fundamental de la Iglesia católica a la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria (art. 16.1 CE), en relación con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE), dado que han sido razones exclusivamente de índole religiosa, atinentes a las normas de la confesión a la que libremente pertenece el demandante de amparo y la enseñanza de cuyo credo pretendía impartir en un centro docente público, las determinantes de que no fuera propuesto como profesor de religión y moral católicas. Como dijimos en la STC 38/2007, de 15 de febrero, y recordamos en el fundamento jurídico 5 de esta Sentencia, “resultaría sencillamente

irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se lleve a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes, y ello, precisamente, en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva”(FJ 12)”²⁷⁸

El Sr. Fernández se quejó ante el TEDH de la falta de imparcialidad de los magistrados del TC (artículo 6.1 del CEDH), de la injerencia no justificada en su derecho a la vida privada y familiar (artículo 8, en relación el en 14 del CEDH) y de la limitación a su derecho de expresión pública de sus creencias bajo la protección de la libertad de expresión de los artículos 9 y 10 del CEDH.

El TEDH sólo se pronunció sobre los dos primeros motivos de impugnación, declarando que no hubo violación del Convenio. El TEDH, en sus conclusiones, recoge plenamente las tesis del TC y “considera que las circunstancias que han motivado la no renovación del contrato son de naturaleza estrictamente religiosa. (...) las exigencias de los principios de libertad religiosa y de neutralidad impiden al Tribunal ir más allá en el examen relativo a la necesidad y a la proporcionalidad de la decisión de no renovación, debiendo limitarse su papel a verificar que los principios fundamentales del orden jurídico interno o la dignidad del recurrente no han sido puestos en cuestión. En efecto, la decisión fue tomada después de la publicación de un artículo en el periódico *La Verdad*, donde el recurrente aparecía con su esposa y sus cinco hijos exponiendo ciertas propuestas de los miembros del Movimiento Pro Celibato Opcional, al

²⁷⁸ FJ 11 STC 128/2007 de 4 de junio.

que pertenece el recurrente. En particular, estas personas se declaraban en favor del celibato opcional de los sacerdotes y criticaban igualmente la posición de la Iglesia sobre varios temas, tales como el aborto, el divorcio, la sexualidad o el control de la natalidad. Estos acontecimientos llevaron al Obispo a considerar que la relación de confianza requerida se había roto y a no renovar el contrato”²⁷⁹.

Añade el TEDH en su fundamentación de la Sentencia que “Es precisamente esta relación de confianza especial la que conviene poner de relieve en el presente asunto. Esta relación implica necesariamente ciertas especificidades que diferencian a los profesores de religión y de moral católicas de los otros enseñantes, que se inscriben en una relación jurídica neutra entre la administración y los particulares. Así pues, no es irrazonable exigir un deber de lealtad acrecentado de estos enseñantes. Cuando, como en el asunto en cuestión, la relación de confianza se rompe, el Obispo, en aplicación de las disposiciones del código de derecho canónico, no debe proponer al candidato para el puesto”²⁸⁰.

El TEDH sigue apoyándose en lo sentenciado tanto por el TC, como por el TSJ de Murcia, al señalar: “... el Tribunal considera que el recurrente estaba sometido a obligaciones de lealtad acrecentadas (...) el interesado no se escondió de la prensa, sino que formaba parte del grupo de algunos miembros del *Movimiento*, permaneciendo junto a ellos incluso después de darse cuenta

²⁷⁹ Párrafo 84 de la Sentencia del TEDH, de 15 de mayo de 2012, en el asunto *Fernández Martínez contra España*.

²⁸⁰ Párrafo 85 de la Sentencia del TEDH, de 15 de mayo de 2012, en el asunto *Fernández Martínez contra España*.

de la presencia de medios de comunicación en el lugar y de que estos miembros expresaban abiertamente su desacuerdo con las políticas de la Iglesia en distintos temas”²⁸¹.

Abundando en el razonamiento, el TEDH concluye que “las jurisdicciones competentes han demostrado suficientemente que las obligaciones de lealtad eran aceptables y tenían por objeto preservar la sensibilidad del público y de los padres de los alumnos del instituto. El Tribunal no ve razón para apartarse de estos razonamientos, que juzga suficientemente detallados. Además, considera que la exigencia de reserva y de discreción es tanto más importante cuanto que los destinatarios directos de las enseñanzas del recurrente son menores, vulnerables e influenciables por naturaleza”²⁸².

El análisis comparado de ambos casos y de sus sentencias respectivas: la STC 51/2011, de 14 de abril, comentada en el epígrafe anterior; y las dictadas sobre el caso *Fernández Martínez contra España*, tanto por el TC como por el TEDH, nos lleva a alinearnos con la postura de Rodríguez Cardo, cuando considera que la *publicidad y notoriedad* de la actitud contraria a la fe católica del profesor de religión católica pueden resultar determinantes a la hora de considerar proporcionada o no la decisión de revocar la DEI por parte de la autoridad eclesiástica.

²⁸¹ Párrafo 86 de la Sentencia del TEDH, de 15 de mayo de 2012, en el asunto *Fernández Martínez contra España*.

²⁸² Párrafo 87 de la Sentencia del TEDH, de 15 de mayo de 2012, en el asunto *Fernández Martínez contra España*.

CONCLUSIONES

La libertad de conciencia, en cuanto derecho subjetivo, es el derecho fundamental básico de los sistemas democráticos: en él encuentran su razón de ser todos los demás derechos fundamentales de la persona y, en última instancia, a él está ordenado todo el sistema. Es el derecho a tener unas u otras creencias, unas u otras ideas, unas u otras opiniones, así como a expresarlas, a comportarse de acuerdo a ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas. En él se fundamenta, por lo tanto, la libertad de religión y creencias.

Toda persona tiene derecho a la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley.

Se protegen las creencias teísticas, no teísticas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio. La libertad de religión no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales.

El Estado no puede tratar de prescribir lo que constituye una religión o una creencia. La religión y las creencias son esencialmente personales y subjetivas. Si bien se hace inevitable encontrar un equilibrio entre la concepción subjetiva de la creencia o convicción y un análisis serio sobre la solidez de las mismas. La palabra convicción solo puede aplicarse a la opinión que alcanza determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia.

II

Partiendo de la normativa de la UE y del CdE, por *Discriminación indirecta* se entenderá el caso en que un factor aparentemente neutral como una disposición, criterio o práctica no puede ser cumplido con facilidad debido a ciertas desventajas o por pertenecer a un grupo designado por su *raza*, color, idioma, religión, nacionalidad, origen nacional o étnico, salvo que este factor tenga una justificación razonable y objetiva. Este último sería el caso si el objetivo que se persigue es legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar.

En los casos de discriminación indirecta, el motivo por el que se aprecia la discriminación es la aplicación de la misma disposición o práctica a todas las personas sin tener en cuenta las diferencias sustanciales, en el caso que nos ocupa, originadas por unas creencias religiosas o convicciones. Para corregir y evitar este tipo de situaciones, los empleadores deben adoptar medidas especiales para ajustar sus prácticas con el fin de tener en cuenta estas

diferencias. El acomodamiento razonable, a nivel casuístico e individual, se presenta como la técnica más apropiada.

Entendemos que es posible acudir a la voluntad internacional plasmada en la Declaración sobre la eliminación de todas formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, en su artículo 4, aun no siendo vinculante jurídicamente, para apoyar la obligación de introducir una previsión general de acomodamiento razonable en el ámbito laboral privado con el fin de evitar la discriminación indirecta que pueda producirse por motivos de religión y creencias, puesto que los Estados, a tenor del citado artículo, tienen la obligación positiva de evitar toda discriminación de este tipo. Esto quiere decir que el Estado no solo no debe interferir en las creencias religiosas de los ciudadanos, ni tomarlas en consideración a los efectos de establecer tratamientos discriminatorios, sino que, además, está obligado a crear las condiciones necesarias para evitar la discriminación por motivos religiosos y a impedir que la misma tenga lugar, también en el ámbito privado.

El artículo 5 del Convenio 111 de la OIT autoriza medidas especiales de protección o asistencia, que no se considerarán discriminatorias, así como otras medidas especiales destinadas a satisfacer los requerimientos particulares de personas a las que, por razones tales como sexo, edad, invalidez, cargas de familia o nivel social o cultural, generalmente se les reconoce la necesidad de protección o asistencia especial. Creemos apropiado incluir, dentro de estas medidas especiales de protección contempladas en el artículo 5 del Convenio 111, una medida general antidiscriminatoria

materializada en una previsión de acomodamiento por motivos religiosos o de convicciones en el ámbito laboral.

De la *Memoria Explicativa del Protocolo nº 12* al CEDH resulta que no se impone a los Estados una obligación positiva general de adoptar medidas para prevenir o remediar las discriminaciones entre personas privadas. Dicho informe considera que esta cuestión estaría mejor tratada en un convenio específico de naturaleza programática dedicado exclusivamente a la discriminación. También se recuerda, sin embargo, que el Protocolo no se opone a las normas internas más favorables, y que del deber de los Estados de asegurar los derechos y libertades, recogido en el artículo 1 del CEDH, podrían derivarse algunas obligaciones positivas, relativas a determinadas relaciones entre personas privadas que normalmente están reguladas por la ley y en las que el Estado tiene cierta responsabilidad (p. e. contratos de trabajo, denegación arbitraria de acceso a restaurantes, etc)

La Recomendación nº 14 de Política General de la ECRI se adopta, como resulta de su preámbulo, a partir de la convicción de la importancia que posee que las empresas creen espacios de trabajo donde los trabajadores sean respetados y sus aportaciones valoradas, con independencia de su *raza*, color, lenguaje, religión, nacionalidad u origen étnico.

De este documento de la ECRI se desprende directamente la necesidad de establecer una práctica de acomodamiento razonable por parte del empresario. Así resulta de las siguientes recomendaciones:

- Promulgar una legislación conforme a la cual el empleador sea responsable por actos de discriminación, a menos que pueda demostrar que adoptó las medidas necesarias para prevenir dichos actos.

- Garantizar que los empresarios revisan y comprueban sus procesos de selección de personal para asegurar que se elimina el racismo y la discriminación directa o indirecta. Desarrollar y promover códigos de conducta para las buenas prácticas en el empleo y planes de igualdad, con el fin de impulsar espacios de trabajo respetuosos para todos y que sean reflejo de la diversidad. Dichos códigos deberán hacer referencia a los procesos de selección de personal, y a la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios de formación de la empresa, las posibilidades de promoción y las condiciones en que finalizan los contratos.

La Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual guarda silencio absoluto sobre toda posible obligación del empresario al acomodo, o al menos intento de acomodo, del trabajador por motivos de religión o convicciones. Llama la atención especialmente, por contraste, si reparamos en la obligación de practicar ajustes razonables para adaptar la prestación laboral de personas discapacitadas que le impone el artículo 5 de la Directiva.

Ahora bien, entendemos que este silencio no debe ser obstáculo para introducir la necesidad de un acomodo o ajuste razonable por motivos

religiosos o de convicciones. Si se enfoca el problema desde la perspectiva del concepto de discriminación indirecta, el empresario vendrá obligado a demostrar, tal como le exige el artículo 2.1 de la Directiva, que existe una finalidad legítima y que los medios para alcanzar esa finalidad han sido los adecuados y necesarios, lo que abriría un cierto camino al deber empresarial de adaptación.

III

Los acomodamientos razonables por motivos religiosos encuentran necesariamente su fundamentación en un modelo de laicidad abierta como el propuesto por Bouchard y Taylor, y se alejan del modelo de laicidad estricta, seguido por el republicanismo francés, en el que la religión quedaría relegada a la esfera privada. Y ello, porque no es posible encerrar la dimensión espiritual y religiosa del individuo en la esfera privada, puesto que la religión forma parte de la propia identidad, son aspectos que no se pueden separar, ello supondría un atentado a la identidad de la persona, a su integridad moral.

Los límites que encuentra el acomodamiento razonable por motivos religiosos o de convicción en el ámbito laboral son aplicados por el TEDH a través de dos técnicas diferenciadas: el llamado *test de proporcionalidad* y el *margin de apreciación del Estado*. Estos límites se condensan básicamente en lo que podríamos llamar un *límite a lo razonable*, es decir, se trata de examinar si existe una carga excesiva, si es desproporcionada la carga o el sacrificio que se impone al empleador en relación con el beneficio de una sola persona

necesitada de acomodo en función de la protección de su derecho a la libertad religiosa.

IV

El ejercicio de la libertad religiosa en su dimensión externa en el ámbito laboral por parte del trabajador produce, en numerosas ocasiones, una colisión con el derecho del empresario a gestionar la organización de su empresa del modo más adecuado para conseguir criterios de eficiencia productiva y económica. Es por esta razón por la que se hace necesario introducir la figura amplia de acomodamiento razonable como medio para tratar esta conflictividad.

La violación del principio de no discriminación suele hacer su aparición normalmente en el momento de la contratación del trabajador. Si bien conforme al artículo 16.2 de la CE, el trabajador no estaría obligado a declarar sobre su religión o creencias, puede ocurrir que el empresario quiera conocer aspectos que pueden afectar al normal desarrollo de la relación laboral. En estos supuestos, el trabajador, como consecuencia de la aplicación del principio de buena fe, deberá responder de forma veraz a las preguntas del empresario. En este punto, la honestidad y buena fe del trabajador se erige en pieza clave para que sea exigible al empleador una obligación de acomodo razonable de la organización de su empresa.

Una vez iniciada la relación laboral, el empresario debe mantener el principio de neutralidad frente a las creencias religiosas o convicciones del trabajador. Cualquier acto del empresario tendente a menoscabar o perjudicar

las creencias religiosas del trabajador o que quiebre el principio de neutralidad que debe mantener frente a su empleado se reputará nulo, tal y como establece el artículo 17 del ET.

Los tribunales europeos, y nuestro TC es un ejemplo de ello, han entendido que la libertad religiosa únicamente impone al empresario una obligación de neutralidad frente a las convicciones religiosas.

No es posible encontrar una obligación general de acomodo por motivos religiosos ni en el derecho positivo ni en las decisiones de los jueces. Ni siquiera en la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La ausencia de una obligación por parte del empresario de establecer ese acomodamiento razonable bien podría ser entendida como un supuesto de discriminación indirecta. Consideramos que sería viable incluir una previsión general de acomodo razonable en el texto de la futura Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

Una de las cuestiones que mayor problema plantea en relación con el ejercicio del derecho de libertad religiosa es el relativo al reconocimiento del derecho al descanso laboral y a las festividades religiosas. Aunque el artículo 12 de los Acuerdos con la FEREDE, la FCI y la CIE permite al trabajador disfrutar del día de descanso laboral acorde a sus creencias y de sus festividades religiosas, es este un derecho que queda sujeto al acuerdo entre las partes y en consecuencia su reconocimiento se encuentra bajo el predominio de la posición del empresario.

Otro tema problemático es el que se plantea en los casos en que hay que decidir cuándo el ejercicio del derecho a la libertad religiosa por parte del trabajador es abusivo, y puede ser por tanto objeto de sanción, o cuándo el poder disciplinario del empresario sobrepasa sus límites y vulnera el derecho fundamental de libertad religiosa del trabajador. Estos casos se surgen ante las ausencias causadas por la celebración de las festividades religiosas, el abandono del trabajo durante la jornada para rezar, la utilización de una vestimenta religiosa ..., en estos supuestos el trabajador no pretende realizar una infracción laboral, ni tampoco pretende la anulación total o parcial del contrato de trabajo que firmó, sino que su pretensión es la de conseguir que se le dispense del cumplimiento de las obligaciones contractuales que libremente adquirió, sin que ello le suponga el despido. Para resolver estos casos, la jurisprudencia en España ha utilizado el denominado criterio del *balance razonable* entre los derechos en conflicto. Éste consiste en averiguar, por un lado, si el empresario ha adoptado las medidas oportunas para que no se produzca la colisión entre los derechos y por consiguiente se derive de ello una consecuencia negativa para el trabajador, y por otro, si el trabajador al hacer efectiva su exigencia ha obrado de buena fe. Es decir, será preciso ponderar si el empresario ha realizado un esfuerzo real de acomodo razonable para evitar un supuesto de discriminación indirecta.

El conflicto de derechos que se plantea en el seno de una empresa de tendencia, como consecuencia del ejercicio del derecho a la libertad religiosa, se plantea en términos de una colisión entre dos derechos fundamentales idénticos, pero de titularidad diversa; individual, en el caso del trabajador, y colectiva, en el caso de la empresa. Los derechos de libertad ideológica y religiosa, entendiendo la libertad religiosa como una subespecie de la libertad ideológica tienen una dimensión individual y otra colectiva. El artículo 16 de la CE garantiza la libertad religiosa de los individuos y de las comunidades.

La cláusula de salvaguarda, dirigida a proteger la identidad religiosa y el carácter propio de las iglesias, confesiones y de las instituciones por ellas creadas, se recoge en el artículo 6 de la LOLR. El ámbito de aplicación de la cláusula de salvaguarda comprende no solo a las confesiones religiosas, sino también a las instituciones creadas por las confesiones y que operan como empresas en el mercado. Y ello porque debe concederse al fin religioso un sentido amplio, en el que también tenga cabida un fin que no sea rigurosamente religioso, como serían por ejemplo, los fines caritativos, de atención y orientación, de cuidado, alojamiento, hospitalarios, asistenciales o educativos; e incluso cuando se añada a ellos un fin de lucro. En cuanto al ámbito subjetivo, la cláusula de salvaguarda debe aplicarse a todo el personal laboral, (no a los ministros de culto o religiosos, sometidos ya a su propio derecho estatutario) sea o no miembro de la confesión e independientemente de que desarrolle una tarea de tendencia o neutra.

La citada cláusula implica que existe una excepción a la aplicación del Derecho del Trabajo general, en aras de garantizar la protección de la identidad religiosa del empleador y cuya suscripción deberá ser realizada por el trabajador al inicio de la prestación de servicios; de manera que estas empresas de tendencia podrían poner límites al trabajador en el ejercicio de sus derechos de ciudadanía, produciéndose por lo tanto una colisión de derechos.

La posible limitación de los derechos del trabajador en el ámbito de las empresas de tendencia no implica una vulneración del principio de igualdad y no discriminación. El principio de igualdad y no discriminación debe matizarse cuando estamos en presencia de empresas de tendencia. En estos supuestos, la defensa a ultranza del derecho a la libertad de pensamiento de los trabajadores puede dañar la propia ideología que sustenta la organización, cuyo derecho de libertad ideológica y religiosa a nivel colectivo también se encuentra tutelado por la Constitución, cuando no es compartida por aquellos. Así lo avala la Directiva 2000/78 que ha considerado, en su artículo 4.1, como no discriminatorias las diferencias de trato basadas en la creencia del trabajador, cuando desarrolle su prestación de servicios en una empresa de tendencia. Si bien para poder aplicar esta regla, el artículo 4.1 exige dos requisitos, que son: la existencia de una finalidad legítima y la proporcionalidad entre el derecho que se quiere proteger y el que se ve limitado, debiendo entender por proporcionalidad el equilibrio que caracteriza el balance entre intereses contrapuestos. Además, conforme a la Directiva, las organizaciones

cuya ética se base en la religión o las convicciones podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización.

La Directiva 2000/78 no establece una correlativa obligación empresarial de intentar acomodar la prestación a los cambios sobrevenidos en la ideología del trabajador. Sería conveniente intentar una armonización siempre que fuera posible, compensando los derechos de ambas partes.

Cuando se produzca por parte del trabajador un ataque contra el ideario de la empresa, de tal naturaleza que resulte irreconciliable con el mismo, podría llegarse a la extinción justificada del vínculo contractual. Debe tratarse de casos en los que el comportamiento del trabajador repercuta directa y gravemente en el mensaje ideológico de la empresa o en la imagen o identidad esencial de la empresa de tendencia. Del artículo 54.2.c) del ET aplicado a las empresas de tendencia se puede concluir que el trabajador ha de mantener una actitud de respeto y no ataque hacia el ideario de la empresa bajo cuya dirección y organización trabaja. Y, conforme al artículo 54.2.d) del ET la transgresión de la buena fe contractual puede ser también causa de despido. Si bien, en todo caso, cuando exista colisión entre los derechos de ambos, la situación debe ser resuelta conforme al denominado *test de proporcionalidad*.

La posible inconstitucionalidad del mecanismo de contratación y renovación de los profesores que se dedican a la enseñanza de la asignatura de religión y moral católica queda resuelta definitivamente, en favor de la legalidad de este sistema de contratación y renovación, por la STC 38/2007, de 15 de febrero de 2007.

El verdadero empleador de los profesores de Religión es el Ministerio de Educación y Cultura, por ser el destinatario de los servicios que presta este personal al organizar y contratar el trabajo, ejercer la potestad disciplinaria y ser el obligado a remunerar a este profesorado, pues pone los fondos a disposición de la Conferencia Episcopal, que se limita a hacer de simple pagador. No plantea dudas el hecho de que estamos ante una relación laboral entre el profesor de religión y la Administración, pero ante una relación laboral en la que la contratación y la renovación del contrato no dependen del empresario, la Administración, sino que es el Ordinario del lugar quien da el certificado o la declaración de idoneidad necesaria para las mismas. Ello es así porque junto a la relación laboral, existe otra relación, de Derecho Eclesiástico, entre el profesor de Religión Católica y el Obispo, en virtud de la cual el profesor deberá cumplir las previsiones del Derecho Canónico, particularmente: recta doctrina, testimonio de vida cristiana y aptitud pedagógica. Esta relación eclesiástica encuentra su encaje en la figura jurídica del mandato y es además la que justificará que no pueda hablarse de discriminación por motivos religiosos cuando sea revocada la DEI y por consiguiente, dado su carácter

previo y vinculante, se produzca la extinción del contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 7 del RD 696/2007.

En el caso de los profesores de religión, al desempeñar una tarea de tendencia aunque dentro de una organización neutra y aconfesional, la adhesión religiosa forma parte del contenido del contrato, no solo como una cualidad del docente, sino como una característica cualificante de la actividad misma, y por tanto, como necesaria en orden a determinar la aptitud profesional de los citados trabajadores. Por esta razón, si los profesores llevan a cabo una actitud que chocara abiertamente con el contenido de la prestación para la cual se les contrató, se les podría despedir no solo por la vía del despido disciplinario (artículo 54 b) y d) del ET), sino también por la vía del despido objetivo, por ineptitud sobrevenida del trabajador (art. 52.a), del ET). En todo caso, será necesario hacer una ponderación de las circunstancias de cada supuesto concreto de que se trate y, además, será necesario para evitar abusos injustificados, que las Confesiones señalen de manera clara, en qué circunstancias se entiende que la actuación personal de un profesor de religión puede ser un obstáculo para la transmisión de los valores de aquella confesión.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AEAC:	Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales
AGNU:	Asamblea General de las Naciones Unidas
CE:	Constitución Española
CdE:	Consejo de Europa
CDFUE:	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CSE:	Carta Social Europea
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIE:	Comisión Islámica de España
DEI:	Declaración Eclesiástica de Idoneidad
DUDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECRI:	Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia
ET:	Estatuto de los Trabajadores
FCI:	Federación de Comunidades Israelitas
FEREDE:	Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España
LOLR:	Ley Orgánica de Libertad Religiosa
LOPD:	Ley Orgánica de Protección de Datos
NU:	Naciones Unidas
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDES:	Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TC:	Tribunal Constitucional
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS:	Tribunal Supremo
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia
UE:	Unión Europea

BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE EUROPA.

Manual de legislación europea contra la discriminación, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p. 14.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.

Derecho del Trabajo, 20ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 212.

BARRERO ORTEGA, A.

La libertad religiosa en España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp.89-116.

BARRIOS, G., JIMÉNEZ AIBAR, I.

“La conciliación entre la vida laboral y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 274, 2006.

BENEYTO, J.M.

“Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa” en O. Alzaga (ed.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, II, Edersa, Madrid, 1984.

BLAT GIMENO, F.

Relaciones Laborales en empresas ideológicas, Centro de Publicaciones del Mº de Trabajo y S.S., Madrid, 1986, p. 99.

BONDÍA GARCÍA, D.

“Hacia una superación de los límites intrínsecos del principio de no discriminación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el protocolo Nº 12”, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 17, 2001, pp. 270- 279.

BOSSET, P.

“Les fondements juridiques et l'evolution de l'obligation d'accommodement raisonnable”, en M. JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables :quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2007, pp. 2-8.

BOUCHARD, G. y TAYLOR, C.

Building the Future. A Time for Reconciliation, Québec, Consultation Commission on Accommodation Practices Related to Cultural Differences, Quebec, 2008, (versión reducida en español en BOUCHARD, G. y TAYLOR, C., Construir el Futuro. El tiempo de la reconciliación, Bilbao, Ikuspegi, 2010).

BUENO SALINAS, S.

“El ámbito del amparo del derecho de libertad religiosa y las asociaciones”, en *Ius Canonicum*, vol. 25, 49, 1985.

CALVO GALLEGOS, F.

Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia, CES, Madrid, 1995.

CAÑAMARES ARRIBAS, S.

“Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho Español”, en R. NAVARRO VALLS, J. MANTECÓN SANCHO, J. MARTÍNEZ TORRÓN (coords.), *La libertad religiosa y su regulación legal. La ley orgánica de libertad religiosa*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 533-534.

CAÑAMARES ARRIBAS, S.

“Libertad religiosa e igualdad. Algunos supuestos discutidos”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 25, Iustel.com, 2011, pp. 4-8.

CONTRERAS MAZARÍO, J. M.

“La libertad religiosa y la no discriminación por motivos religiosos en la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, V, 1989, pp. 28-29.

CONTRERAS MAZARÍO, J.M.

Las Naciones Unidas y la protección de las minorías religiosas: de la tolerancia a la interculturalidad, Valencia, 2003.

DEOP MADINABEITIA, X.

“De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: el protocolo adicional Nº 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Internacional*, Nº 16, 2000, pp. 368-375.

DIEZ DE VELASCO, M.

Las Organizaciones Internacionales, 15ª Edición, Tecnos, Madrid, 2008.

ELÓSEGUI ITXASO, M.,

“El concepto de laicidad abierta en el informe Bouchard-Taylor para Quebec”, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 23, Iustel.com, 2010, p. 23.

ELÓSEGUI ITXASO, M.

"La laicidad abierta en Charles Taylor y J. Maclure versus las nuevas leyes de neutralidad de los funcionarios públicos en Alemania" en *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Colección Actas 4, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2012, pp. 39 y 114.

ELÓSEGUI ITXASO, M.

El Concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 51-271.

EVANS, C.

Freedom of religion and belief: A deskbook (ed. por T. LINDHOLM, C. DURHAM y B. TAHZIB- LIE), Leiden, 2004.

EVANS, M. D.

Religious Liberty and International Law in Europe, Cambridge, 1997.

FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.

"Voz libertad de conciencia", en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1994, p. 4022.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.

"Libertad ideológica y prestación de servicios", en *Relaciones Laborales* II, 1985.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGOS F. J.,

"La Directiva 78/2000/CE y la prohibición por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario", *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 59/2001, pp. 136-147.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.

"Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 133, enero-marzo 2007, pp. 86-109.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.

"El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" en *Jornadas de Estudio sobre el principio de igualdad*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

FERREIRO GALGUERA, J. R.,

"Sistema de elección del profesorado de religión católica en la escuela pública: dudas de constitucionalidad sobre sus cimientos normativos", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 14, lustel.com, mayo 2007.

GARCÍA MURCIA, J.

“Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en M. E. CASAS BAAMONDE, F. DURAN LÓPEZ, J. CRUZ VILLALÓN (coords.) *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en Homenaje al profesor Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer*, La ley, Madrid, 2006, pp. 386 y 387.

GARCÍA-PARDO, D.

La protección internacional de la libertad religiosa, Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 2000, pp. 49-99.

GARCÍA-PARDO, D.,

“Descanso semanal y festividades religiosas islámicas”, en A. MOTILLA (ed.), *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Trotta, Madrid, 2004.

GARRIDO FALLA, F.

Comentarios a la Constitución, Civitas, Madrid, 1985, p. 11.

GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.

“La regulación legal de la libertad religiosa como derecho de la persona”, en J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 2^a ed. EUNSA, Pamplona, 1983

HILL, M.

“Simbología religiosa y objeción de conciencia en el lugar de trabajo: un examen de la sentencia de Estrasburgo en Eweida y otros c. Reino Unido”, en *Revista General de Derecho Canónico Derecho Eclesiástico del Estado* 32, 2013, pp. 8-14.

IBÁN PÉREZ, I. C.

“La libertad religiosa como derecho fundamental” en *Anuario de Derechos Humanos* (1984-85/3), p. 167.

LERNER N.

Discriminación racial y religiosa en el Derecho Internacional, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2^a ed., Diciembre 2002, p. 277.

LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.,

“Dimensión colectiva del Derecho de Libertad Religiosa en los centros docentes públicos”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, iustel.com, mayo 2007, pp. 16-17.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.

Derecho de la libertad de conciencia. I, Civitas, Madrid, 1997, p. 14 y 15.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.

Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación, Civitas, Madrid, 1999, pp. 441-443.

MARTÍ, J. M.,

“El carácter propio de las entidades religiosas a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 106/1996”, en *IC*, vol. XXXVII, núm. 74, 1997, p.720.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J.

“La protección internacional de la libertad religiosa”, en *Tratado de Derecho Eclesiástico del Estado*, Pamplona, 1994, pp. 141-239

MARTÍNEZ TORRÓN, J. y NAVARRO VALLS, R.

“The protection of religious freedom in the system of the Council of Europe”, en Tore Lindholm, W. Cole Durham, Bahia G. Tahzib-Lie, *Facilitating Freedom of Religion or Belief: a Deskbook*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.

MESEGUER VELASCO, S.,

“La integración de la diversidad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales: la cuestión de las prácticas religiosas”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 28, lustel.com, 2012, pp. 5-12.

MORÁN GARCÍA, G.

“XXV Aniversario de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25/11/1981: balance y retos” en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 13, lustel.com, febrero 2007.

MORENO BOTELLA, G.

“El carácter propio de las entidades religiosas y sus consecuencias en el derecho laboral español”, en *REDC*, vol. 44, 1987 p. 529.

MORENO BOTELLA, G.

“Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la Sentencia del TC 106/1996 de 12 de junio”, en *REDC*, vol. 54, 1997, pp. 285-292.

MORENO BOTELLA, G.

La libertad de conciencia del trabajador en las empresas ideológicas y confesionales, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2003.

MORENO BOTELLA, G.,

“Autonomía de la Iglesia, profesorado de religión y constitucionalidad del Acuerdo sobre Enseñanza de 3 de enero de 1979. A propósito de la STC 38/2007 de 15 de febrero”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, lustel.com, mayo 2007, pp. 28-32.

MORENO BOTELLA, G.

Organizaciones religiosas y deber de lealtad, Editorial Académica Española, Saarbrücken (Alemania), 2012.

ODIO BENITO, E.

Study of the current Dimensions of the Problems of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1987/26, p.48.

ODRIOZOLA IGUAL, C.

“Relaciones de trabajo en el contexto de organizaciones ideológicas y religiosas: la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre sobre empleo y trabajo”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, número 6, lustel.com, septiembre 2004, pp. 8-20.

OTADUY GUERÍN, J.

“Las empresas ideológicas: aproximación al concepto y supuestos a los que se extiende”, en *ADEE*, vol. II, 1986, pp. 315-318.

OTADUY GUERÍN, J.

“Las cláusulas de salvaguarda de la identidad de las instituciones religiosas. Doctrina y jurisprudencia”, en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado, Estudios en memoria al Profesor Pedro Lombardía*, Madrid, 1989, pp. 379-380.

OTADUY GUERÍN, J.,

“Idoneidad de los profesores de religión. Una revisión necesaria y urgente. A propósito de la sentencia 38/2007, de 15 de febrero del Tribunal Constitucional”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, lustel.com, mayo 2007, pp. 6-10.

PALOMINO LOZANO, R.

“La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 9, 2008, pp. 481 y ss.

RELAÑO PASTOR, E.

La protección internacional de las minorías religiosas, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A.,

“La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional Español”, en *Direitos Fundamentais e Justiça* año 5, núm. 15, abril/junio 2011, pp. 28-29.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.,

“No discriminación en las relaciones laborales”, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*, Tomo IV, EDERSA, Madrid, 1983, p. 380.

ROLLNERT LIERN, G.

La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ROSSELL GRANADOS, J.

“El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XV, 1999.

ROSSELL GRANADOS, J.

La no discriminación por motivos religiosos en España, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2008, pp. 20-119.

RUIZ VIEYTEZ, E. J.

Las prácticas de armonización como instrumento de gestión pública de la diversidad religiosa, Observatorio del Pluralismo religioso en España. Madrid, 2012, pp. 6-129.

SÁIZ ARNAIZ, A.

La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SOUTO GALVÁN, E.

El reconocimiento de la libertad religiosa en Naciones Unidas, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 100-484.

SOUTO GALVÁN, E.

“La Libertad Religiosa en la Constitución y en la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en R. NAVARRO-VALLS, J. MANTECÓN SANCHO, J. MARTÍNEZ-TORRÓN (coords.), *La libertad religiosa y su regulación legal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 467-490.

TAHZIB, B.G.

Freedom of Religion or Belief. Ensuring effective International legal protection, Dordrecht, 1995.

TAYLOR, C.

Sources of the Self. The Making of the Modern Identity, Cambridge University Press, Cambridge, 1989. Traducción al castellano, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Paidos, Barcelona, 1986.

TAYLOR, P. M.

Freedom of religion: UN and European Human Rights Law and Practice, Cambridge, 2005.

TAYLOR, C.

Las variedades de la religión hoy, Paidós, Barcelona, 2003 y *A Secular Age*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2007.

VALDÉS DAL-RÉ, F.

“Libertad religiosa y contrato de trabajo”, en M. E. CASAS BAAMONDE, F. DURÁN LÓPEZ y J. CRUZ VILLALÓN (coords.), *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 572-602.

VALTICOS, N.

La Organización Internacional del Trabajo en las dimensiones internacionales de los derechos humanos, Karel Vasak, UNESCO, 1979.

VILADRICH, P. J.

“Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español” en J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Derecho Eclesiástico del Estado español*, EUNSA, Pamplona, 1980.

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

- Constitución Española de 1978.
- Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 sobre asuntos jurídicos. Instrumento de Ratificación de 4 de diciembre de 1979 (BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 1979).
- Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 sobre enseñanza y asuntos culturales. Instrumento de Ratificación de 4 de diciembre de 1979 (BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 1979).
- Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980).
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999).
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006).
- Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992).
- Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992).
- Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992).
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995).
- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003).
- Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la disposición adicional tercera de la

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 138, de 9 de junio de 2007).

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

-Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 217, A, III, de 10 de diciembre de 1948).

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977).

-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977).

-Convenio núm. 111 de la OIT, adoptado el 25 de junio de 1958, sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, ratificado el 26 de octubre de 1967 (BOE núm. 291 de 4 de diciembre de 1968).

-Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Resolución 2106, A, XX, de 21 de diciembre de 1965). Instrumento de Adhesión de 23 de abril de 1969 (BOE núm. 118, de 17 de mayo de 1969).

-Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones (Resolución 36/55, de 25 de noviembre de 1981 de la Asamblea General de Naciones Unidas).

-Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (Resolución 45/123, de 18 de diciembre de 1992 de la Asamblea General de Naciones Unidas).

-Observación General 22, relativa al art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en el 48.^º período de sesiones del Comité de Derechos Humanos, 1993.

-Resolución sobre eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa (Resolución 40, de 23 de abril de 2002 de la Comisión de Derechos Humanos).

LEGISLACIÓN EUROPEA

-Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007 (Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por el que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007).

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.
- Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 180/22, de 19 de julio de 2000).
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 303/16, de 2 de diciembre de 2000).
- Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 373/37, de 21 de diciembre de 2004).
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).
- Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952. Instrumento de Ratificación de 2 de noviembre de 1990 (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1991).
- Protocolo núm. 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000. Instrumento de Ratificación de 25 de enero de 2008 (BOE núm. 64, de 14 de marzo de 2008).
- Protocolo núm. 14 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio, hecho en Estrasburgo el 13 de mayo de 2004. Instrumento de Ratificación de 3 de marzo de 2006 (BOE núm. 130, de 28 de mayo de 2010).
- Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales núm. 157 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995. Instrumento de Ratificación de 20 de julio de 1995 (BOE núm. 20, de 23 de enero de 1998).
- Convenio nº 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Instrumento de Ratificación de 23 de febrero de 2009 (BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009).

-Carta Social Europea núm. 35 del Consejo de Europa, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980 (BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980).

-Recomendación núm. 4 de Política General sobre Encuestas nacionales sobre la experiencias y la percepción de la discriminación y el racismo desde la perspectiva de las víctimas potenciales, adoptada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, el 6 de marzo de 1998.

-Recomendación núm. 14 de Política General sobre la lucha contra el racismo y la discriminación racial en el empleo, adoptada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, el 22 de junio de 2012.

-Estatuto de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 13 de junio de 2002.

LEGISLACIÓN CANÓNICA

-Código de Derecho Canónico de 25 de enero de 1983.

OTRA LEGISLACIÓN

-Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

-Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), de 27 de julio de 1981.

-Carta Árabe de Derechos Humanos, adoptada por la Liga de Estados Árabes el 15 de septiembre de 1994.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- TEDH, *Campbell y Cosans contra el Reino Unido* (nº 7511/76 y 7743/76), 25 de febrero de 1982.
- TEDH, *López Ostra c. Spain*, Serie A Nº 303-c, 9 de diciembre de 1994.
- TEDH, *Thlimennos c. Grecia*, nº. 34369/97, de 6 de abril de 2000.
- TEDH, *Hasan y Chaush contra Bulgaria* (GC) (nº 30985/96), 26 de octubre de 2000.
- TEDH, Iglesia Metropolitana de Bessarabia y otros contra Moldova (nº 45701/99), 13 de diciembre de 2001.
- TEDH, *Köse y otros contra Turquía* (nº 26625/02), 24 de enero de 2006.
- TEDH, *Unidad de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia* (nº 72881/01), 5 de octubre de 2006.
- TEDH, *Iglesia de la Cienciología de Moscú contra Rusia* (nº 18147/02), 5 de abril de 2007.
- TEDH, *Shingara Mann Singh c. Francia*, Sección 5ª, nº 24479/07, 13 de noviembre de 2008.
- TEDH, *Eweida y otros c. El Reino Unido*, (nº 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10), 15 de enero de 2013.
- TEDH, *Fernández Martínez contra España*,(nº 56030), 15 de mayo de 2012.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- TJUE, *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber Von Hartz*, Asunto 170/84 (1986) Rec. 1607, 13 de mayo de 1986.
- TJUE, *Rinner-Kühn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung*, Asunto 171/88 (1989) Rec. 2743, 13 de julio de 1989.
- TJUE, *Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover*, Asunto C-317/93 (1995) Rec. I-4625, 14 de diciembre de 1995.
- TJUE, *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main y Silvia Becker contra Land Hessen*, asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02 (2003) Rec. I-12575, 23 de octubre de 2003.
- TJUE, *Coleman contra Attridge Law y Steve Law*, Asunto C-303/06 (2008) Rec. I-5603, 17 de Julio de 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 5/1981, de 13 de febrero.
- STC 19/1981, de 13 de febrero.
- STC 22/1981, de 2 de junio.
- STC 38/1981, de 23 de noviembre.
- STC 24/1982, de 13 de mayo.

- STC 77/1985, de 27 de junio.
- STC 88/1985, de 19 de julio.
- STC 64/1988, de 12 de abril.
- STC 84/1989, de 10 de mayo.
- STC 120/1990, de 27 de junio.
- STC 36/1991, de 14 de febrero.
- STC 292/1993, de 18 de octubre.
- STC 106/1996 de 12 de junio.
- STC 177/1996, de 11 de noviembre.
- STC 46/2001, de 15 de febrero.
- STC 151/2004, de 20 de septiembre.
- STC 38/2007, de 15 de febrero.
- STC 128/2007, de 4 de junio.
- STC 51/2011, de 14 de abril.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS, 19 de junio de 1996, (núm. de recurso 2743/1995).
- STS, 30 de abril de 1997, (núm. de recurso 3561/1996).
- STS, 23 de mayo de 2000, (núm. de recurso 2695/1999).
- STS, 11 de abril de 2001, (núm. de recurso 4181/2000).
- STS, 12 de diciembre de 2001, (núm. de recurso 3877/1999).
- STS, 17 de diciembre de 2001, (núm. de recurso 1737/2001).
- STS, 19 de diciembre de 2001, (núm. de recurso 3339/2000).
- STS, 4 de febrero de 2002, (núm. de recurso 1018/2001).
- STS, 10 de julio de 2002, (núm. de recurso 4732/2000).
- STS, 9 de julio de 2003, (núm. de recurso 1945/2002).
- STS, 19 de septiembre de 2005, (núm. de recurso 6495/2003).

OTRAS INSTANCIAS

- Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Murcia núm. 279/2000, 28 de septiembre.
- Sentencia núm. 1126 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 27 de octubre 1997.
- Sentencia núm. 262 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, 26 de febrero de 2001.
- Sentencia núm. 958 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, 9 de septiembre de 2002.