

LIBERTAD RELIGIOSA Y CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO **Palabras Clave:** Libertad religiosa, contrato de trabajo, derecho fundamental, puntos de conflicto, ponderación, acomodación

El trabajo versa sobre el derecho fundamental a la libertad religiosa en el contrato de trabajo en la forma en que ha sido entendida por la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, y con la finalidad de proporcionar elementos interpretativos necesarios para valorar el alcance de las resoluciones judiciales, se dedica una primera parte al estudio del propio concepto de libertad religiosa y su contraposición real con es de libertad ideológica del que, en una concepción general, forma parte. A este efecto el estudio se detiene en establecer las diferencias entre ambas libertades así como a precisar el contenido de la libertad religiosa y sus manifestaciones, con especial mención a la entidad de las convicciones y a la relación directa de las mismas con el trabajo. Establecido lo anterior, el análisis se centra en la relación entre libertad religiosa y contrato de trabajo, partiendo siempre de la jurisprudencia del Tribunal, lo que no impide que también se tengan en consideración otras resoluciones judiciales, sean del THUE como de los tribunales españoles al respecto. Partiendo de este objetivo, el artículo plantea una serie de hipótesis o preguntas referidas a todas las dimensiones de esa relación, ofreciendo respuestas críticas basadas en la jurisprudencia citada.

ABSTRACT **Key Words:** Religious freedom, employment contract, fundamental right, points of conflict, jurisprudential solutions, weighting, accommodation

The work it turns on the fundamental right to the religious freedom in the employment contract in the form in which it has been understood by the jurisprudence of the ECHR. Nevertheless, and with the purpose of providing interpretive necessary elements to value the scope of the judicial resolutions, it is dedicated the first part to the study of the own concept of religious freedom and his royal contraposition to that of ideological freedom of which, in a general conception, it forms a part. To this effect the study stops in establishing the differences between both freedoms as well as to need the content of the religious freedom and his manifestations, with special mention to the entity of the convictions and to the direct relation of the same ones with the work. Established the previous thing, the analysis centres already on the relation between religious freedom and employment contract, dividing always of the jurisprudence of the ECHR, which does not prevent that also other judicial resolutions are had in consideration, be of the CJEU as of the Spanish courts in the matter.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS LIBERTADES DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN: ¿IDENTIDAD O DIFERENCIACIÓN?
 - 2.1. La concepción unitaria de las libertades ideológica y de religión: sus razones
 - 2.2. Las pruebas de la diferenciación de la libertad religiosa por oposición a la libertad ideológica y sus consecuencias
3. LOS CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA FRENTE A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA. LAS EXIGENCIAS DE SOLIDEZ DE LAS CONVICIONES Y DE RELACIÓN DIRECTA ENTRE EL ACTO Y LA CREENCIA RELIGIOSA
4. EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y CONTRATO DE TRABAJO
5. EL DERECHO A PORTAR SÍMBOLOS O ATUENDOS, O A ADOPTAR UNA DETERMINADA APARIENCIA FÍSICA VINCULADA A UNA CONCRETA CONFESIÓN RELIGIOSA
 - 5.1. Los hechos
 - 5.2. Las cuestiones suscitadas y sus respuestas según el TEDH
 - 5.2.1. Si solo la naturaleza normativa de las reglas prohibitivas avala una prohibición general de manifestar las convicciones religiosas o si, por el contrario, también pueden imponerlas normas privadas de carácter interno en la empresa; y con qué fundamentos en cada caso
 - 5.2.2. Si, al margen de la existencia o inexistencia de las normas y criterios generales en la empresa, el carácter imperativo, ahora de las reglas religiosas, refuerza la exigencia de su respeto por parte de la empresa, lo que no sucedería cuando tales normas religiosas no son de obligado cumplimiento
 - 5.2.3. Si la inexistencia de reglas, tanto generales como de empresa, de carácter prohibitivo refuerza la posición de la trabajadora y si resulta por ello más exigente y rigurosa la alegación de los valores e intereses que puede enarbolar la empresa para prohibir a sus trabajadores las manifestaciones de tipo religioso
 - 5.2.4. Si tienen prevalencia frente a la libertad religiosa los principios contractuales de buena fe y de obligado respeto a las reglas pactadas en el contrato de trabajo
 - 5.2.5. Si puede utilizarse como argumento empresarial para no aceptar la pretensión del trabajador de manifestar su convicción religiosa el rechazo a esa apariencia por parte de los clientes o usuarios de la empresa
 - 5.2.6. Si el comportamiento de la empresa ofreciendo un puesto de trabajo alternativo puede ser considerado una oferta empresarial adecuada para hacer viable, dentro de lo posible, el derecho del trabajador a manifestar públicamente sus creencias religiosas o el cumplimiento de sus prácticas religiosas
6. LIBERTAD RELIGIOSA DEL TRABAJADOR Y ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO EN LA EMPRESA
 - 6.1. Libertad religiosa y adaptación de las tareas laborales
 - 6.2. Libertad religiosa y acomodación de los horarios y los descansos
7. BREVE REFERENCIA A LAS EMPRESAS DE TENDENCIA

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo está dedicado al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) relativa al art. 9 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH, en lo sucesivo)¹, artículo que tiene como título el de *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*. Más concretamente, el estudio se ciñe a la proyección de la libertad religiosa en el ámbito específico del contrato de trabajo, valorada teniendo en cuenta esencialmente las resoluciones emanadas del TEDH al respecto.

Pese a la existencia de un propósito tan limitado y preciso, su puesta en práctica requiere, para un mejor y más adecuado conocimiento de la jurisprudencia del TEDH, dejar sentadas una serie de cuestiones previas que se abordarán en los epígrafes que siguen. Estas cuestiones son las siguientes: a) En primer lugar, la de si las libertades mencionadas en el art. 9 son manifestaciones de una misma y unitaria libertad, que podría calificarse como libertad ideológica²; o si, por el contrario, se trata de libertades diferenciadas y autónomas, particularmente por lo que hace a la libertad religiosa; b) En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, lo referido a la determinación de en qué forma se establece la frontera entre la mera libertad de pensamiento y de conciencia y la libertad religiosa, algo inevitable desde luego si ésta se considera un derecho independiente, pero también si integrado en la libertad ideológica en la medida en que sea necesario y adecuado precisar el tipo concreto de manifestación de la libertad ideológica que puede ser objeto de lesión.

Por otra parte, el restringir el objetivo de este artículo, como lo indica su título, al análisis de la libertad religiosa se debe a que el art. 9 CEDH ha sido utilizado, casi de forma exclusiva, como fundamento de las solicitudes basadas en el ejercicio de dicha libertad. De manera que, aunque el art. 9 CEDH se refiere también a otras libertades como las de pensamiento y conciencia, lo cierto es que el fenómeno religioso monopoliza prácticamente su aplicación. Tanto, de forma muy reiterada y abundante, en relación con el respeto por parte del Estado,

¹ Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y cuyo texto puede encontrarse en el BOE de 6 de mayo de 1999, donde se publica la versión en vigor. El art 9 del CEDH dice así:

"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 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 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."

² De esta opción deja constancia, por ejemplo, ROSARIA FERRO, P.M., en "El derecho a la libertad religiosa y su tutela en el marco de un nuevo constitucionalismo europeo", *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 8/2016, pp. 55 a 60.

en cualquiera de sus manifestaciones, de la libertad religiosa de los ciudadanos; como en lo que hace a ese respeto en el contexto de una relación, pública o privada, de prestación de servicios en situación de subordinación. De aquí que el presente trabajo se haya decantado por ceñirse a la libertad religiosa, anticipando una diferenciación respecto de las demás libertades ideológicas cuyo fundamento se tratará en el siguiente epígrafe.

Hecho lo anterior, la segunda parte del trabajo se destinará al análisis, como prometido, de la jurisprudencia del TEDH en torno a la relación entre la libertad religiosa como derecho fundamental y el contrato de trabajo, pudiéndose ya destacar, incluso en un primer acercamiento, una serie de puntos de conflicto³. Así, el que el hecho de profesar una determinada convicción religiosa, o de no profesarla, quede absolutamente excluido, salvo en las llamadas empresas de tendencia, como una circunstancia que pueda tener algún tipo de relevancia, tanto para la contratación como para el establecimiento de cualquier condición laboral, no estando el sujeto obligado a declarar acerca de sus creencias; un derecho absoluto salvo en lo que se refiere a las llamadas empresas o tareas de tendencia que se verán al final del presente trabajo. Otro punto de conflicto se suscita en torno a si es posible que, teniendo en consideración determinados intereses empresariales, éstos puedan ser fundamento para una limitación de las expresiones religiosas, individuales y colectivas, o para regular restrictivamente el uso de atuendos, símbolos o señales o apariencias físicas que identifiquen una religión concreta. Por último, el posible conflicto entre el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa y las exigencias de la organización productiva, esencialmente en cuanto a la organización del trabajo, las pausas, los horarios y los tiempos de trabajo y de descanso.

Como se indicado ya, el artículo se cierra con una referencia específica a las llamadas empresas de tendencia o tareas de tendencia en las que, como se sabe, entran en conflicto dos libertades, ideológicas o, en lo que aquí interesa, muy habitualmente religiosas con diferente titular: la de la empresa religiosa, dedicada a crear y difundir su credo o ideario, y la del trabajador individual que pretende o desarrolla una actividad productiva en beneficio de tales empresas.

2. LAS LIBERTADES DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN: ¿IDENTIDAD O DIFERENCIACIÓN?⁴

³ De puntos o focos de fricción habla VALDÉS DAL RE, F. “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, en el volumen *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, 2006, p. 569-570 y 575-

⁴ Sobre este debate, POLO SABAU, J.R. “El artículo m16 de la Constitución española en su concepción y desarrollo. Cuarenta años de laicidad y libertad religiosa”. *Revista de Derecho Político*, 100/2017, pp. 321-345.

2.1. La concepción unitaria de las libertades ideológica y de religión: sus razones

El art. 9 CEDH no reconoce a la libertad religiosa de forma absolutamente independiente de las demás libertades; por el contrario, la recoge en una enumeración secuencial con otras dos libertades como son la de pensamiento y de conciencia. Así lo hace también, y de forma idéntica, el art. 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, a partir de ahora)⁵.

A la vista de lo dicho podría afirmarse que, en el CEDH, al ubicarse la libertad religiosa en una enumeración de derechos dotados por el mismo art. 9 de una regulación unitaria, ello constituye la prueba de la intención del legislador de proporcionar un tratamiento igual al ejercicio de cualquiera de esas libertades ya que se trataría de derechos de semejante naturaleza, factura y alcance; siendo su variada mención más una enumeración ejemplificativa, descriptiva y meramente enunciativa que un repertorio específico de derechos distintos. Se trataría por tanto de una serie de libertades claramente emparentadas entre sí hasta el punto de poder formularlas como expresiones de una única y general libertad, llámese de pensamiento, de conciencia, de convicciones, términos todos usados por el art. 9 CEDH; o ideológica o de creencias, como hace el art. 16 de la Constitución Española (CE, a partir de ahora)⁶.

Desde esta perspectiva, la genérica libertad ideológica daría acogida a toda la gama posible de convicciones o creencias⁷. En primer, lugar, las que consistan en una visión completa y estructurada de la existencia; lo que se refiere, sin duda aunque no exclusivamente, a la libertad religiosa (que funda esa concepción en una visión integral, fideísta, sobrenatural y dogmática como compendio de credos o afirmaciones reveladas) pero también a otras formas de pensamiento, filosófico, ético o moral, igualmente complejas y estructuradas y que se fundamentan en valores no religiosos sino expresivos de una espiritualidad que podríamos denominar como laica o humanística sin contenido específicamente religioso. En segundo lugar, la libertad ideológica también acogería otro tipo de creencias, que en muchos casos pueden ser parciales y frecuentemente nada o poco estructuradas en cuanto cuerpo asistemático de ideología, pero que, no obstante, reflejan las

⁵ Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2000 (2000/C 364/01).

⁶ Art. 16 CE:

1. *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.*

2. *Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*

3. *Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.*”.

⁷ Carazo Liébana, M. J. “El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental”, *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política*, 14/2011, p. 45. y Rosario Ferro, cit. pp. 55-60.

opciones personales por una específica manera de entender, en función de unos concretos valores o principios, todos o algunos de los fenómenos sociales así como los vinculados a la existencia humana.

El tratamiento igualitario⁸ de las diferentes libertades se manifiesta, por otra parte, en el propio art. 9 CEDH el cual garantiza que esas libertades, sean de pensamiento, de conciencia o de religión, puedan ejercitarse libremente mediante manifestaciones, individuales o colectivas, en público o en privado, y que pueden expresarse a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de ritos. Algo que puede ser manifestación tanto de la libertad de pensamiento y de conciencia como de la libertad religiosa, salvo obviamente en lo relativo al culto que tiene una clara y manifiesta impregnación religiosa. Incluso, cuando el art. 9 se refiere a las limitaciones que pueden imponerse a las libertades que menciona, se remite a iguales parámetros de respeto a la ley, la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas. Una identificación que también está presente en el art. 16 CE donde la libertad ideológica (compendio evidente a la libertad de pensamiento y de conciencia) se acompaña de la libertad religiosa (que, lógicamente, incluye la de culto) y ambas se garantizan, tanto a individuos como a comunidades, en lo que hace a sus manifestaciones, sin más límite, común para ambas, que el orden público. De la misma forma, en fin, que se establece un tratamiento igual para ambas libertades en cuanto a la prohibición de que alguien sea obligado a declarar sobre su ideología y religión.

2.2. Las pruebas de la diferenciación de la libertad religiosa por oposición a la libertad ideológica y sus consecuencias

Pese a lo dicho en el apartado anterior, no es una conclusión indiscutible que las tres libertades, de pensamiento, de conciencia y de religión (en el CEDH y en la CDFUE) o las libertades ideológica y religiosa (en la CE) tengan un tratamiento igual como si la libertad religiosa fuera solo una dimensión o un aspecto de la más general libertad ideológica. Por el contrario, la libertad religiosa, por todo tipo de razones históricas, culturales, sociales e incluso políticas, aparece de forma diferenciada, sea o no considerada como un derecho fundamental autónomo y distinto de la libertad ideológica.

Así sucede en los textos normativos mediante una formulación por oposición que tiende a establecer una diferenciación neta entre la libertad religiosa y las demás libertades expresivas de otro tipo de convicciones. Se trata de una oposición conceptual o bipolar que puede apreciarse en el mismo art. 9 CEDH cuando sintetiza las libertades de pensamiento y de conciencia en el concepto de convicciones, mientras que conserva, como oposición a esas convicciones, las que se

⁸ Idéntico tratamiento, incluso literal, reciben esas libertades en el art. 10 de la CDFUE.

relacionan con el hecho religioso. Una dualización que es aún más clara en el art. 16 CE, viniendo a negar en la práctica que la libertad religiosa sea una expresión más de la libertad ideológica, constituyéndose en cambio como un derecho análogo pero diferente y alternativo del más amplio que se acoge bajo los conceptos de ideología, conciencia o convicciones. De la plasmación de esta diferenciación es un ejemplo claro, en el derecho español, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (LO7/80 en lo sucesivo), exclusivamente dedicada a regular la libertad religiosa sin que, en paralelo, se haya aprobado una similar Ley Orgánica destinada a la libertad ideológica.

Esta diferenciación puede tener implicaciones importantes. Como la de acabar atribuyendo incluso un valor especial a la libertad religiosa frente a la libertad ideológica, como se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC, en lo sucesivo) 141/2000, de 29 de junio, la cual hace frente a la demanda de lesión de derechos fundamentales de un progenitor divorciado, partidario o miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, que ve limitados por la jurisdicción ordinaria de forma grave sus derechos de visita a los hijos debido a la alegación, por parte del otro progenitor, del posible daño que tales creencias podrían causar a los menores al considerar tal movimiento una secta (y, en consecuencia no protegida por la libertad religiosa aunque puede que tampoco por la libertad ideológica), con su connotación negativa de limitación del libre juicio, particularmente en el caso de los menores de edad. Lo llamativo es que el TC considera las medidas impuestas por los tribunales de familia lesivas del derecho fundamental recogido en el art. 16 CE por excesivas y desproporcionadas; pero no en cuanto al hecho en sí del tratamiento privilegiado de la libertad religiosa (católica en este caso) frente a lo que está fuera de su ámbito de aplicación por tratarse de convicciones que no pueden ser consideradas religiosas, dando preeminencia a la libertad religiosa frente a la más general libertad ideológica.

Para llegar a su conclusión, el TC hace un recorrido argumental lleno de elementos conceptuales y diferenciaciones discutibles y que, sobre todo, imponen un tratamiento mucho menos protector de las convicciones no religiosas o que se aparten de las confesiones clásicas más establecidas. Así, aunque el movimiento al que se adscribe el demandante es el llamado Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, el TC duda de si se trata de una convicción secular o religiosa, lo que inevitablemente y de forma un tanto subconsciente acaba relegando a esas convicciones al territorio, más difuso y menos tutelado, de las convicciones no religiosas. En la misma línea, el TC manifiesta una evidente desconfianza en tal Movimiento ya que, aunque rechace que se trata de un secta ya que su dimensión dañina no ha sido probada, sin embargo, acepta expresamente que la limitación impuesta al demandante de manifestar sus creencias ante sus hijos y de llevarlos a participar en actos concretos relacionados con esas creencias, sí es razonable, con alegaciones que se conectan con la tutela de los derechos del niño. Una conclu-

sión muy grave que podría estar en contradicción con el art. 27.3 CE que atribuye a los padres el derecho a que sus hijos reciban la enseñanza, no solo religiosa sino también moral, que se corresponda con sus propias convicciones y que, desde luego, solo se ve satisfecho permitiendo a ambos padres introducir a los hijos en sus propias convicciones, sean o no institucionalmente reconocidas como confesiones religiosas y pertenezcan o no a las llamadas confesiones tradicionales y más consolidadas.

En cuanto al TEDH, esa diferencia, y una sutil jerarquización, entre la libertad religiosa y otras libertades no expresivas de convicciones religiosas, también se deja ver, atribuyendo igualmente al dato religioso un diverso y mayor relieve. Sin duda debido a rasgos que caracterizan a las confesiones religiosas como su presencia histórica, social, cultural y política, su extensión geográfica y personal, la densidad y coherencia de su cuerpo doctrinal y su proyección sobre todos los órdenes de la vida. De aquí que el TEDH proceda siempre, previamente al análisis de fondo de la reclamación, a determinar no solo qué artículo concreto del CEDH resulta afectado sino, más aún y aceptando de que se trata del art. 9 CEDH, a fijar si el comportamiento que se reprocha, sea de un sujeto público o privado, es una lesión a la libertad ideológica o si, por el contrario, lo es de la más específica libertad religiosa.

Dejando al margen, por ahora, el tema concreto de cómo delimitar las imprecisas fronteras entre el hecho religioso y el hecho ideológico, lo cierto es que, una vez que el comportamiento se haya identificado con la libertad religiosa, el juicio acerca de si tal libertad ha sido o no dañada se hará ya conforme a criterios interpretativos directamente relacionados y aplicables a esa misma libertad y que tienden imperceptiblemente a favorecerla frente a la más general libertad ideológica. Un ejemplo de ello es el Asunto Lautsi y otros contra Italia, Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 18 de marzo de 2011⁹ en la que la demandante, en nombre propio y de sus hijos menores, plantea la lesión de su derecho a la libertad religiosa y del principio de neutralidad del Estado, impuesto por la Constitución italiana, debido a la existencia de símbolos religiosos en las aulas de la enseñanza obligatoria pública.

Para el TEDH, desde el momento en que la libertad religiosa está orientada a salvaguardar la posibilidad de un pluralismo educativo, ello implica que el Estado debe atender a que las informaciones o conocimientos que figuren en los programas educativos se difundan de manera objetiva, crítica y pluralista frente al hecho religioso, al margen de todo propósito proselitista o de adoctrinamiento. Además, para el TEDH la obligación de respeto y neutralidad del Estado no se ciñe solo a los programas formativos y a los textos de enseñanza ya que se impone igual-

⁹ Cuestión ya abordada anteriormente por la Sección Segunda del TEDH en Sentencia de 3 de noviembre de 2009, en un sentido corregido en el año 2011 por la Gran Sala. Un comentario a la primera de las sentencias, Lozano Contreras, F. “La presencia de crucifijos en las aulas frente al derecho a la educación y a la libertad religiosa en la enseñanza pública”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 35/2010, pp. 223-237.

mente al conjunto de las funciones y responsabilidades estatales en este ámbito; lo que incluye sin duda alguna todo lo relativo al entorno en el que se imparten las enseñanzas..

Pero, una vez llegado a este punto, la Gran Sala del TEDH, aunque con contradicciones y votos disidentes, concluye que la presencia de los crucifijos en las aulas italianas es el fruto de una evolución histórica que le da una connotación cultural e identitaria que, en sí misma, no lesiona la libertad religiosa de los padres y alumnos que no profesan esa religión. Finalmente, es el carácter de símbolo pasivo del crucifijo (seguramente para evitar el reproche de adoctrinamiento en el que se basaba la reclamación) así como el que la imagen identifique a una religión mayoritaria en el país e integrada en los usos culturales de la población, lo que hace legítima, según el TEDH, esa visibilidad preponderante de la religión católica. En todo caso, señala el TEDH, es al Estado y a sus órganos judiciales a quienes corresponde establecer si determinados comportamientos son o no contrarios a la libertad religiosa; para lo que tiene un llamado margen de apreciación, obviamente no ilimitado, pero necesario y obligado por la complejidad nacional de ese tipo de hechos¹⁰; una remisión a la singularidad nacional, con su carga de maniobrabilidad, que no está tan presente en los casos en los que es sencillamente la ideología más general la que está en juego.

Como puede verse, la tutela de la libertad religiosa se alza, de forma muy intensa, frente a la mera libertad ideológica o a la libertad negativa de no profesar ninguna religión. Así lo pone de manifiesto una de las opiniones individuales emitidas (la del Juez Bonello) que, siendo radicalmente partidario del mantenimiento del crucifijo en las aulas por no lesionar la libertad religiosa, llega a afirmar que, a la vista de las raíces históricas de la presencia del crucifijo en las aulas italianas, retirarlo de donde se encuentra discreta y pasivamente desde hace siglos no sería un signo de neutralidad sino “una adhesión positiva y agresiva al agnosticismo o a la laicidad lo que sería todo menos un acto neutral”.

Es cierto que esta prevalencia del hecho religioso, y la pretensión de acogerse a la libertad religiosa, refuerza en la práctica, aunque obviamente no la haga inmune, la posición del titular de esa libertad. Pero no solo, como ha quedado dicho, frente a la libertad ideológica general del individuo (algo que puede valorarse como inadecuado y negativo) sino también (lo que puede ser positivo) frente a cualquier otro derecho fundamental o valor constitucional como pueden ser los defendidos por el Estado (laicidad, neutralidad o aconfesionalidad), los derechos de los que son titulares los terceros, o (dejando nuevamente al margen a las empresas de tenencia) los intereses económicos asociados a la libertad de empresa. Algo, esto último, que se trasluce, aunque no siempre, en las resoluciones del TEDH.

¹⁰ A ese margen interpretativo se refería ya la Sentencia del TEDH, de 25 de mayo de 1993, Asunto Kokkinakis contra Grecia, donde se señala que los Estados tienen un cierto margen de apreciación para juzgar la existencia de una injerencia en la libertad religiosa, si bien recuerda que ello no excluye un control europeo sobre la ley nacional y las decisiones que la aplican.

3. LOS CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA FRENTE A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA. LAS EXIGENCIAS DE SOLIDEZ DE LAS CONVICCIONES Y DE RELACIÓN DIRECTA ENTRE LA CREENCIA RELIGIOSA Y EL ACTO O COMPORTAMIENTO

En cuanto a la identificación del hecho religioso, el TEDH ha aplicado un criterio muy generoso, acogiendo en el mismo una amplísima gama de convicciones que considera de esa naturaleza y cuya tutela, en consecuencia, puede acogerse al art. 9 CEDH bajo esta concreta calificación de la libertad que se ejercita. De esta forma, ha reconocido que pueden ser consideradas convicciones religiosas: en primer lugar, las religiones tradicionales y consolidadas como el alevismo, el budismo, toda la gama de convicciones cristinas incluso minoritarias y circunscritas geográficamente, el hinduismo incluyendo el movimiento Hare Krishna, el islam, el judaísmo, el sikhjismo o el taoísmo; en segundo lugar, religiones relativamente nuevas como el animismo de Mandaron, el movimiento Bhagwn Shree Rajneesh, llamado Osho, la iglesia Moon, el mormonismo, el movimiento raeliano, el neopaganismo, la religión del Santo Daime, o los testigos de Jehová o incluso la iglesia de la cienciaología¹¹; también, en tercer lugar, una serie de confesiones filosóficas como el pacifismo, el veganismo, el apoyo a la laicidad así como cuestiones más específicas como las medicinas alternativas y la oposición al aborto o a las uniones del mismo sexo.

Seguramente influye en esta concepción laxa de lo religioso el que el mismo TEDH haya sostenido que carece de competencia para pronunciarse sobre cuestiones teológicas, sin que pueda entrar en la controversia acerca de qué convicciones, y manifestaciones de éstas, tienen o no la condición de religiosas, subrayando que, si a efectos de su razonamiento, está obligado a considerar términos y conceptos religiosos, solo lo hace con la estricta y limitada finalidad de establecer si es aplicable el art. 9 CEDH. Para lo que no es determinante, continúa, el hecho del reconocimiento o no por el Estado de tal confesión como religiosa ya que lo contrario sería atribuir al Estado la facultad de establecer qué convicciones lo son; ni tampoco lo es, de forma absoluta, el hecho de que la asociación religiosa de que se trate se dedique a actividades lucrativas, aunque diferenciando entre el mensaje estrictamente religioso y el comercial¹².

En cuanto al ateísmo, partiendo del hecho de que esa corriente de pensamiento lo que expresa es *“una cierta concepción metafísica del hombre, que condi-*

¹¹ Ver en este sentido la *Guía sobre el artículo 9 del Convenio europeo de derechos del hombre. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2018, pp. 9-11.

¹² *Ibidem*, p. 11. De forma amplia, la Sentencia, del 24 de abril de 2016, en el asunto Izzetin Dogan y otros contra Turquía, respecto de la reclamación al Estado por parte de los seguidores del alevismo de un servicio público religioso similar al que disfrutaban en Turquía los adeptos a la corriente más ordinaria y numerosa del islam.

ciona su percepción del mundo y justifica su acción”, el TEDH sostiene que no puede ser válidamente diferenciado de un culto religioso en el sentido más clásico y habitual. Y, por tanto, no se puede atribuir al ateísmo un estatuto radicalmente diferente del que se dota a las convicciones religiosas; finalizando su argumentación con la afirmación de que la libertad personal de convicciones, pero también la de religión, *“es un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes”*¹³.

Y ello aunque el propio TEDH haya dicho en repetidas ocasiones que no todas las creencias y convicciones forman parte, obviamente, del campo de aplicación de la libertad religiosa, como sucede en el asunto Pretty contra el Reino Unido¹⁴, acerca de un supuesto en el que el marido de una enferma grave y terminal reclamaba de la Administración de Justicia inglesa no ser perseguido en el caso de que decidiera ayudar a suicidarse a su esposa. La alegación del principio de autonomía personal no tiene para el TEDH valor religioso alguno en el caso, no siendo el comportamiento descrito una forma de manifestación de la religión ya que el término *“prácticas”* establecido en el art. 9 para referirse a las manifestaciones de la libertad religiosa *“no da cobertura a todo acto motivado o influenciado por una religión o una convicción”*. Lo que, por cierto, introduce una nueva línea divisoria, más sutil, entre actos que se consideran práctica de la religión y otros que solamente están influenciados, general o indirectamente, por una determinada confesión religiosa.

Lo dicho contrasta en España con lo establecido en el artículo tercero, número dos, de la LO7/80, el cual tiene como finalidad determinar el ámbito de aplicación de la Ley, indicando qué tipo de convicciones tienen carácter religioso y cuáles no¹⁵. Conforme a él, todas las actividades (referencia que debe considerarse comprensivas de cualquier actividad, servicio o comportamiento ya se trate de reuniones, actos rituales o manifestaciones aisladas o singulares de todo tipo) que se vinculen a finalidades ajenas a lo religioso se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la LO7/80, como sucede, y así lo dice expresamente el artículo, con el estudio y la experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos, la difusión de valores de tipo humanístico o espiritualista u otros análogos como los éticos o morales.

Se trata de una diferenciación que, no obstante, arroja muchas dudas. Porque si bien la identificación de lo religioso con las confesiones reconocidas y consolidadas cultural y socialmente no ofrece dudas, no es tan fácil de establecer respec-

¹³ Sentencia del caso Kokkinakis contra Grecia citada en la nota 10. VALDÉS DAL RE, cit. pp. 584-585.

¹⁴ Sentencia de la 4ª Sección del Tribunal de 29 de abril de 2002.

¹⁵ Artículo tercero, dos, de la LO7/80: *“Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos”*.

to de fenómenos como las convicciones religiosas emergentes o minoritarias, las no institucionalizadas, las creadas a partir de procesos de divergencia confesional, así como en relación con otras creencias fundadas, no en la afirmación y difusión de una religión concreta, sino justamente en el rechazo, a unas o a todas, como es característico de los movimientos ateos, agnósticos o arreligiosos.

En todo caso, de aplicar estrictamente el artículo tercero de la LO7/80, lo que se produce es un evidente punto de fricción con la jurisprudencia del TEDH antes referida. Si bien todo depende, lógicamente, de la interpretación que se dé a dicho artículo: si flexible, en la línea del TEDH, o restrictiva mediante un entendimiento limitativo de lo que debe ser entendido por religión. Para responder a esta pregunta, y buscando otros elementos interpretativos en el texto de la misma LO7/80, todo parece indicar que la Ley se decanta por una visión estricta de lo que es ejercicio de la libertad religiosa, sometiéndola prácticamente al dato de la institucionalización. Así puede desprenderse del artículo quinto referido a un registro de iglesias, confesiones y comunidades religiosas; un registro que es verdad que solo puede ser declarativo ya que no compete al Estado calificar si determinados comportamientos son o no expresivos de la libertad religiosa. Pero que, no obstante, sí implica la idea de que, a los efectos de la LO7/80, la libertad religiosa individual se ejercita normalmente en el seno de alguna de las confesiones religiosas de las que son representación las iglesias, confesiones y comunidades a que se refiere la LO7/80 y que, normalmente, figurarán identificadas en el pertinente registro.

Una visión, pues, institucional de lo que significa la libertad religiosa en cuyo marco, los comportamientos individuales podrán ser considerados sin duda ejercicio de dicha libertad. Es decir, confesiones institucionalmente estructuradas y dotadas de una cierta implantación y reconocimiento; con arraigo social y territorial, con un fin claramente religioso en cuanto dedicadas a la observancia y difusión de un credo fideístico, que tienen una cierta estructura institucional y que se expresan colectivamente a través de las agrupaciones en las que confluyen las convicciones de los individuos y que se identifican con iglesias, confesiones y comunidades religiosas, específicamente inscritas en el registro.

Pero esa visión expulsa de la libertad religiosa a los adeptos a otras confesiones que no tienen esas características y de las que puede dudarse si se pueden amparar en el art. 9 CEDH por no quedar claro si se trata o no de confesiones religiosas. De aplicar esta interpretación, quedarían excluidas de la libertad religiosa regulada por la LO7/80, acogiéndose en todo caso a la más general libertad ideológica, además de las organizaciones carentes de una finalidad religiosa en la medida en que defienden otros valores éticos, morales o humanísticos, las creencias religiosas sin estructura institucional o sin arraigo, y también las convicciones que se apoyan no tanto en la práctica de una determinada religión sino en la negación misma del hecho religioso.

No obstante, el contraste con la jurisprudencia del TEDH puede salvarse si se parte de una exigencia y se ofrece una interpretación diferente de la LO 7/80. En cuanto a lo primero, haciendo que juez nacional maneje un concepto de lo religioso lo suficientemente extenso y flexible, mediante una interpretación proclive a aceptar la presencia de esa dimensión de la libertad personal si es la que se ha alegado como lesionada por el reclamante. Además, el juez debe partir de que la descripción que hace el artículo tercero LO 7/80 de las convicciones que no se consideran religiosas constituye una excepción al concepto de actividad religiosa y como tal debe ser interpretada restrictivamente, refiriéndose en esencia a las que ninguna conexión tienen con la religión y que así lo han expresado o se desprende claramente de sus fundamentos, objetivos y medios. En la práctica, lo anterior significa que deberá primeramente dilucidarse, de forma flexible y no restrictiva, si la lesión alegada lo es o no de la libertad religiosa y, solo excluyéndolo, plantearse, de forma residual, si la libertad que puede entenderse lesionada es la ideológica.

Por otra parte, el mensaje institucional de las confesiones religiosas que se desprende de la LO 7/80 puede dejarse al margen en este conflicto clasificatorio si se considera que todas las referencias institucionales a las confesiones religiosas que se contienen en los artículos cuatro y siguientes de la LO 7/80 tienen valor más bien en el plano de la relación entre tales iglesias y el Estado, lo que podría llamarse la dimensión objetiva de la libertad religiosa¹⁶. Pero menos en lo que se refiere al ejercicio individual de dicha libertad, por lo que el contexto normativo de la LO 7/80 no sería utilizable para favorecer una interpretación restrictiva a institucionalizada del artículo tercero en cuanto a la existencia o no de una libertad religiosa dañada.

Pese a la amplitud descrita del concepto de lo religioso, existe un rasgo vital de esas confesiones sobre el que el TEDH basa su calificación de confesión religiosa¹⁷, y es la solidez y consistencia de las mismas. Por este motivo dice el TEDH que para que una convicción personal o colectiva pueda acogerse a la libertad religiosa (o ideológica), es preciso que tenga un grado suficiente de fuerza, de seriedad, de coherencia y de importancia¹⁸. Es decir, que sea conforme a ciertas

¹⁶ Carazo LiébanA, cit. pp. 42-43.

¹⁷ Aunque es también una exigencia para la libertad ideológica (Sentencia de la 4ª Sección del TEDH, de 15 de enero de 201, en el asunto Eweida y otros). Un reflejo de este tipo de argumento se encuentra en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ, en lo sucesivo) del País Vasco, de 5 de marzo de 2002 (AS/2002/1527) en el caso del despido de la secretaria técnica del Colegio de Abogados de Alava, entendiendo la trabajadora que tal decisión se adopta por “chocar con las ideas de la Junta de Gobierno” y alegando que se ha vulnerado su libertad ideológica. Frente a ello, el TSJ, al margen de rechazar tal alegación de lesión del derecho fundamental regulado por el art. 16 CE por no apreciarse indicios de la misma al no haber sido probados por la reclamante, rechaza lo que considera una banalización del concepto de ideología que requiere una cierta solidez y consistencia y que no puede confundirse con unas concretas opiniones sobre determinadas decisiones de la Junta de Gobierno del Colegio.

¹⁸ Valdés Dal Re, cit. p. 585, citando la Sentencia del TEDH en el caso Campbell y Cosans contra el Reino Unido, de 25 de abril de 1982.

reglas fundamentales respetuosas de la integridad y la dignidad del hombre; que la convicción verse sobre cuestiones que no sean banales, extravagantes o anecdóticas, y que sea coherente, es decir, inteligible y comprensible. Este conjunto de adjetivos debe ser interpretado en el sentido de que se exige a esas creencias que se alegan como religiosas que estén dotadas de un cierto cuerpo doctrinal, que se trate de una visión más o menos omnicomprendiva del mundo y del reflejo en él de las propias convicciones, y que tenga una cierta mínima implantación y presencia social.

Por ello el TEDH a la hora de calificar unas conductas como expresivas del ejercicio de la libertad religiosa no puede eludir el indagar acerca de la entidad y consistencia de tales creencias. Aunque ello implique penetrar en un terreno, el de la calificación religiosa de determinadas convicciones, respecto del cual entiende que ni el Estado, ni el propio TEDH, tienen competencias. Así lo ha dicho en la Sentencia del caso Eweida y otros¹⁹ al afirmar que *“el deber de neutralidad y de imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier poder de apreciación por su parte de la legitimidad de las convicciones en cuestión o de la manera cómo se expresan”*; y que el propio TDEH tampoco es competente para pronunciarse sobre cuestiones *“puramente teológicas, entrar en controversias en este terreno o determinar con autoridad cuáles son las creencias, los principios y las exigencias de tal o tal religión”*. Lo que no excluye, el que, a efectos del propio razonamiento, el TEDH pueda recurrir a ciertos términos y conceptos religiosos²⁰.

Es claro que esta exigencia a las convicciones de solidez y de consistencia favorece a las iglesias y confesiones institucionalizadas, de las que no se duda que están dotadas de los atributos exigidos; e, inevitablemente, coloca en peor posición a convicciones, incluso claramente religiosas, pero no fruto de un pensamiento integral y codificado, o expresivas de un mensaje más o menos insustancial, más superficial o incluso incoherente, o a religiones absolutamente minoritarias. No obstante, esta exigencia del TEDH no puede ser criticada, so pena de introducir tal clase de flexibilidad en el concepto de ideología, sea o no religiosa, que llevaría a una banalización del propio concepto tanto en su vertiente secular como la propiamente religiosa.

¹⁹ La Sentencia de la 4ª Sección del TEDH, de 15 de enero de 2013, habitualmente identificada con el asunto Eweida es una resolución en la que se acumulan otros tres asuntos más referidos a la libertad religiosa de los trabajadores, si bien, tratándose en todos los casos de manifestaciones de la fe religiosa, aborda el portar un crucifijo en el medio de trabajo (reclamantes Eweida y Chaplin) o el cambio de la organización del trabajo para acoger convicciones religiosas en concreto la oposición a las uniones de naturaleza homosexual (en el supuesto de los reclamantes Ladele y McFarlane). Dada la diferente fundamentación y pretensiones de cada reclamante, en el trabajo se procederá a citar la Sentencia como Eweida cuando haga afirmaciones de tipo general, como Eweida/Eweida cuando sus afirmaciones estén relacionadas precisamente con la trabajadora que proporciona el nombre genérico a la Sentencia y como Eweida mas el nombre del concreto reclamante en los casos en que sus afirmaciones se ajustan directamente al supuesto de hecho concreto que se juzga (Eweida/Chaplin, Eweida/Ladele y Eweida/McFarlane).

²⁰ En un sentido similar la Sentencia del caso Izzettin Dogan y otros contra Turquía, citada en la nota 11.

En consecuencia y partiendo de lo dicho, no se suscitarán conflictos entre los órganos judiciales nacionales y el TEDH en la medida en que, condicionados por el TEDH, los jueces nacionales apliquen, a la hora de decidir si el hecho de que se trate constituye o no una lesión de la libertad religiosa, criterios muy flexibles y laxos. Y sin requerir necesariamente que dicha confesión religiosa esté dotada de una cierta institucionalización (inscripción en el registro, personalidad jurídica propia, estructura institucional, etc.), aunque es obvio que esta circunstancia decantará con más facilidad la calificación del pelito como referido a la libertad religiosa.

Establecido lo anterior a partir de la constatación de que la confesión en cuestión tiene el grado de fuerza y de importancia requerida, el TEDH señala, una vez más en la Sentencia del caso Eweida²¹, que “*no todo acto inspirado, motivado o influenciado por ella (la religión) puede ser considerado una manifestación del credo religioso*”. De manera que no queda garantizado en todos los casos que el derecho a comportarse de una forma dictada por una convicción religiosa pueda encontrar siempre acogida en el art. 9, no sucediendo así, por ejemplo, cuando los comportamientos o actitudes de que se trata tienen una relación con un principio de fe superficial, interesada, especulativa o como simple pretexto banal o es más bien una forma de sustraerse a reglas que son obligatorias para todos²².

Así lo entiende el TEDH²³ al sostener que para que un determinado acto o comportamiento sea “*calificado de manifestación de la libertad religiosa debe estar estrechamente ligado a la religión o a la convicción*”; un lazo que, “*suficientemente estrecho y directo entre el acto y la convicción*”, debe ser establecido en vistas de las circunstancias de cada caso. Sin aceptar, como se ha precisado antes, que cualquier acto motivado o influenciado por una religión pueda entrar automáticamente en el campo de aplicación del art. 9 CEDH, excluyéndose cuando el factor religioso solo tiene una relación referencial, contextual o indirecta, o carece de una mínima intensidad determinante de los comportamientos personales²⁴.

²¹ Aunque ya lo había dicho en la Sentencia de la 2ª Sección, de 24 de enero de 2006, en el asunto Kurtulmus contra Turquía.

²² Sentencia de la Gran Sala de 10 de noviembre de 2005, en el asunto Layla Sahin contra Turquía en relación con una estudiante que pretendía portar el velo islámico en las instalaciones y cursos de la Facultad de Medicina, alegando que la prohibición general existente en Turquía en cuanto a los espacios públicos impedía considerar la intención de la reclamante como directamente vinculada a una convicción religiosa, pudiéndose apreciar otro fin, de tipo político además de una finalidad de sustraerse a las reglas que están vigentes para todos los estudiantes. El mantenimiento de la paz social, la protección y libertades de los demás, los imperativos del orden público y el fomento del propio pluralismo religioso son los argumentos esgrimidos por los tribunales nacionales y que el TEDH valida; todo ello teniendo en cuenta el margen de apreciación necesario derivado del análisis del contexto en el que se produce la injerencia del Estado en la libertad religiosa. En un sentido similar la Sentencia de 24 de enero de 2006, en el asunto Kóse y otros contra Turquía.

²³ Una vez más en el caso Eweida y otros.

²⁴ El repertorio es muy amplio y puede consultarse en la *Guía sobre el artículo 9...* cit, pp. 13/16. Así aparecen como argumentos que, para el TEDH, no justifican acogerse al artículo 9 CEDH casos como: la voluntad de anular el bautismo y la confirmación recibidos; el rechazo de un padre a pagar

En cuanto al cumplimiento de esta exigencia del vínculo directo entre confesión religiosa y manifestaciones de ella, puede aceptarse sin duda que existe ese vínculo estrecho entre religión y sus manifestaciones cuando éstas son consecuencia de mandatos religiosos directos y de naturaleza obligatoria para los creyentes. Y en la medida en que tales mandatos provienen del cuerpo de doctrina religiosa de que se trate es indudable que su cumplimiento es una manifestación indiscutible de la libertad religiosa en cuanto constituye incluso un deber religioso para el creyente. Pero no necesariamente ha de circunscribirse a este tipo de religiones y a sus mandatos la presunción de existencia de ese vínculo ya puede darse igualmente en el caso de otras confesiones más tolerantes y menos exigentes con la obligación de mostrar externamente las convicciones religiosas.

En primer lugar porque forma parte de la libertad religiosa el hacer proselitismo, es decir, el intentar convencer al otro de las propias creencias; aunque deba distinguirse entre el testimonio religioso, que puede comprender la enseñanza de los preceptos de la propia religión, y el proselitismo abusivo que persigue ese mismo fin pero con medios ilegítimos como recurrir a la presión psicológica, a la intimidación o a la violencia, u ofrecer ventajas materiales o sociales²⁵. Pues bien, es en función de este objetivo de extensión de las propias creencias que las manifestaciones de fe religiosa pueden considerarse directamente vinculadas a la finalidad religiosa.

En segundo lugar, porque la exteriorización de las convicciones religiosas puede responder a una intención legítima de dar testimonio de una determinada fe mediante el atuendo, el aspecto físico, o el portar de manera visible determinados símbolos, prendas u objetos que se relacionan de forma directa con la religión de que se trate en la medida en que, con gran economía del lenguaje, expresan sintéticamente todo el conjunto de creencias religiosas que están detrás de esos símbolos. En todo caso, lo que se quiere decir es que, la manifestación externa del credo religioso constituye a la postre una elección personal, al margen de preceptos; una opción perfectamente legítima de exteriorizar su fe mostrando ciertos modos de apariencia física y vestimentaria e incluso practicando públicamente su culto.

la pensión alimenticia de su hija porque había cambiado de religión; la exigencia de eliminación, por parte de un activista del frente islámico de salud, de las trabas que las autoridades suizas le habían impuesto en el uso de determinados medios de propaganda debido a que su motivación era esencialmente política y no religiosa, algo que sucede con alguna frecuencia en los casos de religiones que no diferencian entre el espacio secular y el propiamente religioso; la prohibición a los estudiantes masculinos de entrar en los campus universitarios turcos portando la barba; o el comportamiento de una religiosa condenada a una multa por haber alterado el orden público durante una ceremonia religiosa haciendo declaraciones en voz alta durante el tiempo de las oraciones; o cuando un padre se opone a la educación de su hija, bajo custodia de la madre, en la religión católica siendo así que la madre no había hecho otra cosa que secundar una elección libre de la hija común; o, en fin, lo relativo a la inscripción de una marca con fines puramente comerciales aunque esta marca se componga de símbolos gráficos de naturaleza religiosa.

25 Sentencia del caso Kokkinakis contra Grecia (1993)

En todo caso, el TEDH reclama, es verdad que de forma excepcional, que la adhesión a un determinado credo religioso debe ser sincera. Lo que no puede ser un juicio acerca de la propia religión sino, más sencillamente, sobre si el reclamo del trabajador a determinados mandatos de la religión que dice practicar es auténtica y sincera de forma que cabe la posibilidad de exigir al interesado la prueba o al menos una mínima justificación de que pertenece a esa comunidad religiosa y de que su alegación de la libertad religiosa no persigue exclusivamente la obtención de beneficios y ventajas laborales asociados a esa creencia. Es lo que se plantea en el asunto *Kosteski* contra la exrepública yugoeslava de Macedonia, de 13 de abril de 2006. Algo que reaparecerá en la Sentencia del caso *Eweida/Ladele* y *Eweida/McFarlane* que se refieren insistentemente a la sinceridad de las convicciones de los trabajadores afectados.

Como conclusión de lo dicho se puede afirmar que, para encontrar cobijo en el art. 9 CEDH, el acto o comportamiento ha de ser la expresión sincera de un credo religioso suficientemente estructurado y sólido, además de existir una vinculación directa entre la pretensión y la convicción religiosa.

4. EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y CONTRATO DE TRABAJO

Lo dicho hasta ahora ha servido para situar la cuestión de la confrontación de la libertad religiosa con otros derechos, intereses o valores, cuando se pretende ejercitar por un trabajador en situación subordinada frente a su empresa. Conviene recordar aquí la tesis ya habitual del TEDH que entiende que la libertad religiosa tiene dos dimensiones²⁶: de una parte, la interna que se circunscribe al ámbito de la intimidad personal y que no puede ser violada en forma alguna; lo que sucede cuando la injerencia empresarial consiste en la indagación acerca de las convicciones religiosas del trabajador, ya sea en el momento de la contratación como con ocasión del cambio de las condiciones de trabajo o de la extinción misma del contrato, a salvo, y en las condiciones requeridas, el supuesto de las empresas o tareas de tendencia. La dicción del art. 16.2 CE es suficientemente tajante al respecto.

La otra dimensión de la libertad religiosa es la externa y que consiste en la exteriorización de las propias convicciones. Lo que puede tener lugar de muchos modos: portando visiblemente símbolos identificatorios de la religión o de su mensaje; llevando insignias, aderezos, broches o determinadas joyas también

²⁶ Valdés Dal Re, cit. pp. 586-587 y 598-591; Salas Porras, M. "Ponderación y modulación del ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el contexto obligacional laboral: una mirada a la jurisprudencia española", *Revista crítica de historia de las relaciones laborales y de la política social*, 9/2014, p. 48; y García González-Castro, G. "Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*, 1/2016, pp. 332.

vinculadas con la religión; adoptando un determinado tipo de atuendo o un concreto aspecto físico; realizando determinadas prácticas, igualmente asociadas a una concreta religión, respecto de la manipulación de los alimentos, los tiempos de trabajo y de rezo, así como los de descanso semanal y las pausas.

Todo ello son manifestaciones de la libertad religiosa que, en el terreno del contrato, pueden diversificarse en dos categorías²⁷.

De una parte, las manifestaciones religiosas que solo exigen del empresario la tolerancia frente a las mismas, sobre la base de que todas las religiones son aceptables y que sus manifestaciones deben ser respetadas en la medida en que solo reclaman de la empresa la posibilidad de hacer pública su identidad religiosa, sin que ello exija una adaptación de la organización de la empresa ni tampoco ningún otro comportamiento que el de mero respeto a ese concreto ejercicio de la libertad religiosa por parte del trabajador.

La otra categoría de manifestaciones es más incisiva ya que exige, como derivación de la libertad religiosa, la adaptación de las condiciones de trabajo a las convicciones religiosas de los trabajadores, particularmente en cuanto a la propia organización del trabajo o los días y tiempos de descanso. De manera que, de aceptarse este planteamiento, el empresario estaría obligado a modificar su estructura productiva en la medida necesaria para permitir esa concreta manifestación de la libertad religiosa del trabajador. Uno y otro tipo de manifestaciones, y las exigencias que se derivan de ellas para las empresas a se abordarán en los siguientes epígrafes.

5. EL DERECHO A PORTAR SÍMBOLOS O ATUENDOS, O A ADOPTAR UNA DETERMINADA APARIENCIA FÍSICA VINCULADA A UNA CONCRETA CONFESIÓN RELIGIOSA

Las Sentencias más relevantes del TEDH en relación con esta concreta cuestión, y que son las que se utilizarán básicamente para este trabajo, son: la Sentencia de la 2ª Sección de 15 de febrero de 2001, en el asunto Dahlab contra Suiza; las ya citadas Sentencias en el asunto Kurtulmus contra Turquía y del caso Ewaida y otros; y, finalmente, la Sentencia de la 5ª Sección de 26 de noviembre de 2015, en el asunto Ebrahimian contra Francia.²⁸ Tres de ellas versan sobre la decisión de la trabajadora de portar en el lugar de trabajo el velo islámico como manifestación y cumplimiento de los mandatos de una determinada religión; en otras dos, el símbolo religioso pertenece a otra religión consolidada como es la

²⁷ Rodríguez Cardo, I.A. “Libertad religiosa y contrato de trabajo: Sentencia TC 19/1985, de 13 de febrero”, en el volumen *Derechos del trabajador y libertad de empresa (20 casos de jurisprudencia constitucional)*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, p. 276.

²⁸ Sobre estas cuestiones, con comentario de las Sentencias Dahlab, Eweida/Eweida y Eweida/Chaplin, García González Castro, cit. pp. 336-344.

cristiana y se trata de una intención igual de las trabajadoras de portar un crucifijo como expresión de la propia fe.

Asumido en todos los asuntos mencionados que las religiones a las que se remiten las prácticas religiosas de los trabajadores (el islam y el cristianismo) son religiones consolidadas y sólidas, la cuestión de si existe un vínculo directo entre tales religiones y las pretensiones de las trabajadoras (llevar un velo islámico, las de este credo; portar un crucifijo al cuello, en el caso de las cristianas) solo se suscita en relación con el símbolo cristiano, dándose por descontado, sin duda por su componente de mandato religioso obligatorio, en los otros tres casos. Una cuestión sobre la que se volverá más adelante.

Establecido lo anterior, las resoluciones del TEDH entran a analizar en cada caso si esas manifestaciones religiosas que afectan al atuendo deben o no ser toleradas por la empresa o si, por el contrario, pueden ser prohibidas constituyendo entonces una injerencia en la libertad religiosa. Que puede ser legítima según el alcance de esa pretensión y su impacto real en el trabajo y en la empresa, pudiendo ésta alegar razones como la neutralidad empresarial y las repercusiones que la tolerancia a esas prácticas tendrían sobre esa neutralidad, sobre su imagen ante terceros (clientes, proveedores, accionistas, consumidores, etc.) y, a la postre, sobre la propia rentabilidad de la empresa.

5.1. Los hechos

Salvo en el asunto *Dhalab* contra Suiza, donde la pretensión de la trabajadora se enfrentaba a la prohibición de la empresa (un colegio público de enseñanza infantil) sin que existiera previamente ninguna norma general de tipo prohibitivo, en los casos *Kurtulmus* contra Turquía y *Ebrahimian* contra Francia (en relación con el velo islámico), y *Eweida/Eweida* y *Eweida/Chaplin* contra el Reino Unido (en cuanto al crucifijo cristiano) la cuestión se aborda en el contexto de una prohibición general contenida en la ley de portar un pañuelo islámico en el desempeño de las obligaciones profesionales cuando tienen lugar en el ámbito de una empresa pública (casos *Kurtulmus* y *Ebrahimian*), o de una regla general de la empresa consistente en la obligación de llevar un uniforme concreto sin distintivos de ningún tipo (casos *Eweida/Eweida* y *Eweida/Chaplin*).

Más específicamente, y en cuanto a las reglas legales, en el asunto *Kurtulmus* se dilucida el caso de una enseñante universitaria que reclama el derecho a portar el velo islámico siendo así que existe una prohibición de llevarlo que se encuentra en la ley turca que lo veta, como otra clase de manifestaciones religiosas de signo análogo, al imponer un tipo de atuendo a los funcionarios públicos desprovisto de toda connotación ideológica o religiosa. Algo semejante a lo juzgado en el asunto *Ebrahimian*, que se refiere a una trabajadora, asistente social en el servicio de psiquiatría del centro de acogida y cuidados hospitalarios de un hospital público,

que pretendía llevar el velo islámico en el desempeño de su trabajo, basándose en la prohibición de la empresa en la existencia en Francia de una regla general basada en el Dictamen de Consejo de Estado francés de 3 de mayo de 2000 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; bases doctrinales que el TEDH considera en este caso suficientemente serias como para entender que la prohibición contenida en tales normas tiene un fundamento normativo. A la pretensión de la Sra. Ebrahíman, se opone el hospital público advirtiéndole a la trabajadora que su contrato no sería renovado si persistía en llevar el pañuelo considerando la observancia de la neutralidad externa como una obligación de los funcionarios y de los empleados públicos. Lo que efectivamente sucede, alegando además la empresa que la decisión extintiva obedecía no solo a la negativa a cumplir las reglas existentes para todos los empleados públicos sino también al hecho de que se habían producido quejas de los pacientes repercutiendo negativamente en el trabajo de los demás asistentes sociales.

Por lo que se refiere a los casos Eweida/Eweida y Eweida/Chaplin, la regla general viene impuesta en reglamentos internos de la empresa y en códigos vestimentarios o de uniformidad de carácter privado.

En efecto, y en lo que se refiere al asunto Eweida/Eweida, se trata de una trabajadora de una empresa privada que entendía que formaba parte de su derecho a la libertad religiosa (en este caso cristiana) el de manifestarla mediante la exhibición de un colgante llevado en torno al cuello de donde pendía un crucifijo. En la empresa existía una norma interna (una guía vestimentaria) que imponía un uniforme determinado a los trabajadores, subrayando que todo accesorio o vestido que el empleado quisiera o debiera llevar por motivos religiosos debía estar cubierto por el uniforme, abriendo, en el caso de que, por la naturaleza del objeto y la manera de llevarlo fuera imposible disimularlo, la posibilidad de un acuerdo entre la empresa y el trabajador. No obstante, y dando relevancia al carácter imperativo de esas expresiones religiosas, y cuando el objeto no podía ser cubierto por el uniforme, la empresa había autorizado que los empleados sihjs de sexo masculino pudieran llevar el turbante azul marino o blanco y, en verano, el brazalete sihj si es el caso que su religión le permitiese llevar mangas cortas. En cuanto a las mujeres de religión islámica, la empresa les permitía portar el *hijab* o pañuelo, siempre en un color aprobado por la empresa.

El conflicto se produce cuando, tras llevar un tiempo el colgante con la cruz oculto entre las prendas del uniforme, la Sra. Eweida decide portarlo abiertamente como signo de adhesión a la religión cristiana. La empresa, tras varias conversaciones infructuosas con el fin de que desistiera de su intención, decide separarla del trabajo reduciendo el salario en proporción al tiempo durante el cual persistiera en su propósito de manifestar públicamente su religión no respetando las reglas establecidas por la empresa en relación con la uniformidad. Con posterioridad, la empresa decidió, tras consultarlo con los representantes

de los trabajadores, establecer normas vestimentarias más flexibles que permitían, por ejemplo, la estrella de David o la cruz cristiana. Momento en el que la Sra. Eweida vuelve al trabajo luciendo su crucifijo de forma pacífica en virtud del nuevo reglamento de la empresa. La controversia, pues, no versa sobre un despido, tampoco sobre la modificación de las condiciones de trabajo, sino sobre la indemnización de daños que la Sra. Eweida reclama por lesión de su derecho fundamental a la libertad religiosa; responsabilidad rechazada por la empresa sobre la base de que la prohibición existente constituía desde luego una injerencia en la libertad religiosa de la trabajadora pero que estaba justificada suficientemente por los fines empresariales asociados a la uniformidad y a la neutralidad del mensaje hacia terceros. Por esta razón el TEDH se centra en la situación previa a la flexibilización por la empresa de las normas sobre vestimenta, momento en el que la empresa todavía prohibía a la trabajadora, como se ha dicho, llevar símbolo alguno visible que hiciera pública su confesión religiosa.

Algo distinta es la situación de la Sra. Chaplin quien prestaba sus servicios, con excelentes valoraciones, como enfermera en un hospital público en los servicios generales y de geriatría y decide a partir de un determinado día llevar un colgante con una cruz como forma de expresión de sus convicciones, arguyendo que quitarse la cruz del cuello sería contrario a su fe. El conflicto se suscita cuando, debido al cambio de uniformes del personal sanitario, el cuello queda abierto en forma de uve, haciendo visible la cruz que llevaba la Sra. Chaplin. La empresa le exige entonces retirarla fundándose en razones de salud vinculadas al riesgo de que los enfermos puedan causarse heridas al cogerla, lo que obviamente es posible al tratarse de un colgante del cuello. Unas razones de que no decaen frente a propuestas de la trabajadora como la de proveer a la cadena de un enlace de imanes que cederían inmediatamente al tirar de ella o unir la cruz al colgante de identificación. Rechazadas las propuestas, nuevamente por razones de salud fundadas en el riesgo de heridas e infecciones, la trabajadora fue cambiada a un puesto de trabajo, si bien no de enfermera, permaneciendo en él hasta que fue suprimido.

En el hospital público regían reglas referidas a la vestimenta las cuales indicaban que las joyas y aderezos de este tipo debían ser llevada de forma discreta, añadiendo que, por razones de salud, esas piezas debían reducirse a anillos lisos y pendientes ordinarios y discretos, prohibiéndose todo tipo de piercing en la cara. Finalmente, las normas internas del hospital aceptan que los vestidos y joyas con connotaciones religiosas o culturales se llevaran dentro de la empresa, siempre que se hubiera advertido previamente al superior y éste no alegara un motivo justificado para prohibirlo. Lo que sucede en el caso del hospital alegando razones vinculadas, como se ha dicho, a la salud de los pacientes.

5.2. Las cuestiones suscitadas y sus respuestas según el TEDH

De la anterior descripción de los casos se deducen una serie de interrogantes que pasan a detallarse aportando las respuestas que proporciona la jurisprudencia del TEDH²⁹.

5.2.1. Si solo la naturaleza normativa de las reglas prohibitivas avala una prohibición general de manifestar las convicciones religiosas o si, por el contrario, también pueden imponerlas normas privadas de carácter interno en la empresa; y con qué fundamentos en cada caso

La respuesta a este interrogante está consolidada en la jurisprudencia del TEDH de forma que entiende que tanto unas como otras, normas jurídicas y reglas internas, son instrumentos habilitados para imponer una prohibición general a los trabajadores de exteriorizar su confesión religiosa mediante signos de cualquier tipo. Esto es así porque ambas tienen el objetivo común de la neutralidad de la empresa, sea pública o privada. Aunque se apoyan en valores y fines diversos como son, en el caso de las normas prohibitivas del velo en las escuelas, las entidades de enseñanza o los centros públicos en general, garantizar la imparcialidad y neutralidad de esos entes públicos en cuanto exigencias apoyadas en los principios de laicidad o aconfesionalidad del Estado y exigidos por el respeto al pluralismo religioso y al derecho de otros; de la misma forma que también se acude a los principios de seguridad, salud pública y orden público para justificar esas prohibiciones. Por lo que se refiere a las entidades privadas, lo que las normas internas persiguen es esa misma neutralidad si bien con una finalidad que se vincula más con la imagen de la empresa y con la apariencia ante terceros como neutral, entendida esta exigencia empresarial de neutralidad tanto como derivación del respeto a los derechos de otros, como una finalidad relacionada con los valores asociados al orden público como, por ejemplo, la seguridad o la salud, o como, finalmente, una exigencia de tipo económico ligada a la productividad del trabajo.

Es cuanto a la primera hipótesis, la del apoyo en los valores objetivos de neutralidad particularmente exigidos en los centros públicos, el TEDH afronta la cuestión en el caso Ebrahimian afirmando que *“la salvaguarda del principio de laicidad constituye un objetivo conforme con los valores subyacentes al CEDH”* y que la injerencia (la prohibición de portar el velo islámico en el caso) persigue un fin legítimo como es la protección de otros, más concretamente *“el respeto de todas las creencias religiosas y orientaciones espirituales de los pacientes, usuarios del servicio público y destinatarios de la exigencia de neutralidad impuesta a la reclamante, asegurándoles una estricta igualdad”*, en la medida en

²⁹ Una síntesis de estos temas y una descripción breve de la forma cómo se han abordado por el TEDH en *Guía sobre el art. 9...*, pp. 33-37.

que *“la política de un empleador (mucho más si público) que esté orientada a promover la igualdad de oportunidades o a evitar todo comportamientos discriminatorio respecto de otros, persigue el fin legítimo de proteger los derechos de esos otros”*. La laicidad y la neutralidad de los servicios públicos son por tanto un obstáculo suficiente para prohibir tales manifestaciones religiosas en el caso de los funcionarios públicos; hasta el extremo de que llevar un signo destinado a subrayar la pertenencia a una determinada religión constituye un incumplimiento de las obligaciones como funcionario. De modo que el hecho de que la jurisdicción nacional haya dado más peso o preferencia al principio de laicidad y al interés del Estado que al de la reclamante de no tener limitación en la expresión de sus creencias religiosas, *“no plantea ningún problema desde el punto de vista del Convenio europeo”*. La exigencia anterior se refuerza si se trata, como en el supuesto juzgado por la Sentencia Ebrahimian, de usuarios de los servicios públicos en situación de vulnerabilidad, como sucede con los enfermos y pacientes de un centro hospitalario.

Tampoco plantea problemas el caso Kurtulmus donde la regla prohibitiva general se sustenta en las razones alegadas de laicidad y neutralidad de las entidades públicas en el particular contexto religioso de Turquía, reclamando valores como la seguridad pública y el derecho de otros, así como en el hecho de que la trabajadora carece, en consecuencia, del derecho a sustraerse de reglas generales, válidas para todos y que se consideran justificadas. Ni tampoco en el asunto Eweida/Chaplin donde la prohibición que ya se justifica en la exigencia general a todos los empleados públicos de no exteriorizar sus convicciones religiosas, exigencia aprobada por ley en Francia en razón a criterios de respeto a los derechos de otros, al pluralismo religioso y a la seguridad y el orden público. Pero que, además, se refuerza por razones asociadas a causas de tipo sanitario que se conectan inmediatamente con el valor de la salud pública y que darían justificación por sí mismas a la prohibición de llevar objetos que puedan generar un riesgo para la salud de los pacientes.

Aunque es cierto que el TEDH tolera que las reglas generales obligatorias acerca de la manifestación de convicciones religiosas puedan imponerse en la empresa en busca de una imagen de neutralidad, sin embargo, solo acepta la legitimidad de las mismas tras un análisis de tales reglas internas y de si persiguen o no, de forma real, coherente o sistemática el declarado objetivo de neutralidad. Para lo que analiza el tipo de reglas y su vigencia efectiva; si se justifica una prohibición general o si solo es adecuada cuando se restringe a determinados trabajadores como, en el caso, a los que tienen contactos con los clientes; si la empresa ha ofrecido alguna alternativa a la trabajadora siendo esta viable sin daño para su dignidad y favoreciendo en las mejores condiciones posibles el ejercicio de la libertad religiosa. Un juicio de ponderación del que no está en ninguna manera ausente el hecho de que lo que se confronta con la libertad religiosa, y así lo subraya el TEDH, es un valor de naturaleza esencialmente económica

Es lo que se juzga en el caso Eweida/Eweida donde, como se ha dicho, existe la prohibición general de endosar símbolos religiosos impuesta por normas internas de la empresa. Frente a ello, la Sentencia señala que el derecho de la trabajadora es un derecho fundamental que debe ser tutelado ya que *“una sociedad democrática sana tiene necesidad de tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad teniendo en cuenta la posibilidad de que, quien hace de la religión un principio esencial de su vida, pueda comunicar esta convicción a los demás”*. Y, como contraste, solo se alza el interés de la empresa en ofrecer una determinada imagen comercial que puede prevalecer, si bien basándose en justificaciones precisas y sólidas. Así considera que la cruz que la trabajadora portaba era discreta, que nada probaba que el que otros trabajadores llevaran turbante o el *hijab* hubiera dañado la imagen de la empresa y que el hecho de que la empresa haya cambiado su código vestimentario para permitir llevar joyería religiosa pone en duda que la prohibición general siga teniendo valor para los fines que decía perseguir. Ante esta poco convincente justificación empresarial, el TEDH juzga como lesionado el derecho de la trabajadora declarando la respuesta de la empresa como desproporcionada y dando prioridad a la libertad religiosa frente a la exigencia empresarial no plenamente adecuada, de dudosa implantación y observancia y diferenciadora sin justificación entre convicciones religiosas

Conviene traer a colación en este punto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en lo sucesivo), en concreto la Sentencia de la Gran Sala, de 14 de marzo de 2017, en el asunto Samira Achbita contra la empresa privada belga Gas Secure Solutions (asunto C-157/15). En el caso, la trabajadora, empleada en el servicio de recepción y acogida de clientes, tanto del sector público como privado, pretende llevar el pañuelo islámico a partir de una determinada fecha, no obstante haber trabajado sin él durante casi tres años. Así se lo comunica a la empresa la cual indica a la trabajadora que *“no toleraría el uso de tal pañuelo porque ostentar signos políticos, filosóficos y religiosos era contrario a la neutralidad que la empresa se había impuesto seguir”*, añadiendo que esa prohibición se basa en una norma no escrita según la cual los trabajadores no debían llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Una prohibición general que en las fechas del conflicto se incorporó al reglamento interno de la empresa. Tras varios intentos de llegar a un acuerdo y frente a la resistencia de la Sra. Samira Achbita a retirar el velo islámico durante el tiempo de trabajo, la empresa la despidió.

Remitiéndose precisamente a la jurisprudencia del TEDH, la Sentencia Samira Achbita señala que debe partirse de un concepto amplio de religión en cuanto abarca el derecho de las personas a manifestar externamente sus convicciones religiosas. También sostiene que las concretas normas internas de tipo prohibitivo vigentes en la empresa Gas Secure no constituyen una discriminación ni directa ni indirecta (una perspectiva que el TJUE ha de tomar para resolver acerca del

respeto de 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) en la medida en que la regla empresarial obliga a todos los trabajadores sin distinción, imponiéndoles, de forma general e indiferenciada, una neutralidad vestimentaria.

Por lo que se refiere a la cuestión material de si las reglas empresariales internas persiguen una finalidad legítima que las justifique y con ello su prevalencia sobre la libertad religiosa de la trabajadora, el TJUE indica que se *“ha de considerar legítima la voluntad de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado”*. Más concretamente, el TJUE acepta que el deseo de la empresa de dar una imagen neutra ante los clientes *“está vinculado a la libertad de empresa (...) y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario solo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes”*.

En cuanto a la norma interna, el TJUE procede a considerar si la medida empresarial es adecuada, necesaria y proporcional como una manifestación del mayor rigor en cuanto a la justificación exigida a las normas internas de la empresa frente a las leyes de eficacia general que imponen la misma prohibición. Y declara que la prohibición es una medida adecuada para una correcta aplicación del régimen de neutralidad si bien *“es necesario que dicho objetivo se persiga de forma congruente y sistemática”*; y que la medida es necesaria en cuanto si se limita a lo estrictamente preciso, es decir, a los trabajadores que está en contacto con los clientes y que, en consecuencia, son los que pueden afectar a la imagen de la empresa ante terceros.

Por su parte, la Sentencia, también de la Gran Sala y de la misma fecha en el asunto Bougnaoui y ADDH contra Micropole (TJCE/2017/24, asunto C-188/15), aborda el conflicto entre una empresa privada que se enfrenta a la pretensión de la trabajadora de llevar el pañuelo islámico como expresión y testimonio de su fe religiosa. En este caso una ingeniera de proyectos a la que la empresa le exige, que se retire el pañuelo islámico en el trato con los clientes, alguno de los cuales se habían quejado a la empresa pidiendo que la trabajadora dejara de llevarlo en sus relaciones con ellos.

Dos cuestiones diferentes se suscitan al respecto: una, si, en caso de existir una norma interna de carácter general, esa misma existencia hace ya válida por sí misma la prohibición (a lo que hay responder negativamente); o si, como se viene sosteniendo, es preciso que su vigencia se funde en una finalidad legítima como lo es, en principio, la de la empresa Micropole de establecer una política de neutralidad para con sus clientes. Pero, la declaración general de intenciones de estas normas internas no basta para validarlas ya que, de forma añadida, es preciso que los medios que la empresa pone en práctica para alcanzar dicho fin sean adecuados y necesarios. Lo que debe interpretarse en el mismo sentido antes dicho: es

decir, tiene que ser una medida congruente, funcional a la finalidad perseguida y que se limita a lo estrictamente necesario. En el caso Bougnaoui la corrección básica de la exigencia empresarial se presume ya que la prohibición se limita a los trabajadores en contacto con los clientes; aunque el TJUE finalmente concluya, teniendo en cuenta la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la prohibición, que la exigencia empresarial carece de fundamento.

En cuanto a la jurisprudencia española, también se ha pronunciado, aunque en un número de ocasiones mucho menor que el TEDH, acerca del conflicto entre el derecho a expresar las convicciones religiosas y los intereses de la empresa. Y ello, tanto si existen reglas generales en la empresa respecto de la uniformidad como si se carece de ellas.

En el primer supuesto, se trata de tres Sentencias, dos del TSJ de Baleares (STSJ de 9 de septiembre de 2002, AS 2033/2) y de la Rioja (STSJ de 22 de junio de 2017, AS 2017/1337) y otra del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca (de 6 de febrero de 2017, AS/2017/8). Las empresas son, una, de naturaleza pública y otras dos privadas y en las tres existían reglas sobre la indumentaria que imponían una determinada uniformidad: en el caso de Baleares por tratarse de un conductor municipal, en el de La Rioja por ser una empresa de alimentación y en el Juzgado de Palma sencillamente debido a la pretensión de la empresa (Acciona) de ofrecer una imagen homogénea e identificatoria de los trabajadores en cuanto pertenecientes a su plantilla, una cuestión pues de imagen corporativa. Sin que en ningún caso exista en las empresas un objetivo declarado de neutralidad ideológica y/o religiosa por lo que la uniformidad se debe más bien a un objetivo empresarial de utilidad y de imagen o a otras razones relacionadas con los valores que se asocian al orden público (seguridad, salud, derechos de terceros).

Pues bien, hay que dejar al margen el caso del TSJ de la Rioja ya que la justificación del uniforme y sus concretas características (batas, gorros que deben cubrir el pelo, cubrebarras, prohibición de joyas y otras prendas encima de las batas) se debe esencialmente a una razón sanitaria expresada en una auditoría sufrida por la empresa en la que se le advirtió de la necesidad de respetar escrupulosamente las normas de higiene señalando que, en el caso de la trabajadora afectada, el que llevase el pañuelo islámico debajo del gorro, aparte de la incomodidad que podía repercutir en la eficacia del trabajo, no respetaba las normas sanitarias al sobresalir el velo al no poder cubrirlo enteramente con el gorro del uniforme. Negándose la trabajadora a retirarse el velo, la empresa la sanciona disciplinariamente por desobediencia e indisciplina entendiéndolo el TSJ de La Rioja que la sanción no lesiona el derecho a la libertad religiosa al imponerse por desobediencia de la trabajadora a unas reglas generales de uniformidad que, al margen de que no son directamente discriminatorias por aplicarse a todos los trabajadores, tampoco lo son de forma indirecta ya que se trata de medidas justificadas por la tutela de la salud pública y por ser un medio idóneo, necesario y proporcionado

para la finalidad legítima que la uniformidad persigue en este caso y que no es otra que la salud de los consumidores de los productos de alimentación que se manipulan en la empresa.

En cuanto a las otras dos Sentencias, las resoluciones judiciales sí consideran que se ha producido una lesión de la libertad religiosa. En el caso del TSJ de Baleares, porque, aunque la empresa tiene derecho a imponer una uniformidad, la reclamación del trabajador (conductor de autobús municipal), consistente en poder llevar la cabeza cubierta con una gorra que no forma parte del uniforme, se debe a que, por profesar la religión judía, el cubrirse la cabeza en público constituye una obligación de respeto a la divinidad. Sobre si debe prevalecer el interés del trabajador, el TSJ de Baleares, además de dejar sentada la clásica afirmación de que el respeto de los valores constitucionales es particularmente exigible, y de forma más rigurosa, en el ámbito de las empresas públicas, señala que en el caso concreto ese respeto debe prevalecer. Y ello porque, de una parte, se constata que, en realidad, el trabajador, con el consentimiento de la empresa, había venido usando la gorra que ahora pretende conservar durante 23 años; una tolerancia que desaparece sin que exista una justificación sólida para ello; de otra parte, porque la empresa debe permitir esa concreta manifestación religiosa si el cumplimiento por parte del trabajador de sus deberes religiosos resulta inocuo para la empresa y no es incompatible con el cumplimiento normal de las obligaciones laborales. Lo que entiende que sucede en el caso.

Por lo que se refiere a la Sentencia del Juzgado de Palma, la imposición de una uniformidad muy detallada que impide expresamente a la trabajadora portar el velo islámico no justifica las sanciones impuestas por las reiteradas desatenciones de la trabajadora a las indicaciones de la empresa en el sentido de que debía abstenerse de llevarlo en las instalaciones de la empresa y en el desempeño de su trabajo. Para el Juzgado, el objetivo de la uniformidad como trasunto de la imagen corporativa de la empresa, siendo legítimo, no queda dañado porque se permita a la trabajadora portar el pañuelo islámico y mucho menos si, como queda probado, la empresa era tolerante con otros símbolos y prácticas similares. Y, en todo caso, la carencia de una política de neutralidad religiosa en la empresa, así como la ausencia de prueba del daño causado por la trabajadora al aparecer en su lugar de trabajo y desempeñar su trabajo con el velo, lleva al Juzgado a entender que la medida empresarial lesiona el derecho fundamental de la trabajadora a manifestar su convicción religiosa.

5.2.2. Si, al margen de la existencia o inexistencia de las normas y criterios generales en la empresa, el carácter imperativo, ahora de las reglas religiosas, refuerza la exigencia de su respeto por parte de la empresa, lo que no sucedería cuando tales normas religiosas no son de obligado cumplimiento

Que no se trata de una cuestión baladí lo pone de manifiesto la Sentencia del asunto Eweida/Eweida, donde se recoge la tesis del Gobierno británico según la cual un comportamiento, motivado o inspirado por la religión, pero que no es constitutivo de un acto de práctica generalmente reconocida escapa a la protección del art. 9 CEDH. Y que, en relación con la intención de llevar de forma visible la cruz al cuello de las trabajadoras Eweida y Chaplin, aunque sea una pretensión sincera de mostrar su religión, no se trata ni de un rito ni de un precepto religioso reconocido por el cristianismo. Esto es, que ciertos comportamientos con carga religiosa, solo si obedecen a normas religiosas imperativas, pueden ser razón suficiente para que la empresa esté forzada a soportar ese tipo de manifestación religiosa. Mientras que, si la exhibición del credo religioso es una decisión personal del trabajador de testimoniar su confesión religiosa, la exigencia de la trabajadora se debilita y cede ante el interés empresarial basado en los principios de uniformidad o en el respeto de la neutralidad de la imagen de la empresa.

Se trata de una diferenciación rechazada por el TEDH al establecer, en la Sentencia Eweida/Eweida que: *“la libertad religiosa es un derecho fundamental, no solo porque una sociedad democrática sana tiene necesidad de tolerar y de sostener el pluralismo y la diversidad, sino también porque es necesario dar tutela igualmente a la voluntad, de quien ha hecho de la religión un principio esencial de la vida, de comunicar esa convicción a las demás”*. Y ello porque, también en el seno de confesiones religiosas que no exigen tan rígidamente esos comportamientos, puede darse un deseo de manifestar la propia convicción religiosa. En estos casos, basta que el acto del interesado, tanto si es una acción impuesta como si se trata de una elección personal, constituya una manifestación identificatoria y pública de una determinada confesión religiosa aceptada como tal, para recibir la protección concedida por el art. 9 CEDH al dar valor, como manifestación religiosa, al hecho del testimonio personal, incluso pasivo y sin intención de proselitismo, de la propia fe.

Lo anterior no impide que, a la hora de dar relevancia a la libertad religiosa en el juicio de ponderación que necesariamente hay que realizar para establecer qué libertad o interés ha de ceder y si esa cesión, en el caso de la libertad religiosa, es adecuada, necesaria, ineludible y proporcionada, el TEDH pueda tener en cuenta la naturaleza imperativa de la regla religiosa. Este es el punto de partida en muchas empresas donde, en la práctica, la imperatividad y obligatoriedad del mandato religioso hace más sólida la posición de los trabajadores y más proclive a la empresa a respetar esos comportamientos expresivos del cumplimiento de lo que el trabajador considera un deber moral que, si se quiere ser honesto con la propia religión, es de obligado cumplimiento. Por eso, en la Sentencia Eweida/Chaplin, la trabajadora arguye que quitarse el crucifijo, como le exige la empresa, sería contrario a su fe, con el fin evidente de convertir un deseo, siempre legítimo, de expresar las convicciones religiosas, en una carga o deber de naturaleza im-

sitiva e ineludible, subrayando que más que una opción personal, la exhibición del crucifijo es para la trabajadora una obligación moral. Se intenta así reforzar el mandato religioso y hacerlo prevalecer frente a los intereses de la empresa.

En todo caso, la imperatividad del mandato religioso no es un criterio que permita imponer una diferencia radical de trato de manera que, si existe, el empresario se vería obligado, casi sin discusión, a soportar el ejercicio por parte de la trabajadora de su derecho a llevar signos religiosos; mientras que, si esa imperatividad no concurre, la empresa podría oponerse de forma más sólida a las pretensiones de la trabajadora. Rechazada la diferencia radical entre una y otra situación, ni la obligatoriedad de la regla religiosa convierte en legítima y ejercitable frente a la empresa toda aspiración del trabajador a mostrar su religión; ni tampoco la mayor flexibilidad de los mandatos lleva forzosamente a dar prioridad a los intereses de la empresa. De manera que reglas religiosas imperativas pueden no dar apoyo suficiente a la pretensión del trabajador ya que ello depende de si existen en la empresa reglas generales prohibitivas, u órdenes concretas en ausencia de tales reglas legales, que, si se valoran como legítimas, adecuadas y necesarias (las reglas) o como justificada, igualmente adecuada y necesaria y proporcionada (la orden de la empresa) pueden oponerse a la pretensión de la trabajadora sea cual fuere la naturaleza, imperativa o flexible, de los mandatos religiosos. De la misma forma que, si la manifestación religiosa es un deber no siempre se tutela frente a los intereses empresariales, la libertad religiosa no queda desprotegida si las manifestaciones religiosas no son expresión de unos preceptos obligatorios de forzoso cumplimiento ya que, para que prevalezcan los intereses de la empresa, ésta ha de probar en todo caso que la regla general prohibitiva, si existe, o el mandato empresarial del mismo signo si las reglas generales no existen, son legítimos, adecuados, necesarios y proporcionados.³⁰

5.2.3. Si la inexistencia de reglas generales, tanto generales como de empresa, de carácter prohibitivo refuerza la posición de la trabajadora y si resulta por ello más exigente y rigurosa la alegación de los valores e intereses que puede enarbolar la empresa para prohibir las manifestaciones de tipo religioso

Sin duda alguna, la inexistencia de reglas generales en las que la empresa pueda basar su negativa refuerza a la pretensión de las trabajadoras ya que, en este caso, la confrontación se hace con una empresa que no puede proclamar a priori su intención de neutralidad en la medida en que no ha establecido, pudiendo, reglas de uniformidad. Lo que no quiere decir que no pueda alegar intereses vinculados a la imagen de la empresa como justificación, en el caso concreto, de la prohibición empresarial a las trabajadoras de expresar públicamente sus convicciones religiosas cuando así lo han reclamado. La solución para obtener el mismo objetivo prohibitivo vendrá, pues, de la confrontación con la libertad religiosa cuyo ejercicio debe ser admitido en principio por la empresa; pero es un ejerci-

³⁰ Cfr. Salas Porras, cit. p. 49.

cio que puede quedar finalmente impedido en el supuesto concreto, aunque este resultado solo se justifica si apoyado en razones que la empresa debe argumentar muy sólidamente. En todo caso, teniendo siempre en cuenta los factores profesionales esenciales de la tarea contratada y si existe o no algún tipo de repercusión en el trabajo por el hecho de llevar un signo externo de identificación religiosa.

Es lo que sucede en el caso Dhalab contra Suiza donde se prohíbe a una profesora de primaria en la escuela pública, que se convierte al islam, el portar el pañuelo islámico en el desempeño de sus actividades profesionales. Para el TEDH son los fines legítimos de garantizar la neutralidad confesional de la escuela pública, la protección del orden y la seguridad pública así como los derechos y libertades de los demás los que justifican la prohibición, recordando la dirección de la escuela que el símbolo religioso que llevaba la trabajadora era incompatible con el respeto a la ley suiza de instrucción pública la cual, por imperativos de la protección de los derechos de otros, de la seguridad pública y de orden público, avalaba dicha prohibición, particularmente debido al corto desarrollo intelectual y emocional de los alumnos por motivo de la edad que pueden ser más influenciados al mensaje religioso que se contiene en el hecho de llevar un velo islámico; tratándose además de lo que el TEDH califica como un mensaje fuerte, aunque diga que *“es difícil apreciar el impacto que un signo exterior como el pañuelo puede tener sobre la libertad de conciencia y de religión de los niños”*.

En consecuencia, el TEDH entiende que la orden de la empresa prohibitiva del uso del velo en las actividades profesionales desarrolladas en el espacio público es legítima. Mucho más si se tiene en cuenta a los destinatarios del mensaje y aún más, y es una incursión algo sorprendente del TEDH si se parte de su resistencia a penetrar en el terreno puramente teológico o doctrinal, cuando afirma que *“es difícil conciliar la obligación de llevar un pañuelo, impuesta solo a las mujeres, con un mensaje de tolerancia, de respeto a los otros y de igualdad y no discriminación que una democracia debe transmitir”*, haciendo una valoración de esa concreta práctica del islam, y, por extensión, de esta misma religión, bajo la perspectiva del respeto a los derechos humanos y al principio de igualdad por razón de género.

Se trata de una cuestión que igualmente se aborda en la Sentencia del TJUE sobre el caso Bougnaoui en el sentido de que, en ausencia de reglas generales empresariales que prohíban las manifestaciones religiosas en defensa de la neutralidad de la empresa, aún puede ser legítima la orden empresarial de evitar esas manifestaciones en el caso concreto, pero siempre que se entienda que no llevar el pañuelo es un requisito profesional esencial y determinante para un desarrollo eficaz de las tareas por parte de la trabajadora. Para lo que, de nuevo, ha de valorarse si el objetivo es legítimo (ya se ha dicho que sí en cuanto al principio genérico de neutralidad pero que debe concretarse teniendo en cuenta el caso específico y su contexto ya que no existen normas previas de carácter general) y si la prohibición es proporcionada. Lo que se dilucida fijando si, en el caso concreto, el velo es tan

determinante como para que, sin su retirada, no pudiera realizarse la actividad laboral con eficiencia y productividad; de forma que el no llevarlo es una regla que está “objetivamente dictada por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en el que se exige”. Y requiere establecer un vínculo directo entre el requisito profesional impuesto y la actividad laboral concreta que se desarrolla³¹. Rasgos todos los anteriores que el TJUE considera que no se dan en el caso Bougnaoui decretando la lesión de la libertad religiosa de la trabajadora esencialmente por entender que el llevar o no el velo islámico no es, teniendo en cuenta la actividad de la trabajadora, un requisito profesional, ni esencial (no hay relación directa entre la prestación del servicio y el velo islámico como para entenderlo una exigencia productiva ineludible), ni está suficientemente justificado

También hay algún ejemplo en las resoluciones judiciales españolas de situaciones en las que el conflicto entre la libertad religiosa de la trabajadora y el interés de la empresa por la uniformidad o la neutralidad se suscita y afronta sin que en la empresa se hayan establecido reglas generales al respecto. Es el caso resuelto por la STJ de Andalucía, de 21 de diciembre de 2011 (JU 2012/60.000), en relación con una trabajadora de una empresa dedicada a la organización de eventos deportivos y actividades físico/deportivas así como a la explotación de instalaciones de este tipo. La trabajadora era monitorea deportiva de yoga y, debido a su pertenencia a la comunidad religiosa hinduista, decide acudir a la empresa con un específico aspecto físico: cabeza rapada y un atuendo tipo túnica de un color determinado y llamativo. Frente a esta decisión de la trabajadora la empresa, además de advertirle de lo inapropiado de tener esa determinada apariencia externa, algo para lo que tampoco aporta excesivos argumentos, decide trasladarla a otro centro en otro municipio, quedando probado que la razón de fondo es la de la imagen de la empresa que no quiere verse asociada a un movimiento religioso cuya comunidad local era el objeto de unas diligencias penales sobre la base de que tal comunidad esclavizaba a los adeptos acercándose a la calificación negativa de secta. Para el TSJ es claro que el traslado de la trabajadora se hace por motivos relacionados con la orientación religiosa y la pertenencia a la comunidad en cuestión por parte de la trabajadora. Indicios suficientes de una hipotética lesión de la libertad religiosa que, dada su existencia real, han desplazado la carga de la prueba de la legitimidad de su conducta a la empresa y, no aportando ésta una justificación suficiente del traslado ajena a esa connotación religiosa, es inevitable calificar como nula la decisión empresarial.

³¹ Como así lo señala la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de fecha 17 de abril de 2018 del caso Engerberger contra la Iglesia Evangélica (TJCE/2018/75, en el asunto C-414/16) la cual reclama que el requisito profesional (en el supuesto de la Sentencia, participar de la confesión religiosa de la empresa que contrata pero que, cuando se trata de un símbolo religioso, consiste en desprenderse del mismo, se trate o no del velo islámico) sea esencial (no llevar el velo sería así relevante y necesario para el ejercicio de la actividad profesional), legítimo (en cuanto que sirva efectivamente al fin de neutralidad fijado por la empresa) y justificado (en el sentido de que su adopción tiene la finalidad de evitar daños a la empresa como consecuencia de la identificación religiosa de la trabajadora).

5.2.4. Si tienen prevalencia frente a la libertad religiosa los principios contractuales de buena fe y de obligado respeto a las reglas pactadas en el contrato de trabajo

El TC ya adoptó, en la primera ocasión en que tuvo que afrontar el conflicto entre la libertad religiosa y el contrato de trabajo (la STC 19/1985, de 13 de febrero), la orientación que da prevalencia a las obligaciones contractuales frente a la tutela del derecho fundamental. Así lo hizo en relación, en concreto, con la reclamación hecha por una trabajadora a una empresa privada, en la que venía trabajando desde hacía años, en el sentido de acomodar los días semanales de descanso a la fe religiosa a la que se había convertido (la de los adventistas del séptimo día) que le obligaba a un descanso forzoso desde la puesta de sol del viernes a la del sábado. Rechazada la acomodación de los días de descanso por parte de la empresa (una cuestión que, como se ha anunciado antes, se abordará en el apartado siguiente), lo que interesa subrayar en este momento es que, para la Sentencia 19/1985, de 13 de febrero de 1985, la pretensión de la trabajadora de adaptar sus tiempos de descanso a sus deberes religiosos debe subordinarse a los principios de buena fe y de respeto a lo pactado, expresados en la suscripción de un contrato de trabajo por el que la trabajadora asumía conscientemente determinadas obligaciones contractuales; entre las cuales se encontraban sin duda la plasmada en el seguimiento del tiempo y el horario de trabajo establecido por la empresa.

Así confluyen una serie de argumentos que refuerzan la posición empresarial debilitando en consecuencia la del trabajador: que la invocación de los derechos o libertades fundamentales “no puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la redacción contractual que considere oportunas”; que “cuando una empresa no dispensa a un trabajador del régimen laboral establecido respecto a la jornada de trabajo, para posibilitarle el cumplimiento de sus deberes religiosos, podrá existir una incompatibilidad entre los deberes religiosos, en cuanto imponga la inactividad laboral y la ejecución del trabajo o el cumplimiento de obligaciones laborales, pero no una coercibilidad contraria al principio de neutralidad que debe presidir, en la materia, la conducta del empresario”; o que, partiendo del régimen de jornada establecida con carácter general para una empresa, “el otorgamiento de un descanso semanal distinto supondría una excepcionalidad que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al empresario”.

Es decir que la trabajadora está sujeta por su compromiso contractual, que tiene mayor valor que la manifestación de su confesión religiosa, y que, en consecuencia, no puede imponer a la empresa, amparándose en tal libertad fundamental, el cambio de las condiciones pactadas y en las que ha venido realizando su

trabajo hasta ese momento. Criticado en su momento este planteamiento del TC, esencialmente por atribuir mayor valor a un deber contractual que a la obligación de respeto por parte del empresario de un derecho fundamental, lo cierto es que su esencia consiste en que los derechos fundamentales del trabajo se subordinan a la lógica y al equilibrio contractual que reclama del trabajador, salvo nuevo acuerdo entre las partes, la observancia estricta de lo pactado. Interpretando que dar preferencia al derecho fundamental sería una especie de licencia al trabajador para incumplir su contrato y para introducir unilateralmente cambios relevantes en el mismo: una especie de novación contractual de tipo unilateral que, por mucho que esté avalada por la libertad fundamental, no puede atentar a los principios básicos del derecho de obligaciones como son el respeto a lo pactado, la carencia de la facultad para innovar o modificar el contrato unilateralmente y el principio legal de que el cumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas no puede dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes (art. 1.256 del Código Civil).

Aunque esta tesis, que contempla como irreductibles frente a una iniciativa unilateral por parte del trabajador las condiciones pactadas (lo que incluye tanto las reglas de uniformidad como las condiciones de horario y de descanso que figuran en la norma convencional o en el contrato de trabajo), no ha tenido en consideración qué respuesta, si diferente o la misma, debería darse a la circunstancia en la que el trabajador, vigente el contrato, comienza a practicar una religión concreta o se convierte a ella desde otra convicción religiosa diferente. Si se entiende que el trabajador era consciente, o debería serlo, de las limitaciones impuestas a la expresión de la libertad religiosa en la empresa, aunque en ese momento no le afectaran, podría seguir argumentándose en la línea de respeto a lo pactado al haberse acordado unas condiciones de trabajo que, mientras estén vigentes, impiden al trabajador esa libre expresión de su libertad religiosa, aunque durante un determinado tiempo (tras la conversión o la decisión de exteriorizarlas). El que la incompatibilidad sea sobrevenida no resta vinculabilidad a las obligaciones contractuales asumidas., como si el trabajador ya profesara esa religión a la firma del contrato.

No obstante, no debe ignorarse la otra cara del problema cual es qué sucedería si quien quiere alterar las reglas del equilibrio contractual fuera la empresa al decidir introducir en sus códigos vestimentarios el principio de uniformidad o de neutralidad e intentar aplicarlo a los trabajadores ya contratados. De seguir la misma lógica contractual que ha servido para rechazar las pretensiones del trabajador, ésta valdría para impedir al empresario introducir tal cambio; o más precisamente, para hacerlo vinculante solo para quienes ingresen en la empresa tras su implantación. Algo que no resulta convincente por ineficaz, de forma que, también para la empresa, el discurso lógico tiene que moverse en el terreno constitucional y, al margen de la lógica contractual, demandar la tutela de una libertad constitucional como es la de empresa y unos intereses económicos que también reciben atención por parte de la norma fundamental.

La lógica contractual, que no constitucional, también está presente en la respuesta que, a veces, ha dado el propio TEDH en el sentido de que, si la libertad religiosa personal choca con las condiciones de prestación de servicios (sea porque el empresario no tolera legítimamente esas manifestaciones; sea porque se niega, también fundadamente, a la acomodación a ellas de las circunstancias del trabajo), siempre tendrá el trabajador la posibilidad de no suscribir el contrato o de renunciar a su trabajo dimitiendo³². Sin embargo, esta alternativa legitimadora de la resistencia empresarial, que blinda al contrato y consolida la lesión del derecho fundamental, ha sido rechazada como adecuada por el TEDH en la Sentencia del caso Eweida.

En consecuencia, y según esta Sentencia, la renuncia al empleo en los casos en que el trabajador encuentra resistencia en la empresa para expresar sus convicciones religiosas no debe ser considerada una alternativa válida y tampoco debe servir para sostener la negativa de la empresa a atender las solicitudes del trabajador. Esto es así porque, desde el momento en que hay una restricción de la libertad religiosa en el lugar de trabajo, más que justificar esa restricción en el sentido de que el trabajador siempre puede cambiar de empleo (sanando así, es verdad que a costa del propio trabajador y de la plenitud de su derecho fundamental, la injerencia en el ejercicio del derecho), la solución debe ir en la línea de tener en cuenta este remedio extremo (aunque en realidad no es tal sino una aceptación de la prevalencia de los intereses empresariales) exclusivamente si la negativa empresarial, tras una valoración de las circunstancias del caso, resulta justificada. Teniendo, además, en cuenta que el argumento contractual sería utilizable en esencia cuando lo que el trabajador pretende es una acomodación de sus condiciones de trabajo a su convicción religiosa; pero que es mucho menos sólido cuando lo que se reclama, en cambio, es la mera tolerancia empresarial a unas concretas manifestaciones religiosas que no afectan a la organización en sí del trabajo.³³

5.2.5. Si puede utilizarse como argumento empresarial para no aceptar la pretensión del trabajador de manifestar su convicción religiosa el rechazo a esa apariencia por parte de los clientes o usuarios de la empresa

En algunas ocasiones la empresa no atiende a la pretensión del trabajador de expresar su religión en el desempeño de su actividad debido al rechazo que esas manifestaciones provocan en los clientes y usuarios; lo que convierte este argu-

³² El caso de la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Konttinen contra Finlandia, de 3 de diciembre de 1996; o de la Decisión de la Comisión de 9 de abril de 1997, en el caso Stedman contra el Reino Unido.

³³ Sobre estas cuestiones, con una posición crítica respecto a la prevalencia de la lógica contractual, Valdés Dal Re, cit. pp. 593-595. También Rodríguez Cardo. Cit. pp. 279-280, Salas Porras, cit., p. 57 y García González-Castro, cit. pp. 345-347.

mento, desde luego en la empresa privada, en uno de contenido esencialmente económico al afectar a potenciales ciudadanos compradores de los servicios de la empresa que compartan con esos clientes el mismo tipo de rechazo a todas o a algunas de las religiones.

Esta cuestión se ha abordado por el TEDH en el asunto Ebrahimian. Se trata, como se recordará, de una trabajadora asistente social del servicio de psiquiatría en un hospital público que había manifestado a la empresa su deseo de hacer visibles sus convicciones religiosas portando el velo islámico, enfrentándose con la negativa de la empresa basada en la defensa del principio de neutralidad de los servicios públicos. En lo que aquí interesa, en la Sentencia, con amplias e interesantes argumentaciones respecto de la neutralidad que pueden ser compartidas con carácter general, se deja constancia de que, además de esas razones generales pueden existir otras derivadas de la queja de los usuarios del servicio.

La Sentencia da una cierta relevancia, es verdad que pequeña, a esas quejas, pero insertándola en el discurso global de la neutralidad. Así lo hace³⁴ al sostener que “el funcionario (o empleado público) debe asegurar una estricta igualdad de tratamiento de los administrados en el ejercicio de sus funciones, sean cuales fueren sus convicciones y creencias”. Lo que implica que “la administración y los servicios públicos deben dar todas las garantías de la neutralidad, debiendo (y esto es lo relevante) presentar también todas las apariencias para que el usuario no dude de esa neutralidad”. Es decir, que las opiniones de los usuarios se revalidan en la medida en que se trata de manifestaciones en apoyo a la neutralidad y no tanto de rechazo a una determinada y concreta religión; lo que sería discriminatorio.

Hay que recordar, sin embargo, que, en el caso de los servicios públicos proporcionados por entidades públicas, al no regirse por la lógica del beneficio y ser requeridas en mayor medida, precisamente por su naturaleza pública, al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores que prestan sus servicios en ellas, en principio no podrían acudir a la existencia de quejas por parte de los usuarios del servicio relacionadas con la manifestación pública de las creencias religiosas por parte de los trabajadores del servicio de que se trate. En contraste, debido a la monopolización de los servicios por un ente público, los usuarios seguramente carecen de la posibilidad de acudir a otros prestadores si es que las condiciones del primero no le resultan satisfactorias; no teniendo la alternativa, si es que la presencia de trabajadores llevando símbolos religiosos le incomoda, de optar por otro prestador del servicio público. En esta situación de clientela cautiva la queja es una forma de participación de los ciudadanos en el funcionamiento de esos servicios públicos; una queja que, si se atiende, puede generar una mejora del propio servicio.

Pero la queja no tiene valor en sí misma, ni significa una mejora del servicio

³⁴ Siguiendo en esto la opinión de la Comisión consultiva nacional (francesa) de los derechos del hombre de 9 de octubre de 2013 (Diario Oficial n° 0235).

público si solo sirve para justificar la limitación o injerencia en el derecho fundamental del trabajador. Esto sin señalar que el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores es una obligación para todos las personas que se relacionan con ellos; lo que incluye también a los propios usuarios de los servicios públicos. De forma que su opinión no puede servir como argumento central para limitar el derecho, salvo si la queja no hace otra cosa que poner de manifiesto la posible lesión, como consecuencia de un ejercicio sin cortapisas de la libertad religiosa, de otros valores que podrían alegarse como preferentes frente a la libertad religiosa tales como la seguridad, la salud y el derecho de otros. La queja de los usuarios, por tanto, no sirve, y mucho menos como argumento único, para que la entidad o empresa pública ponga límites a la libertad religiosa en su dimensión externa. Y desde luego no en absoluto cuando esa queja, que atañe a la expresión religiosa de los trabajadores, es puntual, poco o nada fundada entendiéndolo por éstas las que ofrecen como fundamento exclusivamente el impacto emocional negativo que la manifestación de determinadas religiones puede causar en el sujeto; lo que puede ser algo irracional, arbitrario y lleno de prejuicios religiosos.

Más directa, y en un contexto diferente como es la empresa privada en la que la justificación de la neutralidad, aunque aceptable como se ha visto antes, requiere un fundamento más estricto, es la Sentencia del TJUE en el asunto Bougnaoui, la cual se pronuncia en un caso en el que no existe constancia de una norma interna prohibitiva apoyada en razones de neutralidad. En estas hipótesis la opinión de los usuarios o clientes queda desplazada prácticamente, perdiendo la muy relativa trascendencia que, como se ha visto, puede tener en el seno de una empresa pública. Es en relación con estas situaciones en las que hay que recurrir a las exigencias del TJUE, en el sentido de que es necesario que el hecho negativo de no manifestar las propias convicciones constituya un requisito profesional esencial y determinante, siendo relevante no tanto “el motivo en el que se basa la diferencia de trato (profesar una determinada confesión religiosa) sino una característica relacionada con dicho motivo (llevar el velo islámico en este caso)”. Concluyendo, en lo que aquí concierne, que la prohibición de llevarlo “no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente”.

Lo anterior significa, finalmente, que las quejas de los clientes, tanto en la empresa pública como en menor grado todavía en la empresa privada, no son suficientes para cercenar el derecho de la trabajadora en la medida en que esos deseos y manifestaciones de la clientela (menos si son saltuarias o singulares pero tampoco, salvo casos muy excepcionales, si son generalizadas), no pueden considerarse un requisito profesional esencial y determinante cuya calificación debe hacerse depender del tipo de actividad, de su contenido profesional y de la influencia que en su desempeño correcto, considerado la actividad en sí y no su proyección sobre los clientes, tiene la manifestación externa de las convicciones

religiosas del trabajador.

En consecuencia, las opiniones de los clientes son irrelevantes a los efectos del derecho a manifestar, mediante el atuendo y los símbolos, las propias creencias religiosas, salvo que sean el eco de una posible lesión injustificada del derecho de otros por obra del ejercicio de esa misma libertad. Lo que es muy improbable que suceda y, en todo caso, si a consecuencia de las quejas, el empresario pretende limitar esas manifestaciones religiosas de sus trabajadores, para hacerlo legítimamente habrá de encontrar una justificación autónoma y sólida para ello que la queja no le da, sirviendo solo como lo que es: un test acerca de cómo los clientes y usuarios del servicio perciben el ejercicio de la libertad religiosa, sus logros y sus deficiencias. Pero no funcionar como la causa única y central para limitar el derecho fundamental de los trabajadores. Solo de manera complementaria esas quejas pueden apuntalar una respuesta empresarial limitativa del derecho; pero debe existir una razón más solvente y acogible, dentro de las que el respeto al derecho fundamental permite como limitadas causas de injerencia.

5.2.6. Si el comportamiento de la empresa ofreciendo un puesto de trabajo alternativo puede ser considerado una oferta empresarial adecuada para hacer viable, dentro de lo posible, el derecho del trabajador a manifestar públicamente sus creencias religiosas o el cumplimiento de sus prácticas religiosas

Ya se ha dicho que la existencia de normas generales de naturaleza prohibitiva de las manifestaciones de la libertad religiosa no avala, por su propia existencia, esa limitación sino que compete al TEDH valorar si tales normas son o no respetuosas con la libertad religiosa. Tanto si son públicas, en las que el valor de la neutralidad se impone siempre que su vehículo normativo acoja esa prohibición exigiendo su funcionalidad directa con ese objetivo; como si son privadas; aunque en este caso, el control de las normas prohibitivas es más riguroso y preciso ya que las empresas privadas no están obligadas a la neutralidad y prohibir las manifestaciones religiosas en el trabajo o consentirlas son, en principio, alternativas entre las que la empresa decide pero que no escapan al control de necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad. Exigencias que se refuerzan al máximo cuando la prohibición empresarial no se apoya en ninguna regla general sino que se origina en el tratamiento del caso concreto a consecuencia de la confrontación del interés empresarial y el derecho del trabajador a manifestar su religión.

Lo que se plantea aquí es si la existencia de una oferta empresarial de alternativas para el ejercicio de la libertad religiosa por parte de los trabajadores compatible con los intereses de la empresa puede justificar la prohibición. De manera que ambas libertades encuentren una satisfacción relativa pero suficiente,

si bien nunca absoluta para ninguna de ellas. Es lo que se plantea en el caso Eweida/Eweida en el que el deseo de la trabajadora de portar una cruz al cuello, pese a la prohibición general existente en la empresa de manifestar las convicciones religiosas, se trata de satisfacer por la empresa ofreciéndole un puesto de trabajo diferente (de carácter administrativo, no siéndolo el desempeñado inicialmente), en el que, sin pérdida del salario, realizaría sus actividades sin contacto con la clientela y, por tanto, sin que la prohibición de expresar sus sentimientos religiosos tenga tanto fundamento, siendo como es una empresa privada no obligada a la neutralidad.

La respuesta del TEDH es clara a favor de la atenuación que una oferta de este tipo tiene de la gravedad de la injerencia empresarial en la libertad religiosa de los trabajadores. Pero no solo este elemento sino también, y considerados de forma conjunta, el hecho de que la empresa había analizado de forma seria el conflicto suscitado, que había abierto una consulta a los representantes de los trabajadores al respecto, que había flexibilizado el código vestimentario a consecuencia de tales consultas y, en lo que aquí es relevante, que había ofrecido a la trabajadora un puesto alternativo de trabajo sin contacto con los clientes y donde pudiera manifestar libremente su confesión religiosa; un puesto necesariamente diferente ya que lo característico del primero era precisamente el contacto con la clientela.

Atenuación por tanto del rigor de la exigencia empresarial y factor evidente a tener en cuenta en el juicio de ponderación, la oferta empresarial de alternativas conciliadoras al trabajador puede llevar a una situación en la que ambos derechos e intereses, los del trabajador y los de la empresa, queden satisfechos en la medida de lo posible sin que exista una descompensación entre ellos y sin que el sacrificio que se impone a uno sea un precio demasiado elevado respecto de la satisfacción que se da al otro. Naturalmente que la cuestión se centrará precisamente en qué sea “lo posible” que la empresa esté obligada a proporcionar. Pero es un tema que ha encontrado un acomodo mayor en los casos en que la pretensión del trabajador de ejercitar su libertad religiosa no solo requiere, como la mera manifestación a través de atuendos, símbolos y apariencia física, una tolerancia empresarial sino que reclama un esfuerzo de acomodación de la organización productiva y de los tiempos de trabajo y descanso.

6. LIBERTAD RELIGIOSA DEL TRABAJADOR Y ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO EN LA EMPRESA

Si la mera expresión de las convicciones religiosas del trabajador puede entrar en conflicto con los intereses de la empresa, sea ésta pública o privada, mayor grado de divergencia se produce cuanto el trabajador lo que pretende es que la organización empresarial se acomode a la práctica de esa religión concreta, de

forma que, sea el contenido de las tareas o los tiempos de trabajo y descanso se adapten o cambien para permitir que el trabajador pueda cumplir con los preceptos y mandatos de su religión. En cuanto a la jurisprudencia del TEDH, existen una serie de Sentencias que abordan esta cuestión, pudiendo diferenciarse entre las que afrontan la hipótesis de un trabajador que reclama un cambio en el contenido de las tareas como la forma de adaptar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales con el ejercicio de la libertad religiosa, y las que pretenden, con la misma finalidad, la alteración de las reglas en materia de descansos, fundamentalmente semanal.

6.1. Libertad religiosa y adaptación de las tareas laborales

Esta cuestión se suscita en la Sentencia del caso *Eweida/Ladele y Eweida/McFarlane* (2013). Pues bien, en cuanto a la Sra. Ladele, de confesión cristiana, considera sinceramente, de conformidad con ese credo, que el matrimonio es una unión entre un hombre y una mujer y que el matrimonio, o incluso la unión civil legalizada de una pareja del mismo sexo, son contrarios a la ley divina. La Sra. Ladele está empleada en una colectividad local en el entorno de Londres (Islington) con la tarea de gestionar el registro de nacimientos, muertes y matrimonios cuando una ley sobre la unión civil (la *Civil Partnerships Act 2004*) prevé el registro de estas uniones entre personas del mismo sexo, acordándoles derechos equivalentes a los de una pareja casada. En diciembre de 2005, la autoridad local para la que trabaja la Sra. Ladele destina a todos los oficiales de estado civil como la Sra. Ladele al registro de esas uniones civiles; si bien en otras localidades, en cambio, la aprobación de la Ley hizo que algunas colectividades locales permitieran a los oficiales de estado civil, contrarios por razones religiosas sinceras a la formación de uniones civiles, no estar adscritos al registro de este tipo de uniones.

Aunque al principio la colectividad local de Islington autorizó a la Sra. Ladele a que se pusiera de acuerdo con sus compañeros para repartirse las tareas de forma que ella no tuviera que conducir ceremonias de unión civil, tras la queja de dos de los colegas en el sentido de que esa reserva era discriminatoria, advierte a la Sra. Ladele que su negativa a ocuparse de las uniones civiles constituía una violación del código de buena conducta y de la política de igualdad de la entidad y que, en consecuencia, debía ocuparse igualmente de las mismas en el desempeño de su trabajo. La indicación es rehusada por la Sra. Ladele de forma que el ambiente de trabajo se deteriora por la sobrecarga de trabajo que la negativa de la Sra. Ladele supone para sus compañeros y por la opinión de colegas homosexuales que se consideraban vejados por esa actitud de la Sra. Ladele. Finalmente la entidad local inicia un expediente disciplinario contra la Sra. Ladele por no haber respetado el código de conducta y la política de igualdad y de respeto a la diversidad puesta en marcha por el ente local en un documento, adoptado en 1992,

titulado como “Dignidad para todos” y en el que expresamente se señala que son objetivos de esa política la lucha contra la discriminación en todas sus formas tanto las que afectan a los empleados como a los propios usuarios de los servicios públicos. Además el documento indicaba que el ente local no toleraría comportamientos y actitudes asimilables a la discriminación, obligando a los empleados a defender esos valores y a respetar esa política, exponiéndose en caso contrario a sanciones disciplinarias.

En cuanto al asunto Eweida/McFarlane, se trataba de un cristiano practicante que creía profunda y sinceramente que la Biblia decía que las actividades homosexuales eran un pecado y que no debía por tanto hacer nada que contribuyera directamente a su consolidación y reconocimiento. El Sr. McFarlane trabajaba como consejero para una organización privada prestataria de terapias sexuales y de servicios de asesoramiento relacional que formaba parte de una asociación (la Asociación británica para la terapia sexual y relacional) que tenía un código deontológico y de principios de buenas prácticas a las que la empresa se adhería. Tales códigos prevenían, entre otras cuestiones, el respeto al derecho al libre arbitrio de los sujetos en estos dominios así como la garantía de un trato igual a los clientes al margen de factores, entre otros, como la raza, el color, la edad, la cultura o la orientación sexual.

El conflicto se plantea por la resistencia del Sr. McFarlane a prestar sus servicios de tipo sexual a las parejas homosexuales, afirmando que encontraba un conflicto entre realizar ese tipo de trabajo y sus convicciones religiosas. Pese a las advertencias de la empresa en el sentido de que rehusar trabajar con parejas homosexuales en el terreno del asesoramiento sexual podía constituir una actitud discriminatoria y contraria a la política de igualdad de oportunidades de la empresa, y una consiguiente admisión por parte del Sr. McFarlane de la obligación de asistir también en este terreno a las parejas homosexuales, finalmente la empresa despidió al trabajador por falta profesional al entender que, pese a declarar su propósito de cumplir las normas de igualdad de la empresa, en realidad no tenía esa intención, no pudiendo contar la empresa con él, por falta de confianza, para la aplicación de sus políticas de igualdad.

Pues bien, la posición del TEDH es igual en ambos casos y se basa en la apreciación de que el fin perseguido por la entidad contratante, sea pública o privada, de proporcionar unos servicios inspirados en políticas de igualdad, de respeto a la diversidad y, en lo concreto, a la orientación sexual, es un fin legítimo. Por lo que, una vez establecido esto así como que las intenciones de los trabajadores (rechazo de intervenir en el registro civil de parejas homosexuales, en un caso, o de excluir en su práctica profesional el asesoramiento sexual a las uniones homosexuales, en otro) son expresión de sus convicciones religiosas, la respuesta al conflicto se basa en que el margen de apreciación que el TEDH reconoce a los órganos judiciales permite sostener que la negativa de la empresa a las pretensiones de

los trabajadores de mostrar sus convicciones religiosas puede ser adecuada si es consecuencia de un juicio de ponderación que hay que realizar entre, la libertad religiosa del trabajador y su mejor y más amplio desarrollo al que el Estado debe concurrir, y los principios en que se apoya la empresa y sus intereses de funcionamiento productivo de las mismas.

Así, en el asunto Eweida/Ladele, el TEDH parte del análisis de si el fin perseguido por la autoridad local pública era legítimo. Para lo que entiende que ese fin era el de proporcionar un servicio cuya calidad no se centraba solamente en su comodidad y eficacia sino también en “*respetar el principio primordial de ser un empleador y una autoridad pública enteramente identificada con la defensa de la igualdad de oportunidades, exigiendo de sus trabajadores que no actúen operando una discriminación hacia los demás*”; mucho más en un contexto en el que las parejas homosexuales han de estar en el mismo plano que las heterosexuales en lo que se refiere a su reconocimiento jurídico y a la protección de su relación. Lo que lleva en principio a rechazar la pretensión de la reclamante. No obstante, el TEDH considera que ha de procederse a valorar si los medios empleados para la consecución de ese fin han sido proporcionados, para lo que el TEDH concede a los países un margen de apreciación buscando el equilibrio entre los derechos concurrentes, concluyendo que ese margen de apreciación no se ha excedido y, en consecuencia, no hay violación del art. 9. Es decir, que los fines de igualdad que el ente local se había fijado habilitan a rechazar la pretensión de la trabajadora de ser excluida de las operaciones de celebración de ceremonias y de registro de las uniones homosexuales.

Respecto del asunto Eweida/McFarlane, también aparece la idea que consiste en que la empresa, de naturaleza privada, no estando tan orientada, como si fuera pública, a la garantía de la diversidad en el terreno sexual, podría, respetando la libertad religiosa, haber confiado a otro trabajador o consejero los clientes homosexuales y evitando que el trabajador deba contrariar sus convicciones religiosas, lo que sucedería si se le obligara a intervenir en el asesoramiento sexual de parejas o uniones homosexuales. Aunque, en todo caso, la finalidad de la empresa, en el supuesto de naturaleza privada, debe ser la de garantizar esa igualdad de trato en la prestación de servicios al margen de la orientación sexual de sus clientes como se desprende de los códigos deontológicos y de principios y buenas prácticas de la Asociación Británica de terapia sexual y de pareja. Lo que constituye desde luego una finalidad legítima a la que ha de someterse, con el menor daño posible, el interés del trabajador en poder ser fiel a su convicción religiosa. Lo que se consigue buscando la empresa un justo equilibrio entre los intereses concurrentes que se traduce en la primacía del fin legítimo de la empresa sin que sea posible acceder, sin daño relevante a esa finalidad, a la pretensión del trabajador de quedar excluido del asesoramiento sexual a las parejas homosexuales.

En cuanto al grado de vinculabilidad que el contrato impone al trabajador, de

manera que no se justificaría una reclamación de respeto de su libertad religiosa que fuera en contra de las obligaciones asumidas, la Sentencia Eweida/McFarlane pone de manifiesto que, efectivamente, el trabajador había acudido sin objeciones a los programas de formación de enseñanza superior en terapia psicosexual propuestos por la empresa sabiendo que ésta aplicaba una política de igualdad de oportunidades y que la selección de los clientes según su orientación sexual no era posible. No obstante este dato no es concluyente en términos semejantes a los sostenidos antes por el propio TEDH y, en el caso español, por la Sentencia del TC 19/1985; de forma que se ha devaluado a un elemento más a tener en cuenta a la hora de buscar el justo equilibrio entre los intereses de las partes.

6.2. Libertad religiosa y acomodación de los horarios y los descansos

La última cuestión que se analiza en este artículo (al margen de la relativa a las empresas de tendencia que se tratarán, aunque muy brevemente, al final) es la relativa a la reclamación del trabajador, en el sentido de exigir al empresario acomodar los horarios y los tiempos establecidos de trabajo y descanso para permitir la práctica de los deberes religiosos vinculados a la religión de que se trate. Se trata de una materia que el TEDH ha tenido la oportunidad de juzgar en diversas ocasiones.

Son los asuntos X contra el Reino Unido, resuelto mediante decisión de la Comisión de Derechos Humanos de 12 de marzo de 1981, el asunto Kontinen contra Finlandia, mediante decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 1996, el asunto Stedman contra el Reino Unido, a través de la decisión de la Comisión de 9 de abril de 1997 y el asunto Kostaske contra la exrepública yugoeslava de Macedonia, por decisión de la Sentencia del TEDH de 13 de abril de 2006. En todos ellos el conflicto se suscita debido a la incompatibilidad de la práctica de los deberes religiosos con los horarios laborales que rigen para el trabajador en cuestión, fundamentalmente en el marco de confesiones religiosas particularmente rigurosas que obligan al descanso en determinados días de la semana prohibiendo el trabajo lo que choca, bien con el establecido con carácter general, bien con el concreto horario de trabajo fijado y pactado con la empresa al suscribir el contrato.

Es el caso de un enseñante de confesión religiosa musulmana que realiza su trabajo en una escuela pública que pretende ausentarse del mismo para cumplir con la exigencia de la oración el viernes al mediodía en la mezquita correspondiente y que fue forzado a la dimisión por la negativa de la empresa a esa adaptación aunque luego fue readmitido mediante un contrato a tiempo parcial no incompatible con tales obligaciones religiosas (asunto X contra el Reino Unido); o el de un funcionario de los ferrocarriles finlandeses, perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día en relación con el trabajo en el viernes, actividad prohibida desde el ocaso a los miembros de dicha comunidad religiosa (un asunto

exactamente igual al que se suscitaba en la Sentencia del TC 19/1985, de la que ya se ha hablado en varios lugares); o el de un trabajador de religión cristiana y que prestaba sus servicios en una empresa privada, concretamente una agencia de viajes, que rehusaba trabajar los domingos por tratarse de un día dedicado al Señor; o el caso de un trabajador de una sociedad pública eléctrica que, declarado musulmán, pretendía ausentarse del trabajo en dos ocasiones a lo largo del año con motivo de las festividades musulmanas (asunto Kostascki).

En estos casos, varios son los argumentos de la Comisión o del TEDH que avalaron el rechazo de la pretensión del trabajador y, en consecuencia, la ausencia de violación del art. 9 CEDH.

En primer lugar, en algunos de los casos, el rechazo proviene de la existencia de dudas acerca de la autenticidad de la pertenencia a la confesión de que se trate y si la motivación de fondo de la reclamación no era la práctica real del credo religioso sino otras finalidades desvinculadas de este motivo, como conseguir días de descanso suplementarios. Es decir, una cuestión de sinceridad en la declaración de pertenencia al credo religioso alegado. Es verdad que una alegación de este tipo fuerza al TEDH a indagar acerca de la realidad de tales convicciones, algo que el la Comisión o el TEDH aprecia en el hecho de que el trabajador no había alegado dicha confesión como motivo para ausentarse del trabajo los viernes durante los seis años anteriores, lo que arroja dudas acerca de la solidez de tales creencias religiosas (asunto X contra el Reino Unido); o porque el reclamante no conocía los postulados de la fe musulmana, habiendo celebrado las fiestas cristianas hasta entonces, concluyendo el Tribunal que el interesado se había proclamado musulmán con el único fin de disfrutar de ventajas en cuanto a los días de descanso (asunto Kostascki contra Macedonia). Para el TEDH, cuando lo que el interesado reclama es un privilegio o una excepción especial para los miembros de una determinada comunidad religiosa, no es contrario al art. 9 exigir al reclamante una *“justificación mínima de la realidad de la pertenencia a una comunidad”* (asunto Kostascki contra Macedonia).

Es evidente que se trata de supuestos marginales que no pueden elevarse a categoría por lo que hay que abordar la cuestión sobre la base de que la confesión religiosa que se declara es auténtica y sincera; sin olvidar que también es ejercicio de la libertad religiosa el solicitar esa acomodación de los horarios en el caso de alguien que se ha convertido a la religión recientemente, mientras estaba en vigor el contrato de trabajo (lo sucedido en la Sentencia 19/1985), o, más simplemente, acentuar su compromiso con una religión practicada hasta el momento solo nominalmente. Situaciones a las que no es razonable hacer un reproche de insinceridad o falta de autenticidad.

Además, este motivo de rechazo de la reclamación del trabajador suele ir acompañado de otros argumentos complementarios pero que acaban ocupando el primer lugar. Por ejemplo, el grado de imperatividad de tales mandatos (algo

sobre lo que ya se ha reflexionado antes) que lleva, de forma casi inevitable, a prestar más atención a la conciliación entre la libertad religiosa y la organización de los tiempos de trabajo en la empresa en los supuestos de religiones más impositivas y rigurosas (el islam, la iglesia adventista del séptimo día) mientras que el rechazo a la reclamación del trabajador se hace mucho más fácil si se trata de religiones con deberes concebidos de forma más flexible como sucede por ejemplo con la religión católica y la festividad del domingo (caso *Stedman contra el Reino Unido*). Aunque esa imperatividad tampoco da carta blanca al trabajador ya que, en opinión de la Comisión, no hay apariencia de discriminación por el hecho de que la legislación impusiera generalmente, por razones de todo tipo (originariamente religiosas pero luego de tipo cultural, social e incluso de conciliación de la vida laboral y personal) el domingo como día semanal de descanso aunque no coincida con el de otras religiones (asunto *Konttinen contra Finlandia*).

Finalmente, la motivación básica del rechazo de la Comisión y del TEDH a la existencia de una lesión de la libertad religiosa por la negativa de la empresa a adaptar los tiempos de trabajo a las exigencias de un determinado credo es la relativa, de una parte, a la existencia de unas obligaciones contractuales que el trabajador asumió en el momento del contrato y que los principios de buena fe y de cumplimiento de lo acordado obligan a respetar. En consecuencia es el argumento contractual de que páginas antes se hablaba el que excluye una violación del derecho fundamental (asunto *X contra el reino Unido* y *Kosteski contra Macedonia*), teniendo como remedio último para la práctica de la religión la dimisión y la búsqueda de otro empleo compatible.

Exactamente la misma argumentación de la Sentencia del TCo 19/1985 y que ha sido recogida por resoluciones judiciales posteriores de los tribunales españoles pudiendo citarse, a título de ejemplo, la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 11 de septiembre de 2000 (AS 2000/508), en la que, tratándose de un trabajador fijo músico percusionista de la banda municipal de Castellón y adepto a la Iglesia Adventista del Séptimo Día a la que se había convertido tiempo después de su contratación, reclamaba no trabajar desde la puesta del sol el viernes a la del sábado. La entidad transige respecto de estas exigencias en cuanto a los ensayos pero no a la petición de no trabajar los días marcados alegando que todo cambio de horario debe ser fruto del acuerdo de las partes y que no es tolerable que el demandante quiera imponer a todos los demás integrantes de la banda un determinado descanso y sus tesis religiosas. Obligación contractual, pues, que predomina sobre la libertad religiosa; mucho más cuando el cambio solicitado repercutía de forma grave sobre el funcionamiento de la banda y sobre los demás trabajadores, al no ser un trabajo que pueda desarrollarse de forma individualizada. En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia del TSJ del País Vasco, de 15 de octubre de 2013 (AS 2014/1134), en el caso de un trabajador, de confesión islámica, que requería de la empresa el derecho a ausentarse de la empresa para ir

a rezar desde las 14.00 horas del viernes, siendo así que la jornada finalizaba a las 15.30 horas; lo que el TSJ rechaza por tratarse de una modificación unilateral del tiempo de trabajo que afectaba a una jornada que era conocida por el trabajador en el momento de ser contratado.

Como ya se dijo páginas atrás, toda esta argumentación ha sido desautorizada, aunque no de forma total, por la Sentencia del caso Eweida en la que, además de rechazar que la solución para el trabajador puede venir del cambio de empleo, señala que debe procederse a considerar en cada caso concreto y teniendo en cuenta todas las circunstancias si la empresa puede o no aceptar la demanda del trabajador sin excesivos costes de forma que pueda considerarse proporcionada la negativa en el caso de que tales costes fueran excesivos. Una cuestión, pues, de ponderación que exige que la medida empresarial no solo sea legítima en la medida que protege los intereses de otros e incluso de la propia empresa sino que esté en correspondencia con el sacrificio que se exige al trabajador. Algo que conecta de forma inmediata con el concepto de acomodación razonable³⁵.

Razones que conectando mejor con la nueva visión del problema impuesta por la Sentencia Eweida, no obstante ya se encontraban sugeridas en algunas de las resoluciones citadas. Como se recoge en la Decisión del asunto Konttinen en el sentido de que acceder a la pretensión del trabajador significaría muchos inconvenientes no solo para la empresa sino también para los demás trabajadores, afirmación que el TEDH conecta con las causas justificativas de injerencia en la libertad religiosa entre ellas la del derecho de otros y las exigencias de orden público. Pretender, sigue la Decisión, la adaptación del tiempo de trabajo a las normas de las diferentes religiones se considera abusivo mucho más cuando en el caso la empresa hizo los intentos para ofrecer al trabajador una ocupación compatible con sus deberes religiosos; lo que no fue posible por no existir un puesto de estas características en la plantilla respecto de una actividad que ha de desarrollarse durante todos los días del año. O como señalan las mismas Sentencia de los TSJ de la Comunidad Valenciana y del País Vasco, antes citadas, en las que se ponen de manifiesto ciertos intentos de acomodación del horario a las convicciones religiosas por parte de la empresa: transigencia en cuanto al trabajo los viernes cuando se trata de ensayos, o aceptación por parte de la empresa de determinados minutos diarios para la práctica del rezo, al margen del descanso del bocadillo, algo no concedido a los demás trabajadores.

Ciertamente el concepto de acomodación razonable, o lo que en otros términos no es sino un juicio de ponderación, es un concepto flexible que obliga a establecer una relación entre los sacrificios exigidos al trabajador, que puede tener que soportar determinadas limitaciones al ejercicio de su libertad religiosa en aras del cumplimiento eficaz de sus obligaciones laborales asumidas por el contrato y

³⁵ García González-Castro, cit. pp. 344-359 y Valdes Dal Re, cit. pp. 597 haciendo referencia al concepto de acomodación razonable en la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos.

las cargas, costes e inconvenientes organizativos que la empresa puede soportar sin que sean excesivos. Pero la cuestión es si esa acomodación o esas limitaciones recíprocas solo pueden imponerse mediante acuerdo entre las partes o si, por el contrario, puede ser obligatoria para la empresa con el límite de lo que pueden considerarse cargas excesiva y desproporcionadas. Descartado como regla lo primero ya que deja al arbitrio de la empresa decidir hasta qué punto está dispuesta a tolerar los inconvenientes de la acomodación sobre la organización productiva, hay que decantarse por afirmarla como obligación empresarial. Que no puede ser, evidentemente ilimitada. Lo que, a su vez, suscita la cuestión de qué criterios han de manejarse para valorar lo adecuado de una determinada adaptación y hasta dónde puede alcanzarse en beneficio del trabajador aunque fuera en perjuicio de la empresa.

En este punto, solo cabe acudir a criterios o pautas generales que se mueven entre entender la adaptación obligatoria si los inconvenientes que causa a la empresa no son serios, en el sentido de importantes, relevantes, con repercusiones graves sobre la productividad y el derecho de los demás trabajadores, momento en el que el gravamen económico u organizativo para la empresa ha de entenderse excesivo y en consecuencia no exigible; y tampoco cuando el sacrificio que las medidas empresariales requieren del ejercicio de la libertad religiosa tampoco son exagerados. Mientras que, por el contrario, la adaptación ha de entenderse obligada si los costes de todo tipo, organizativos y económicos son mínimos, o la empresa carece de una justificación razonable, obviamente basada en esos costes, para rechazar la acomodación solicitada sin ofrecer alternativas que puedan ser razonablemente aceptadas por el trabajador.

7. BREVE REFERENCIA A LAS EMPRESAS DE TENDENCIA

Aunque la problemática de las empresas y tareas de tendencia requeriría un tratamiento diferenciado y extenso³⁶, la ya excesiva dimensión de este trabajo obliga a hacer una referencia mínima y esquemática al tema y centrarse en la más reciente aportación jurisprudencial al respecto contenida en la Sentencia del TJUE en el caso Egenberger, de fecha 7 de abril de 2018 (TJCE/2018/75, asunto C-414/16).

Varias son las cuestiones conflictivas que se suscitan al respecto y que aquí solo se enumeran: a) en primer lugar, la identificación de las empresas que se

³⁶ Así se viene haciendo por parte de la doctrina, pudiéndose resaltar los trabajos al respecto realizados por Calvo Gallego, F.J., desde su libro *“Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia”*, Consejo Económico y Social, 1995, y particularmente, debido a su actualidad y al hecho de referirse a la jurisprudencia del TEDH, el elaborado junto a Feria Basilio, I., *“Poderes empresariales y tareas de tendencia en la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*, en AAVV, *Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico*, Monografías de Temas Laborales, CARL, 2013, pp. 181-196.

consideran de tendencia (en el sentido de empresas u organizaciones que están creadas para la elaboración y difusión de una determinada ideología, sea o no de tipo religioso, y, dentro de ellas, la concentración en las que pueden calificarse como tareas de tendencia (esto es, los trabajos dentro de las empresas de tendencia que se entienden cualificados profesionalmente por ese componentes ideológico o religioso, partiendo de la base de que no todos los puestos de las empresas de tendencia pueden ser adjetivados como trabajos o tareas de tendencia; lo que significa una interpretación restrictiva del ámbito en el que tienen vigencia las limitaciones que la calificación de tendencia impone a los trabajadores que quieren realizar tales tareas); b) la diferenciación entre empresas y tareas de tendencia (una cualificación fuerte que proyecta hacia la relación laboral fuertes limitaciones de tipo ideológico) y empresas en las que existe un ideario concreto o están inspiradas, más o menos directamente, por una ideología, una orientación o una concepción religiosa); c) la distinción entre una empresa de tendencia y otras empresas dependientes de ella pero que tienen un fin comercial solo indirectamente inspirado en la tendencia de la empresa u organización madre; d) la constatación de que en ningún caso las entidades públicas pueden ser empresas de tendencia en razón de la obligada neutralidad que se les impone, tanto en general, como en cuanto a la orientación religiosa de que se trate; de manera que el tema de las empresas de tendencia, y mucho más en la cuestión religiosa, solo pueden serlo las empresas privadas; y e) la evidencia de que, en las empresas de tendencia se hace un ejercicio colectivo de la libertad religiosa que determina unas concretas exigencias a los trabajadores de participar en esa orientación o creencia religiosa que evidentemente contrasta con la propia libertad religiosa de esos trabajadores a los que se exige, en diverso grado, una adhesión al credo religioso de la entidad si quieren obtener o conservar el empleo.³⁷

Centrando el análisis en la Sentencia en el asunto Egenberger, versa sobre un pleito entre la Evangelisches Werk y la Sra. Egenberger a raíz de la publicación por la primera de una oferta de empleo de duración determinada para un proyecto de redacción de un informe paralelo sobre el Convenio Internacional de las Naciones Unidas referido a la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Un trabajo que incluía tareas de seguimiento del proceso de redacción de los informes estatales sobre dicho convenio del periodo 2012-2014, la elaboración del informe paralelo al del informe estatal alemán y sobre observaciones y contribuciones especializadas así como, en el ámbito del proyecto, sobre la representación de la obra social evangélica de Alemania ante el mundo político, el público y las organizaciones de defensa de los derechos humanos, la información y coordinación respecto del proceso de formación de opinión en el ámbito de la asociación y la organización, administración y redacción de los informes

³⁷ Sobre estos temas, Salas Porras, cit. pp.50-56; Valdés Dal Re, cit. pp. 571-575; Rodríguez Cardo, cit. pp. 283-295.

técnicos. Lo característico de esta oferta de empleo era la exigencia de que los candidatos al puesto de trabajo debían cumplir el requisito de pertenecer a una iglesia protestante o a una iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las iglesias cristianas de Alemania y la identificación con la misión de servicios social evangélico, obligando a indicar en el currículo la confesión concreta profesada por el candidato.

La Sra. Egenberger, sin confesión alguna, solicitó el puesto y, tras varios filtros, su candidatura fue rechazada, seleccionando la Evangelisches Werk finalmente a otro candidato miembro de la iglesia protestante de Berlín. La Sra., Egenberger consideró que la razón del rechazo de su candidatura había sido el hecho de carecer de confesión religiosa y que dicho rechazo constituía una discriminación por razones religiosas que atentaba a su libertad en este plano.

Para el TJUE, el art. 4.2 de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000 permite que una diferencia de trato pueda establecerse y estar justificada cuando una concreta característica personal vinculada a la religión o a las convicciones constituya un requisito profesional esencial y determinante y cuando el objetivo perseguido sea legítimo y el requisito sea proporcionado. De manera que *“una iglesia u otra organización cuya base ética se base en la religión o las convicciones puede establecer un requisito relacionado con la religión o las convicciones si, por la naturaleza de la actividad de que se trate o por el contexto en que se desarrolle, la religión o las convicciones constituyen un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización”*. En consecuencia, rechaza que una entidad o empresario pueda establecer unilateralmente y de forma vinculante que la religión sea, con independencia de la actividad de que se trate, un requisito profesional justificado atendiendo a la ética del empresario; por lo que no queda impedido un control por parte de los tribunales nacionales acerca de la justificación de dicha exigencia de adhesión religiosa que debe ir más allá de un mero y superficial control de plausibilidad.

Establecido que el requisito religioso debe reunir ciertos requisitos, el TJUE también indica que el control de su carácter esencial, legítimo y justificado no puede quedar al arbitrio de la propia entidad religiosa so pretexto del respeto del principio de autonomía de las iglesias normalmente reconocido por las normas nacionales ya que, entonces, tal control carecería de virtualidad. Por lo que debe ser realizado por una autoridad independiente como un órgano jurisdiccional nacional.

En cuanto a los requisitos señalados de esencialidad, legitimidad y justificación, el TJUE aporta una serie de criterios para considerarlos o no existentes, consintiendo en esto la principal aportación de la Sentencia. Aunque, previamente, el Tribunal exige que la diferencia de trato basada en la religión, para ser aceptable, se subordine a la comprobación de la existencia de *“un vínculo directo entre el requisito profesional impuesto por el empresario y la actividad de que se trate”*; vínculo que puede derivarse o de la naturaleza de la actividad o de las circunstan-

cias en que ha de desarrollarse. Más concretamente, ese vínculo debe apreciarse existente cuando la actividad laboral implica participar en la determinación de la ética de la iglesia de que se trate, esto es, intervenir en el proceso de creación, sistematización y difusión de la convicción religiosa, o, eventualmente, colaborar en la garantía de la representación fidedigna de la iglesia u organización cuando se trata de puestos de trabajo con este componente representativo.

En cuanto específicamente a los requisitos citados, el factor religioso debe entenderse como esencial si la pertenencia a la confesión religiosa o la adhesión a la ética de la iglesia u organización, entendida ésta como su visión del mundo y de la realidad y los principios o valores en que esa organización se basa, es necesaria o indispensable debido a la importancia, repercusión y relevancia de la actividad profesional en cuestión *“para la afirmación de esa ética o el ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia u organización”*. Por lo que se refiere al carácter legítimo del requisito, debe resultar claro que la exigencia profesional de profesar una determinada confesión religiosa *“no sirve para promover un objetivo ajeno a dicha ética o al ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia u organización”*; lo que no necesariamente quiere decir que se trate de un fin en sí mismo ilegítimo sino que la legitimidad le viene conferida por el hecho de que ha de existir un vínculo o una relación directa y primordial entre el objetivo realmente perseguido y la difusión de una determinada convicción religiosa y, de no existir porque los objetivos se distancien de esa finalidad para perseguir otros, el requisito no será válido ni aceptable por carecer de legitimidad. Finalmente, el carácter justificado del requisito reclama que la iglesia u organización está obligada a probar, conforme a las circunstancias del caso concreto, que, de no existir esa exigencia de confesionalidad, se generaría *“un riesgo de vulneración de su ética o de su derecho a la autonomía”*, riesgo que, además, debe ser no solo real y no teórico, sino también probable y grave. Y, en todo caso, el requisito debe ser, además proporcionado, es decir, razonable atendiendo a la naturaleza del trabajo, el alcance de la limitación que se impone a la libertad religiosa y la entidad del posible perjuicio que no requerirlo significaría para la iglesia u organización.

Como puede apreciarse, una Sentencia que afronta, con economía de medios y eficacia, el problema de la injerencia en la libertad religiosa personal que tiene lugar cuando la contratación o el desempeño de un trabajo se subordinan a la práctica de una determinada religión. Un escenario de conflicto entre dos libertades fundamentales, la colectiva de la organización y la individual del ciudadano, que sólo puede vencerse a favor de la primera, y siempre bajo el criterio de la proporcionalidad, cuando la exigencia religiosa reúne requisitos que la hacen imprescindible para un desempeño eficaz del trabajo al consistir éste en una participación relevante y directa en la elaboración y la difusión de una determinada ética simbolizada en la iglesia o confesión de que se trate.