

Joseph H.H. Weiler
Pedro Cruz Villalón

*El Tribunal de Justicia UE
sobre el pañuelo islámico
en el lugar de trabajo*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

PRESIDENTE:

Ernesto Garzón Valdés

SECRETARIO:

Antonio Pau

PATRONOS:

M.^a Emilia Adán

María José Añón

Benito Arruñada

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Victoria Ortega

Francisco Caamaño

Alfonso Candau

Françesc de Carreras

M.^a Emilia Casas

Pedro Cruz

Miguel Ángel Fdez. Ordóñez

Basilio J. Aguirre Fernández

Jesús González Pérez †

Vicente Guilarte

Liborio Hierro

Juan F. López Aguilar

Joaquín Martín Cubas

Fernando P. Méndez

Antonio Manuel Morales

Santiago Muñoz Machado

Fernando Pantaleón

Celestino Pardo

Juan José Pretel

M.^a Elvira Roca Barea

Margarita Soler

Carmen Tomás –Valiente

Fernando Vallespín

GERENTE:

M.^a Isabel de la Iglesia Monje

*El Tribunal de Justicia UE
sobre el pañuelo islámico en el
lugar de trabajo*

Joseph H.H. Weiler
Pedro Cruz Villalón

*El Tribunal de Justicia UE
sobre el pañuelo islámico
en el lugar de trabajo*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2024 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Joseph H.H. Weiler y Pedro Cruz Villalón

I.S.B.N.: 978-84-09-66341-5

Depósito legal: M-26025-2024

Diseño e impresión: Artia Comunicación Gráfica

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros medios, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

PRESENTACIÓN

La reunión de Joseph Weiler y Pedro Cruz en este libro tiene origen, según es habitual, en un Seminario de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Menos habituales son las vicisitudes por las que atravesó su celebración y que explican la secuencia de los textos que ahora se publican, que son testimonio de una conversación extendida en el tiempo. En el comienzo está “¡Je suis Achbita!”, un texto sumamente crítico de Weiler en reacción a la decisión del TJUE de los casos *Achbita* y *Bougnaoui*, publicado en español en la revista *El Cronista*, dirigida por Santiago Muñoz Machado. Parecía interesante plantear una conversación o un debate entre Weiler y Pedro Cruz sobre tales sentencias del TJUE a partir de la crítica ya publicada. Los casos trataban de la legitimidad de la prohibición del uso del velo islámico (u otros símbolos expresivos de creencias religiosas o convicciones) justificada por políticas de neutralidad en el lugar de trabajo.

Planeado y convocado para el 12 de marzo de 2020, este Seminario, sin embargo, no tuvo lugar; en el último momento, y ante las noticias del avance de la pandemia, se decidió

su cancelación (dos días después de la fecha prevista para el Seminario, el gobierno declaró el estado de alarma). Pese a que el encuentro inicialmente previsto no se produjo, la conversación planeada comenzó, aunque de otra manera. Pedro Cruz elaboró y dio forma de artículo a su reflexión sobre las sentencias del TJUE y la crítica de Weiler dirigida a ellas. Cuando en 2021 se retomaron las actividades de la Fundación en la famosa modalidad online, aquel Seminario frustrado volvió a la agenda y el 8 de abril de 2021, con las consabidas interferencias de las reuniones virtuales de los primeros tiempos, se realizó. Para entonces ya se sabía que dos nuevos casos sobre el mismo asunto estaban pendientes de decisión en el TJUE (*Wabe* y *MH Müller*), de modo que los ponentes del Seminario estuvieron de acuerdo en aguardar a las nuevas sentencias para actualizar y en su caso revisar sus consideraciones sobre el polémico *landmark case Achbita*.

En su *Post scriptum*, Weiler redobla su crítica inicial y pone en conexión los casos del pañuelo islámico con otros recientes, relativos a restricciones que afectan a prácticas religiosas en otros ámbitos, que le sirven para evidenciar y criticar de nuevo la incomprensión del Tribunal del significado de la práctica religiosa para la persona religiosa, y que se traduce en una inclinación a aceptar sin excesiva consideración de las consecuencias para los afectados,

limitaciones impuestas a las prácticas religiosas justificadas en la protección de otros derechos o intereses legítimos. En el texto que cierra el libro, Pedro Cruz se detiene en los elementos básicos de la construcción gradual de esta jurisprudencia sobre el pañuelo islámico en el entorno laboral en un arco temporal que llega hasta la sentencia más reciente de finales de 2023 (*Commune d'Ans*). La opción del TJUE por una jurisprudencia de estándares y no de reglas, para emplear la terminología americana al uso, su posición reacia al tratamiento de la religión “en clave religiosa”, en el modo demandado por Weiler, el esfuerzo apenas disimulado por eludir entrar, mientras pueda evitarlo, en la cuestión de si la prohibición del uso de hiyab provoca a la postre una discriminación sexista, son algunos de los aspectos de esta jurisprudencia destacados y comentados por Cruz Villalón, quien no duda en reconocer su carácter y alcance constitucional.

Precisamente, es su atención a las implicaciones de largo alcance, que el TJUE parece querer sortear, lo que hace singularmente interesante el comentario sobre esta jurisprudencia de Weiler y Cruz Villalón. En estas sentencias, como ponen de relieve ambos autores, tan relevante y revelador es lo que el Tribunal resuelve como lo que deja sin decidir. Es significativa la reiterada intervención de la Gran Sala en los casos, como también lo es la discordancia en

los planteamientos de los abogados generales entre sí y la distancia con ellos que mantiene el Tribunal en su razonamiento, las omisiones y saltos perceptibles en la argumentación, o las cuestiones escamoteadas en las sentencias. En ausencia de la válvula de escape que proporcionan los votos particulares, sugiere Weiler, el consenso en el seno del TJUE a menudo requiere no descender a los detalles, y evitar pronunciarse sobre puntos relevantes en la discusión del caso sobre los que no hay acuerdo. En la percepción de Cruz, el Tribunal ha optado estratégicamente por una intervención de mínimos en un espacio en el que aún queda amplio margen para los Estados. Si el Tribunal debería abandonar el minimalismo del caso por caso en la construcción de esta jurisprudencia, en la que siguen faltando piezas, es algo sobre lo que los autores tienen, me parece, distinta posición.

Marian Ahumada

ÍNDICE

¡JE SUIS ACHBITA! 15
Joseph H.H. Weiler

I. LA FORMULACIÓN DE LA
MATRIZ FACTUAL 18

II. UNA BREVE DIGRESIÓN
TEOLÓGICA Y SOCIOLÓGICA 27

III. PROPORCIONALIDAD 32

IV. NEUTRALIDAD 52

V. DISCRIMINACIÓN DIRECTA O
INDIRECTA 58

VI.
DE JAYA A SAMIRA 63

TODAVÍA SAMIRA. A
PROPÓSITO DE, *JOSEPH H. H.*
WEILER, ‘JE SUIS ACHBITA!’ 67
Pedro Cruz Villalón

1. PALABRAS CLAVE: EN FORMA
DE BINOMIO 72

2. ¡ES LA RELIGIÓN, ESTÚPIDO! 80

3. ¡ES LA ECONOMÍA, ESTÚPIDO! 88

4. EL RITUAL DE LA PROPORCIONALIDAD.....	91
5. DISCRIMINACIÓN AL CUBO.....	95
RECAPITULACIÓN.....	99

**EL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA UE Y LAS PRÁCTICAS
RELIGIOSAS – *POST SCRIPTUM*.....** 103

Joseph H.H. Weiler

1. WABE.....	103
2. ASUNTO C 336/19: RESTRICCIONES AL SACRIFICIO DE ANIMALES SEGÚN EL RITO KOSHER (Y HALAL) INTRODUCIDAS POR NORMATIVA DE BIENESTAR ANIMAL	107

***POST SCRIPTUM: EL TJUE, A
VUELTAS CON EL VELO ISLÁMICO ..*** 115

Pedro Cruz Villalón

1. LA CONSTRUCCIÓN GRADUAL DE UNA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	115
2. EL HIYAB: SU CUALIFICACIÓN COMO MANDATO RELIGIOSO	119
3. ENTRE LO VISIBLE Y LO VISTOSO: UNA CUESTIÓN DE TAMAÑO	122
4. LA SOMBRA DEL SUPERIOR NIVEL DE PROTECCIÓN	128

5. UNA DISCUSIÓN ACASO NO TAN BIZANTINA: COPULATIVAS Y DISYUNTIVAS.....	131
6. HACE SU ENTRADA EL EMPLEADOR PÚBLICO: EL ASUNTO COMMUNE D'ANS	141
7. EL GÉNERO, ¿UNA DISCRIMINACIÓN DISCRIMINADA?.....	146
8. CONSIDERACIÓN FINAL.....	154
AUTORES.....	157

¡JE SUIS ACHBITA!^[1]

Joseph H.H. Weiler

Achbita, decidido en marzo de 2017, no es un caso baladí. Considero que plantea una serie de cuestiones conceptuales y jurídicas de una enorme complejidad. Esto ocurre también en un delicado momento de la vida social y política de Europa, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) no solo da respuestas jurídicas y técnicas a los casos que se le plantean sino que también desempeña un papel importante en la configuración del clima y la definición de la identidad moral en, y sobre, Europa. No creo que la decisión prejudicial del TJUE roce siquiera lo que podría esperarse, en un caso de esta naturaleza, de la voz suprema de la justicia de nuestra Unión.

Este caso se refiere, como ustedes saben, a una mujer musulmana cuyo empleador le prohibió, en nombre de la política neutralidad de la empresa, vestir el “hiyab” (un pañuelo) en

^[1] Este texto fue publicado en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.73 (Enero) 2018.

su puesto de trabajo, y por lo tanto perdió su empleo. Creo que es una lectura honesta de la sentencia remitida al tribunal belga que aparte de comprobar si la empresa, sin que ello supusiera una carga excesiva, no encontrara un puesto de trabajo para Achbita en la trastienda con el fin de no estar en contacto con el público, el Tribunal no encontró ningún problema relevante en la política de la empresa en relación con la Directiva específica atrayendo el caso a la jurisdicción del derecho europeo y los principios más importantes de derechos humanos como son el Convenio Europeo de Derechos Humanos (“CEDH”) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“la Carta”).

Voy a presentar este caso, por las razones que explicaré más adelante, modificando ligeramente la matriz factual.

Jaya Levi vive en Amberes y pertenece a la gran comunidad judía jasídica de la ciudad. Ella, como muchos miembros de esta comunidad, sigue las estrictas reglas del judaísmo ortodoxo. Algunos se refieren a ellos como ultraortodoxos. Ella trabaja como recepcionista en una empresa general de servicios que, *inter alia*, ofrece servicios de recepción tanto en el sector público como privado. Como recepcionista está en contacto con los clientes. Su desempeño laboral es irreprochable. Jaya Levi se enamora y se casa con Moses Cohen, miembro

de su comunidad. En conformidad con el derecho judío ahora en adelante tiene que vestir un pañuelo, no muy diferente del *hiyab* islámico, que cubra su pelo. En Amberes esto es un indicador manifiesto de que es judía practicante.

Su supervisor le comunicó que, en conformidad con la política de neutralidad^[2] de la empresa, no tolerará el pañuelo al ser una prenda visible con significado político, filosófico o religioso.

Jaya Cohen (nacida Levi) se negó a quitarse el pañuelo y fue despedida. Interpuso recurso ante el tribunal belga competente, que a su vez mediante cuestión prejudicial desembocó en el TJUE y se examinó principalmente en virtud de la Directiva 2007/78^[3]. Dicha Directiva hace referencia en su primer considerando a los derechos fundamentales garantizados por el CEDH, cuyo artículo 9 señala que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, un derecho que incluye, en particular, 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] Cf. Asunto C-157/15, G4S Secure Solutions («*Achbita*») (ECLI: EU: C:2017:203), para. 15.

[3] Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, OJ 2000 L 303.

El Tribunal indica que estos mismos derechos están recogidos en el Artículo 10(1) de la Carta. Tanto la referencia a la Carta como al CEDH son relevantes ya que si la Directiva se refiere específicamente al principio de no discriminación, la Carta y el CEDH de formas más extensa hacen referencia a la libertad de religión. Ambos principios forman parte de esta decisión.

I. LA FORMULACIÓN DE LA MATRIZ FACTUAL

Según cita, con aprobación, la CJUE, el Tribunal Superior Belga “...era manifiesto... que [Jaya Cohen] no había sido despedida por profesar la fe [judía], sino por persistir en su intención de hacerla patente durante las horas de trabajo llevando un pañuelo [judío]^[4]”.

El primer gran problema con el enfoque del Tribunal tiene su origen en la propia formulación del caso.

^[4] *Ibid.*, para. 18. He escrito «con aprobación» porque el TJUE al analizar el caso su único enfoque es el derecho de manifestar la religión de cada uno en virtud de diferentes normas legales, internacionales y europeas.

Ver. p.ej. para. 28. En ningún otro lugar se consideran otras disposiciones respecto a las mismas normas de la libertad de práctica y observancia. (Cf. para. 26 con las referencias a ese respecto).

Invito a que se consideren dos variantes de la presentación fáctica como se expuso anteriormente.

Variación n°1. Jaya Cohen, además de su pañuelo, viste también un colgante con la Estrella de David.

Variación n°2. Moses Cohen también trabaja en la compañía. Él viste, también, un colgante con la Estrella de David, además de llevar un *yarmulke* (casquete) y largos tirabuzones, que son necesarios en conformidad con la estricta ley judía. (Habrán visto a estos hombres a su alrededor en los aeropuertos, etc.).

Cuando se les comunica que la política de la empresa no les permite “manifestar” su fe en público durante las horas de trabajo, inmediatamente ambos proponen quitarse las Estrellas de David. Efectivamente es un signo de identidad que manifiesta el ser judío. Asimismo, Moses propone llevar un sombrero en lugar del *yarmulke* e intentar ocultar sus tirabuzones detrás de las orejas. Sus supervisores están indecisos, se preguntan: ¿quién lleva un sombrero bajo techo si no los judíos? Responden que, eso, también, es un símbolo revelador, y por lo tanto, contrario a la política de la empresa. Resulta que sus tirabuzones son muy largos y, desgraciadamente, todavía visibles. Ten al alcance unas tijeras si quieres mantener tu puesto de trabajo.

Sea como fuere, Moses y Jaya intentan explicar que, al llevar el pañuelo, el *yarmulke* y los tirabuzones no están “persistiendo en hacer patente su fe”. En un cerrar de ojos pueden quitarse la Estrella de David. Pero respecto al pañuelo y el *yarmulke* están *profesando* y *practicando* su fe. A sus ojos no tienen alternativa en conformidad con su ley, que anteponen incluso, *quelle horreur*, al derecho de la Unión Europea.

Concédanme que hay, fenomenológicamente hablando, una diferencia entre el deseo de una persona de manifestar la identidad religiosa, y la profesión y práctica de esta. O, dicho de otra manera, entre prohibir a alguien manifestar su identidad religiosa a obligarles a violar normas religiosas que consideran sagradas.

A continuación dos ejemplos para destacar la diferencia. Una cosa es decir a un vegetariano o vegano que no puede presentarse al puesto de trabajo con un pin en la solapa reivindicando su creencia sobre los derechos de los animales, y otra muy distinta obligarle a comer carne. O decir a un hombre o mujer homosexual que no pueden presentarse con una corbata arcoíris y otra que no pueden practicar el amor homosexual.

Por consiguiente, en mi opinión, el “punto de encuentro” aludido por el tribunal belga y

el cual parece ser la base de la decisión del TJUE, no debiera ser que:

“[Jaya Cohen] no había sido despedida por profesar la fe [judía], sino por persistir en su intención de hacerla patente durante las horas de trabajo llevando un pañuelo [judío]”.

Sino de forma muy distinta:

Jaya Cohen fue despedida específicamente por su fe judía, una fe que se manifiesta en un Normos que prescribe (para escándalo de algunos) una vez casada, la obligación y el compromiso de llevar un pañuelo.

O, dicho de otra forma:

Ella no fue despedida por persistir en su intención de hacer patente su fe sino porque persistió en profesar lo que ella, como mujer adulta, o su marido (variación n°2), como hombre adulto, consideraban una obligación legal religiosa como expresión de lealtad al, y amor del, Todopoderoso y, nacidos en la alianza eterna al cual han elegido ser leal.

Al fin y al cabo, Moisés lleva su *yarmulke* hasta cuándo se encuentra solo en casa. Entonces, ¿a quién está manifestando su religión? “A Dios” sería la única respuesta digna. Se podría plantear como objeción filosófica -replicando

el debate de los objetivos y efectos del derecho mercantil internacional- que Jaya no fue despedida por su fe judía sino sencillamente por la política de neutralidad de la empresa. Pienso que es buscarle las cinco patas al gato. Si, por ejemplo, la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia tuviera una política similar de neutralidad ello significaría que el ilustre Lou Henkin, uno de los *padres* del derecho a la protección internacional de los derechos humanos, hubiese perdido su puesto de trabajo. Os aseguro que no se hubiese quitado su *yarmulke*. Si le hubieran preguntado por qué perdió su trabajo, seguramente habría respondido “por mi fe”; “porque soy judío practicante”. Y si, hipotéticamente, el TJUE llegase a adoptar una regla de neutralidad similar respecto al atuendo de los abogados que se presentasen ante éste, la distinguida abogada inglesa, Shaheed Fatima QC^[5], sería excluida. Les aseguro que ella, también, se negaría a quitarse su *hiyab*.

Nota bene: ¿Esto significa, automáticamente, que el Tribunal erró al admitir el despido de Jaya como recepcionista^[6]? No necesariamente.

^[5] *Queen's Counsel*: eminentes juristas miembros del colegio de abogados que ejercen en Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte (N. del T.).

^[6] O desplazándola a la trastienda para que, Dios perdone, los clientes no tengan que padecerla en público. Ver *infra*.

Pero dicha distinción, en mi opinión, deriva en dos consecuencias jurídicas relevantes. Al decidir el caso, como parte del inevitable test de proporcionalidad, el Tribunal eventualmente tiene que ponderar el peso otorgado a la empresa “de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes”, que solo es una expresión de “la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo”^[7], contra el peso otorgado a las libertades, garantizadas en virtud de la Directiva 2007/78, la Carta y el CEDH, y a Jaya.

Al ponderar los derechos de la empresa contra los derechos de Jaya, la primera consecuencia jurídica relevante tendría o debería ser que el lado de la balanza de Jaya sería de algún modo más ligero si se tratara de una sencilla manifestación de su fe que si se tratase su capacidad de profesar y practicar su fe o la obligación de tener que violar su religión. Dicho de otra manera, el Tribunal (y la sociedad por la que habla) tendría que imbuir el derecho de la empresa “de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes” con mucha más seriedad si ello significara que estaría obligada a elegir entre perder su trabajo o violar su religión que si únicamente tuviese que ocultar la Estrella de David debajo de su camisa. No estoy restan-

^[7] *Achbita*, *supra* nota 1, par. 38.

do importancia al “derecho a manifestar” la religión. En *Eweida* el TEDH lo considera un derecho fundamental y explica su importancia como el “...valor que tiene para un individuo que ha hecho de la religión un principio fundamental de su vida, el poder comunicar esa creencia a otros”^[8]. Estoy argumentando que comprometer o limitar el derecho a comunicar la propia fe a otros por medio de un símbolo no es igual de serio que impedir a esta misma persona de practicar y vivir su fe u obligarla a violarla. (Recuerde, por favor, al vegano).

La incapacidad de diferenciar entre impedir a una persona “manifestar” su fe y obligarla a violarla comprometerá, en mi opinión, considerablemente, incluso hasta fatalmente, el eventual test de proporcionalidad.

Permitidme, otra vez, dejar meridianamente claro que: el derecho a la profesión y práctica religiosa no es sagrado en nuestro orden constitucional y que hay numerosas instancias en el que se pisotea, con razón, las libertades religiosas en nombre de valores superiores de la sociedad, como la prohibición, por dar un solo ejemplo, de la circuncisión femenina por motivos religiosos. Sin embargo, cuando

[8] TEDH, *Eweida y otros c. el Reino Unido*, de 15 de enero de 2013, asunto núm. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, par. 94.

se permite la negación de un derecho fundamental como es la libertad religiosa es de esperar valores compensatorios de peso que lo justifiquen.

Sabiendo que el Tribunal falló al no hacer la distinción y, a mi modo de ver erróneamente, consideró que Jaya “no había sido despedida por profesar la fe [judía], sino por persistir en su intención de hacerla patente”, no cabe esperar mucho contrapeso por dicha Corte al valor de compensación. Pero incluso delimitando sencillamente el asunto como una denegación a su derecho de “manifestar” su religión (que de todos modos está explícitamente protegido) ello requiere también una muy seria contraargumentación.

La segunda consecuencia jurídica resultante de la ausencia de distinción es que el Tribunal no tendrá conocimiento de la discriminación estructural que la política de neutralidad de la empresa produce entre las diferentes religiones. Esta posibilidad solo se menciona de paso de forma hipotética y muy problemática en los 23 breves párrafos que constituyen los fundamentos de derecho de la sentencia^[9].

¿Qué discriminación?

^[9] Ver, *Achbita*, *supra* nota 1, par. 44 (segundo párrafo).

Tendemos a menudo la costumbre de hablar de la “tradición judeo-cristiana” como si las dos religiones fueran hermanas. De hecho, las religiones hermanas desde la perspectiva en discusión son el islam y el judaísmo. Para los creyentes de ambas religiones, la presencia de Dios se transmite mediante un denso corpus legal de normas divino –*Nomos*– que acompaña al fiel desde el momento del despertar hasta ir al lecho, así como un código de vestimenta, un código alimenticio, un código de trabajo, un código de hacer el amor, etc. La *sharía* y la *halakha* son sorprendentemente similares en este respecto, en oposición a la revolución Paulina que apuntaló la cristiandad.

Por ejemplo, María, una compañera de trabajo como Jaya, desea manifestar su identidad religiosa yendo al trabajo con un colgante con una cruz similar a la Estrella de David de Jaya. Y a Samira podría gustarle ponerse un broche con forma de medialuna en su camisa. Respecto a estos actos, la política de la empresa tendrá estructuralmente un efecto desproporcionado para todas. Obligarles a quitarse estos símbolos representativos de su fe puede comprometer en parte su libertad de expresión o conciencia pero no la profesión –*strictu sensu*– de su religión. Sin embargo en contadas excepciones, que perjudican a muy pocos cristianos, la política de empresa va tener un efecto desproporcionado sobre las mujeres judías y musulmanas (y

en otros aspectos en los hombres también) -la esencia misma de la discriminación indirecta- en comparación, por ejemplo, a la cristiandad. Es difícil no llegar a esta conclusión como simple observación empírica. Incluso podría elevarse a la categoría de *hecho conocido* siendo innecesario su averiguación.

Si este es el caso, la Directiva misma, así como la ley general de discriminación en el campo de los derechos humanos, exige que existan razones de peso (que son normalmente examinados en la tercera fase del test de proporcionalidad) justificando la aceptación de dicha discriminación. El incumplimiento de dicho examen constituiría otro grave error en la sentencia de cualquier instancia judicial.

II. UNA BREVE DIGRESIÓN TEOLÓGICA Y SOCIOLÓGICA

Antes de proseguir para examinar la forma por la cual el TJUE maneja (en caso de que sea así) las dos mencionadas consecuencias jurídicas, me gustaría formular dos observaciones sociológicas y teológicas.

1. No es en absoluto mi intención insinuar que los fieles cristianos, al contrario que sus hermanos judíos y musulmanes, abandonan su fe a las puertas de su lugar de trabajo. Pero la forma en la que viven su fe en el trabajo es

mediante una conducta ética, su amor por sus compañeros de trabajo y similares, que constituyen el testimonio de Cristo viviente. La mayor parte de la cristiandad ha abjurado de las innumerables prácticas rituales que caracterizan el *Nomos* islámico y judío. Es, en lo principal, una religión del corazón. Su cristianismo en dichas circunstancias no se manifiesta, entre otros, por la manera de vestir o de comer sino por la forma en la que uno se comporta. (Puede que sea necesario aclarar un malentendido frecuente respecto al islam y el judaísmo como puras prácticas rituales: “no comas cerdo pero vale hacer trampa”; “evita el alcohol pero lanza una bomba” -ejemplos recurrentes de anti-semitismo e islamofobia). La ley moral y el imperativo ético desempeñan un papel central del *Nomos* y, evidentemente, el ritual es papel mojado si la ética está ausente, como lo demuestra una breve lectura del Levítico (donde tiene su origen el Amarás a tu prójimo) o como los profetas Isaiah y Amos atestiguan. También es el momento oportuno para mencionar casos similares como, por ejemplo, cuando la reivindicación de los derechos de una persona, como en el aborto, implicaría la violación de otra, como un católico, violando en este ejemplo no una regla ritual sino una regla moral de fuerte inspiración divina, ante este conflicto de dos derechos protegidos cualquier tribunal debería realizar la misma ponderación de las tres etapas del test de proporcionalidad. Si existe

una manera de realizar el aborto sin que ello suponga el menoscabo de las convicciones religiosas del otro, seguramente sería señalado en la segunda etapa del test de necesidad así como en la tercera etapa de ponderación de valores. Este enfoque de “acomodación” es el que se ha estado utilizando para resolver estos casos conflictivos. (Ver *infra* mi discusión sobre la Proporcionalidad).

2. Puedo comprender por qué el Tribunal –en absoluta buena fe (perdonen el juego de palabras)– pasó por alto la distinción entre manifestar/practicar y ni siquiera fue considerada aunque fuese para rechazarla. No es para nada sorprendente cuando la ceguera de dos civilizaciones de fuerza descomunal –que con frecuencia se oponen– se unen para condicionar las sensibilidades respecto a estos asuntos. Estas dos fuerzas son la Revolución Cristiana de Jesús/Pablo y la tradición *Laique* de la Revolución Francesa.

Un (no el único) elemento central de la Revolución Cristiana fue, tal como se menciona más arriba, la enseñanza (como el Sermón de la Montaña, por ejemplo) que el Derecho fue alcanzado y la relación del Hombre con Dios había cambiado para la eternidad. Ya no era relevante, por dar un ejemplo emblemático, lo que el hombre se llevaba a la boca sino las palabras que salían de ella y con ello una den-

sa matriz de rituales que fue y sigue siendo (no el único) elemento central del Nomos fue desechado en la comprensión y práctica de la religión cristiana como una reliquia de una etapa anterior y primitiva del mundo de Dios.

Un juicio valorativo estaba asociado con este elemento de la Revolución Cristiana: el *Nomos* Ritualista era la cáscara. El núcleo de la fruta religiosa era el interior del sujeto humano. No circuncidas tu pene, como hacen los judíos y musulmanes, pero sí tu corazón. Este juicio valorativo con frecuencia se vio (y está) acompañado por un desprecio de las características primitivas del Islam y Judaísmo y, aunque el desprecio se haya disuelto -o por lo menos hemos aprendido a ocultarlo- se ha instalado una absoluta ignorancia sobre el profundo significado espiritual del *Nomos*. La ceguera subyacente de esta distinción emana justamente desde la intuición, casi natural, condicionada por dos milenios de Cristiandad que “al fin y al cabo a Jaya no debe importarle mucho que se quite el pañuelo al ser la cáscara. Sin duda el pañuelo es solo la cáscara pero no la pulpa de la fruta”. Y, sí, “sin duda es solo una *manifestación* de su fe, *no la fe en sí*^[10]”.

[10] Por supuesto, el judaísmo y el islam como la cristiandad no son monolíticos, y existen varias corrientes y movimientos que no consideran obligatorio, por ejemplo, el hiyab o el *yarmulke*. Sin embargo, algunos sí que lo consideran pero no por ello nos

Añádase, ahora, el dominante impacto de la Revolución Francesa que, bienaventurados, somos todos hijos y beneficiarios en muchos aspectos. Gloriosamente, por dar un solo ejemplo relacionado con este caso, la Revolución Francesa como parte del desmantelamiento del Estado Confesional emancipó a los judíos, convirtiéndolos en “*libres et égaux*”, célebre sintagma de esta gran Revolución. Pero al mismo tiempo, estuvo acompañada por *Sé un Hombre en la Calle y un Judío en tu Hogar*, en total conformidad con la visión laica respecto a la religión como un asunto privado. El lugar apropiado para la religión es el hogar y la Iglesia, no así el espacio público que debe permanecer laico o secular. Históricamente, los judíos lo aceptaron como el justo precio para su emancipación (y muchos, incluso la mayoría, lo aceptó como catalizador para emanciparse del *yoke* del *Nomos*...).

Con esta sensibilidad, decir a Jaya que por su bienestar es bienvenida de llevar su pañuelo en el espacio privado pero no en el lugar de trabajo, parece ser una exigencia de lo más inocente y natural. Y efectivamente, su insistencia en llevarlo puede ser visto —y el tenor de

corresponde cuestionar el compromiso religioso de los creyentes. Asimismo nos es indiferente si el despertar religioso fue reciente o no ya que tampoco nos corresponde juzgar el momento de Damasco.

la sentencia demuestra esta perspectiva— como una obstinación irracional e injustificada.

Combine estas dos fuerzas que son los pilares de la civilización occidental, añada una sociedad en su gran mayoría secular que ha perdido el conocimiento, la sensibilidad y hasta la paciencia con la religión, y el absoluto olvido del Tribunal a esta distinción fundamental no debería sorprendernos.

III. PROPORCIONALIDAD

En cambio, deberíamos estar sorprendidos por la forma desconcertante, por elegir una palabra suave, con que el Tribunal maneja la proporcionalidad en este caso, siendo la proporcionalidad el centro de gravedad de cualquier caso de esta naturaleza.

Incluso de una versión minimalista de la proporcionalidad cabría esperar encontrar tres etapas secuenciales:

1. ¿Persigue la norma o la regla que compromete una cierta libertad (en este caso la libertad religiosa o la libertad de conciencia) un propósito legítimo?

2. ¿Es “necesaria” en el sentido de la “medida menos restrictiva”? ¿El propósito legítimo puede ser alcanzado, a un coste razonable, con

una medida diferente que sería menos restrictiva para la libertad protegida?

3. La tercera etapa está pensada para ser la más elemental desde una perspectiva valorativa y social. Incluso tratándose de una medida que persigue un propósito legítimo y “necesario” (es decir, no hay medida restrictiva disponible) el Tribunal, cualquier tribunal, tendría aún que articular por qué los valores arraigados y reflejados en el propósito legítimo compensan los valores arraigados y reflejados en la libertad protegida que está afectada y comprometida por dicha medida. Es el resultado de la balanza que define la jerarquía de valores por la cual nuestras sociedades desean definirse a sí mismas y, en efecto, son frecuentes como indicador de las diferencias normativas entre ellas.

En relación con la primera etapa, el Tribunal en *Achbita* considera que el propósito de “ofrecer una imagen neutra” es un propósito legítimo.

En cuanto a la segunda etapa, el Tribunal se remite al órgano jurisdiccional nacional sobre el segundo elemento de proporcionalidad encomendándose a estudiarlo, según los hechos del caso, si “... la prohibición del uso visible de cualquier signo o prenda de vestir que pueda asociarse a una creencia religiosa o a una convicción política o filosófica *atañe únicamente*

a los trabajadores [de la empresa] que están en contacto con los clientes^[11]”.

[Mi énfasis]. Sin embargo, si ese es el caso, el Tribunal considera que, “dicha prohibición deberá considerarse estrictamente necesaria para alcanzar la meta perseguida”. Y “...corresponderá al tribunal remitente comprobar si, tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello representara una carga adicional para ésta, [la empresa] tenía la posibilidad, ante tal negativa [por parte de la trabajadora quitarse el velo], de ofrecerle un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes”, en lugar de proceder a su despido.

Ahora me gustaría poner énfasis en la tercera fase al estar directamente relacionada con los temas examinados anteriormente y que son el núcleo de cualquier caso de derechos humanos, en particular cuando el caso implica un conflicto de derechos protegidos entre individuos que luego tiene que ser ponderado.

Cabría esperar del Tribunal que al llegar a esta fase del análisis que:

1. Explorara y ponderara el valor de la política de neutralidad de la compañía como por

^[11] *Achbita*, *supra* nota 1, par. 42. Y ver par. 44.

lo menos contraria de la presunta libertad de manifestar las creencias religiosas de la persona si no *practicarlas* y;

2. además, si la política de la empresa, realmente, está creando una discriminación entre las religiones para después ponderar si la importancia de esa política es tal que justifica la discriminación.

Existen innumerables ejemplos de esta naturaleza. Didáctico es el tratamiento del TEDH en el caso de la burka^[12]. La burka, al contrario del pañuelo de Jaya o el hiyab de Samira, cubre el rostro entero de la mujer musulmana. Muchos países han prohibido tal vestimenta en lugares públicos, comprometiendo así la libertad religiosa. Cuando TEDH tuvo que enfrentarse a dichas prohibiciones con gran dedicación tuvo que analizar la serie de valores detrás de tal prohibición como, la sociedad libre, la naturaleza de las relaciones humanas que valoramos, la dignidad de la mujer y ponderarlas contra la libertad religiosa del individuo. En general y con numerosas calificaciones llegó a la conclusión que estos valores pueden legítimamente

[12] Ver TEDH, *Belcacemi y Oussar c. Bélgica*, de 11 de julio de 2017, asunto núm. 37798/13 y *Dakir c. Bélgica*, de 11 de julio de 2011, asunto núm. 4619/12, y por supuesto el caso *S.A.S. c. Francia*, de 1 de julio de 2014, asunto núm. 43835/11.

justificar el comprometer la libertad religiosa de vestir un burka.

He aquí un ejemplo del TEDH considerando una serie de hechos aún más próximo a *Achbita*. En el caso *Eweida* la sentencia se refería a la prohibición de una compañía (British Airways) a su personal de vuelo, empleados con inequívoco contacto con los clientes, de vestir cualquier objeto manifestando su religión (en este caso un crucifijo):

“Por otra parte, al medir la proporcionalidad de las medidas adoptadas por una empresa privada respecto de sus empleados, las autoridades nacionales, en particular de los tribunales, actuaron dentro de un margen de apreciación. Sin embargo, en este caso, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que no se alcanzó un justo equilibrio. Por un lado, estaba el deseo de la señora Eweida de manifestar sus creencias religiosas. Como se ha señalado anteriormente, este es un derecho fundamental: porque una sociedad democrática sana debe tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad; pero también debido al valor que tiene para un individuo que ha hecho de la religión un principio fundamental de su vida, el poder comunicar esa creencia a otros. En el otro lado estaba el deseo de la empresa de proyectar una cierta imagen corporativa. El Tribunal considera que, aunque este objetivo era sin duda alguna legítimo, los tribunales nacionales le concedieron demasia-

do peso. La cruz de la señora Eweida era discreta y no se deterioraba su aspecto profesional. No había pruebas de que el uso de otras prendas de vestir religiosas, previamente autorizadas, como turbantes y hiyabs, por parte de otros empleados, tuviera consecuencias negativas en la imagen o marca de British Airways. Además, el hecho de que la compañía fuera capaz de modificar el código de uniforme para permitir la utilización visible de joyería simbólica religiosa demuestra que la prohibición anterior no era de importancia crucial^[13]”.

Podrá observarse en este pasaje, *inter alia*, la separación de la cuestión de la legitimidad del propósito (primera fase) de la ponderación del derecho en conflicto del individuo (tercera fase).

Ahora permítanme citar in extensu la manera por la cual el TJUE considera la tercera fase fundamental en su análisis de la proporcionalidad. ¿Cómo se pondera el derecho protegido de la empresa de proyectar una política de neutralidad (Artículo 16 de la Carta) contra el derecho protegido de los empleados de manifestar (o practicar) su religión (Artículo 10 de la Carta)?

No, el espacio vacío no es un error del ordenador o de la imprenta. Sencillamente no

^[13] Eweida, *supra* nota 5, par. 94.

hay prácticamente nada. El tercer paso de la proporcionalidad fue excluido. El Tribunal engloba el tercer test en el primer test. Considera, con rotundidad, que en principio la política de proyectar una imagen neutral hacia el cliente es legítima, “...en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes^[14]”. Y después de tal consideración, su única inquietud es si la empresa, sin que suponga una carga excesiva, pueda esconder a la personas como Jaya en la trastienda y no tener que lidiar con el elemento fundamental de los valores en cuestión.

El Tribunal busca fundamentar su consideración en la legitimidad de la política de la empresa con el caso *Eweida* del TEDH. Y, por supuesto, dado el derecho a dirigir el negocio mencionado por el TJUE, pueden, por supuesto, haber circunstancias que justifiquen cierta conducta que comprometan o afecten derechos contrapuestos de libertad religiosa.

Por supuesto es correcto que *Eweida* se apoya en principio en el supuesto, como indica el TJUE, de que una empresa puede restringir a sus empleados la manifestación de su identidad religiosa. Hasta dan a cono-

[14] *Achbita*, *supra* nota 1, par. 38.

cer la razón fundamental para justificarlo: el mantener una imagen profesional al proveer un servicio. Posiblemente para no ofender o distraer a un futuro potencial destinatario de tales servicios.

Pero la comparación entre *Eweida* y *Achbita* es cuanto menos embarazosa. En primer lugar, en *Eweida* hay un reconocimiento de los derechos contrapuestos. Hay una breve, aunque concisa, articulación de los valores subyacentes respectivos. Y, sobre todo, hay una ponderación que es diferente de la segunda fase de necesidad en el análisis de la proporcionalidad. Esto es el alfa y omega del análisis de proporcionalidad en los derechos humanos. ¡Así es como se realiza la protección judicial en casos de derechos humanos de esta naturaleza!

En segundo lugar, el hecho de que en *Eweida*, al ponderar los valores en cuestión, el TEDH llegase a la conclusión que la compañía (British Airways) estaba infringiendo y, en particular, que:

No había pruebas de que el uso de otras prendas de vestir religiosas, previamente autorizadas, como turbantes y hijabs, por parte de otros empleados, tuviera consecuencias negativas en la imagen o marca de British Airways.

¿no debería hacerles reflexionar?

Es el cuasi absoluto silencio lo que resulta tan desconcertante. ¿Así es como se realiza la protección judicial en casos de derechos humanos de esta naturaleza?

Compare el fundamento de *Eweida* con el único fundamento de *Achbita* que incluye una velada alusión a estas sensibilidades:

En efecto, el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes.

¿La alusión? Un ligero guiño en las palabras “en principio” pero nada más. El fracaso manifiesto en este silencio es tanto profesional como moral. ¿Qué nota pondría a un estudiante que obvia en su examen de protección de los derechos humanos con el objetivo de examinar sus conocimientos de proporcionalidad si omitiese por completo el tercer paso? ¿Y qué mensaje quiere transmitirse admitiendo el interés comercial pero no articulando, con contundencia o de forma similar, los valores de la tolerancia y del pluralismo que subyacen en los derechos comprometidos o afectados por la reivindicación de los derechos a conducir el negocio?

En *Bougagnoui*, decidido o fallado al mismo tiempo que *Achbita*, el Tribunal loablemente afirmó que “la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de [la Directiva 2000/78]^[15]”. Esto, nos guste o no, sería parte del tercer paso del análisis. Sin embargo, desafortunadamente, no hay rastro de este sentimiento en *Achbita* que, al contener una matriz factual más amplia, debería ser un caso mucho más importante. ¿Podría este principio, debería este principio, estar limitado a una lectura más restrictiva del “requisito profesional”? ¿No debería haber sido parte del dispositivo del caso requiriendo a todos los tribunales nacionales que cuando se aplique la Directiva para cerciorarse que la profesada “neutralidad” no está siendo impulsado por la voluntad de los clientes? Pero uno podría ir más lejos: ¿es este principio suficiente? ¿Qué ocurre si no hay dicha voluntad de los clientes pero el empleador se anticipa a ellos y actúa en consecuencia? E incluso más lejos, a tenor de la consideración en *Bougagnoui* y sabiendo cómo funciona el mundo, ¿el Tribu-

[15] C-188/15, *Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l’homme (ADDH) c. Micropole SA* («*Bougnaoui*») (ECLI:EU:C:2017:204), par. 41.

nal no ha suministrado involuntariamente una hoja de ruta para facilitar su elusión? De ahora en adelante ningún empleador va a admitir tal motivo y sencillamente se esconderá detrás de la genérica “política neutral” que el Tribunal parece legitimar en *Achbita*. ¿No hubiese sido mejor crear una presunción legal de que cualquier normativa que obligue a un trabajador violar sus preceptos religiosos o tan siquiera manifestarlos resultaría en una violación de la Directiva y la Carta salvo si la empresa pudiese demostrar razones contundentes (entre los que no se encuentra la preferencia del cliente a la hora de ser atendido por una persona con pañuelo) para dichos requisitos?

Todos sabemos que, pese a la importancia del principio de proporcionalidad, debe haber centenares de casos donde el Tribunal no va más allá del segundo paso. Entonces, ¿por qué tanto alboroto con este caso? En efecto, hay muchos casos donde no es necesario para el Tribunal ir más allá del segundo paso. No solo estos casos no son de la competencia del funcionamiento del mercado único, que es el aérea *par-excellence* del Tribunal, pero también hay casos donde la decisión del Tribunal es *de facto* dispositiva. Por lo tanto, en la mayoría de las instancias el Tribunal se puede permitir considerar estos casos atendiendo únicamente la segunda fase de la proporcionalidad, los medios menos restrictivos. Además, mucho de estos

casos corresponden a un examen por parte del Tribunal, de una medida por parte de un Estado Miembro sosteniendo los valores del Estado Miembro permitidos, por ejemplo, en una de las excepciones de la libertad de circulación –es decir, en relación con un valor que deriva de la jurisdicción nacional y, en efecto, más allá de la mera determinación que a los efectos de la medida del Estado pertenece al listado de intereses reconocidos o con arreglo al criterio de lo razonable, su principal objetivo es asegurarse la segunda fase de la proporcionalidad (mencionarlo sería suficiente) y no cuestionar los valores del Estado Miembro.

Éste no es el caso. En virtud de la Directiva los aspectos de este caso son competencia del derecho de la Unión. La protección prevista para los individuos (tanto la empresa como Jaya) están reconocido por el derecho de la Unión. Y por lo tanto corresponde al Tribunal de, por lo menos, definir los parámetros y los criterios que debería regular la ponderación de un derecho contra otro.

La segunda razón es que aquí estamos tratando con los derechos humanos fundamentales. Como vimos en los ejemplos del TEDH, la tercera fase es el núcleo del análisis de los derechos humanos, en particular, inevitablemente, como cuestión de lógica jurídica, cuando uno trata, como es el caso, con dere-

chos contrapuestos de dos individuos. ¿De qué forma se puede juzgar estos dos derechos contrapuestos si no es mediante la tercera fase del análisis?

¿Se podría decir que aunque la propia Corte no realice la tercera fase del análisis de proporcionalidad, indispensable para cualquier caso de derechos humanos enfrentando un derecho protegido contra otro derecho protegido, lo remita al tribunal nacional?

Examinemos detenidamente el segundo considerando del párrafo 44 de la sentencia que indica lo siguiente:

[T]al norma interna de una empresa privada puede constituir una discriminación indirecta en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, extremos que corresponderá comprobar al tribunal remitente.

El Tribunal menciona la posibilidad que la medida podría producir una desventaja a una religión específica lo que constituiría una discriminación indirecta y, por lo tanto, violaría la Directiva pero se apresura a precisar que ello no sería así si no estuviese legalmente justificado por una finalidad legítima. No obstante como había considerado anteriormente en la sentencia en el párrafo 38 que “[e]n efecto, el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes”. Después de dicha consideración, pienso que la forma más natural de leer el párrafo 44 es que corresponde al órgano jurisdiccional nacional remitente de asegurarse que los medios para la consecución sean proporcionales en la forma indicada por el Tribunal, a saber, que ningún puesto de trabajo puede ser encontrado, sin que ello suponga una carga excesiva a la empresa, para Jaya que suponga estar en contacto con el público. No parece que esté dando instrucciones al órgano nacional jurisdiccional de entablar la tercera fase de la proporcionalidad.

Pero hagamos una lectura *generosa* del párrafo 44, a saber, que las palabras “en princi-

pio” signifiquen que en cada caso tuviese que ser comprobado, y que el órgano jurisdiccional remitente no debería limitarse a comprobar la Medida Menos Restrictiva, sino que las tres fases de la ponderación. Incluso si nos atuviéramos a esta lectura generosa del párrafo 44 el Tribunal seguiría incumpliendo su obligación. Dado que los derechos protegidos en este caso son, en virtud de la Directiva y la Carta, derechos la Unión que no se pueden externalizar a la interpretación y articulación, en su totalidad a los órganos jurisdiccionales nacionales. Corresponde a el TJUE de definir los parámetros de protección en virtud del derecho de la Unión. Los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros tienen que aplicar estas características caso por caso.

Conforme a esta cuestionable hipótesis (que el TJUE está invitando a los órganos jurisdiccionales nacionales a entablar las tres fases del análisis) ¿no debería, como mínimo, la TJUE remitir el caso de nuevo al órgano jurisdiccional nacional dando instrucciones específicas de cómo debe proceder la ponderación? ¿Siguiendo el ejemplo del caso *Eweida*, al cual se refirió, no debería haber explicado los valores consagrados en los derechos protegidos? ¿No debería haber guiado a los órganos jurisdiccionales nacionales que, dado la importancia de los derechos consagrados, la empresa debería *justificar* empíricamente y normativamente el

ejercicio de su derecho, en las circunstancias de este tipo de empresas, la situación del ambiente social y así sucesivamente derogar los nefastos efectos que dicha política tendría en los derechos protegidos por la Directiva, la Carta y el CEDH? Además de su referencia al derecho de una empresa de conducir su negocio ¿no podría, como mínimo, haber hecho referencia, por ejemplo, a la necesidad de una sociedad democrática sana....que tolere y sostenga el pluralismo y la diversidad [?]

¿Y encomendar al juez que hay mucho más en juego que únicamente indagar si Jaya puede ser escondida en la trastienda? ¿Qué debería indagar si la preocupación de la compañía de mantener la *neutralidad vis à vis* de los clientes no se limita a una inquietud profesional (como la insistencia legítima de vestirse apropiadamente) sino una vía de acomodo a los prejuicios de los clientes, prejuicios que son contraproducentes para una democracia sana que tolera el pluralismo y la diversidad, y mantenerse firmes antes tales asuntos? ¿Qué hay pruebas empíricas que la sociedad acepta el vestir hiyabs y turbantes y que esto debería ser promovido mediante la prohibición, excepto en casos extraordinarios (¿las salas de operaciones?), de tales restricciones? No es sorprendente que muchos comentaristas de la blogosfera fustigaran a el Tribunal por preocuparse más por los derechos económicos

de la empresa que por los derechos humanos del individuo.

En conversaciones privadas los jueces les comentarán: “No podríamos haberlo hecho, hubiese comprometido políticas extendidas en numerosos Estados Miembro, incluso en la administración pública”. Sin embargo, cuando están en juego los derechos económicos el TJUE a lo largo de los años ha tenido el suficiente coraje para revertir políticas profundamente arraigadas. ¿Por qué tanta timidez en este caso? Aun así, no era necesario revertir estas políticas directamente pero podría haber establecido unos sólidos criterios de evaluación dado que, en efecto, diferencias en circunstancias podrían llamar a diferentes determinaciones, y permitir a los órganos jurisdiccionales nacionales a hacer las determinaciones específicas.

Esta no es una llamada para el Tribunal de embrollarse en debates políticos. Pero con serenidad y sensatez, de cumplir su trabajo jurídico y, como mínimo, establecer, primero, que los órganos jurisdiccionales nacionales deben además de aplicar la medida menos restrictiva también abordar la ponderación entre los derechos contrapuestos (en virtud del derecho de la Unión) y las consideraciones y factores por los cuales un órgano jurisdiccional nacional debe tomarlos en cuenta. Este el rol del Tribunal, y

más que nunca en un caso de esta naturaleza. El TJUE también tiene que comprender que el enfoque de *no implicarse* es de hecho implicarse por omisión. En este tipo de casos no se puede hablar de neutralidad. No hacer nada es una forma de hacer.

Es difícil no llegar a la conclusión que el análisis de la proporcionalidad en este caso deja mucho que desear y que si uno considera este caso y otros, en particular la saga *Taricco*, la credibilidad profesional del Tribunal como árbitro de los derechos humanos ha sufrido un duro golpe. Sin embargo, *errare humanum est*, y una pobre decisión puede verse seguida de una excelente.

En este comentario no he hecho alusiones de la Abogada General Sharpston en *Bougnou* y de la Abogada General Kokott en *Achbita*. Como ha sido costumbre hasta ahora, las opiniones son mucho más ricas y completas que las sentencias del Tribunal. Y hay mucho más que aprender de ellas. La Abogada General Sharpston, entre otras virtudes en su Opinión, demuestra mucho más comprensión y empatía con la posición de la persona religiosa. Su impacto se ve reflejado en la consideración en *Bougnou* respecto a la indulgencia de los prejuicios de los clientes. *Achbita* hubiese sido otro caso, y mejor, si el TJUE hubiese adoptado tal sensibilidad.

Estoy en desacuerdo con algunos razonamientos y conclusiones de la Opinión Abogada General Kokott que en gran parte fue seguido por el Tribunal. Un punto en particular es digno de mención. La Abogada General Kokott establece una distinción por ejemplo entre, raza y discriminación de género, características que las víctimas no han podido elegir, y la religión como una cuestión optativa. Lo es, por supuesto, como muchos antepasados de Jaya han aprendido a lo largo de los siglos cuando les daban a elegir entre un Salvador diferente y, muchas veces, quemados en la hoguera por rechazarlo. Jaya puede elegir abandonar la Alianza de 5000 años. También puede optar por violar los preceptos de dicha Alianza. Ha elegido no hacerlo. Pero entonces ¿qué ocurre? Quitarse el pañuelo no es lo mismo que elegir si vestir zapatos negros o marrones para el trabajo. Y su sentido de exclusión, pérdida de dignidad y humillación si es forzada a aceptar un trabajo debido a su religión que la convertiría en invisible para los clientes sería, estoy seguro, no menos grave que, por ejemplo, una mujer o un trabajador negro que fuera tratado como tal por razón de su género o color de piel. Y nuestra indignación, en las circunstancias de este caso, debería ser el mismo, pese a la elección. Sea como fuere, el Tribunal podría haber aprendido de ella una cosa o dos sobre el uso de la proporcionalidad en casos de derechos humanos, en particular, es valioso su análisis sobre los diferentes contextos nacionales

que podría derivar en diferentes consideraciones de la ponderación de valores contrapuestos. El problema es que el Tribunal parece no haberse dado por enterado de lo que considero como los elementos más importantes de cada una de estas Opiniones. Es una muestra de oído autista a la persona religiosa, y con esto termino lo que tenía que decir sobre el análisis de la proporcionalidad.

Koen Lenaerts en su iluminador ensayo *The Court's Outer and Inner Selves* (que puede encontrarse en *Judging Europe's Judges*, editado por Adams et al.) ofrece una posible explicación:

El TJUE opera bajo del principio de colegialidad. A la luz de este principio, llegar a un acuerdo basado en el consenso es de vital importancia para el día a día del funcionamiento del Tribunal. Por consiguiente, en aras de ese consenso, en los casos difíciles el discurso del TJUE no puede ser igual de profuso que si estuviesen permitidos los votos particulares. La construcción del consenso requiere integrar tantas opiniones como sean posibles, el discurso argumental del TJUE se limita a lo más fundamental. En aras de preservar el consenso, el TJUE no hace un *triple salto* cuando expone la fundamentación de la solución subyacente habida cuenta de la importancia del carácter novedoso de las cuestiones constitucionales.

Si se me permite montar en uno de mis caballos de batalla, este es otro ejemplo que demuestra el argumento para limitar el mandato de los jueces a solo un término (en consonancia con las Buenas Prácticas en Europa), abriendo así la puerta, puede que de forma prudente, a votos particulares que permitiesen a el Tribunal en casos críticos, incluso cuando no hay consenso, a articular las decisiones con más detalle. Y dado que las decisiones del TJUE tiene, a veces, un sentido y un significado y un impacto que va más allá del reducido círculo de practicantes del derecho de la Unión Europea, en ocasiones uno no tiene el lujo de esperar al caso por caso. Un caso histórico como *Achbita* retumba. Uno no espera del Tribunal que resuelva cuestiones que no se le presentan. Pero uno si espera que decida cuestiones que se le presentan con el razonamiento que un caso histórico como *Achbita* se merece.

IV. NEUTRALIDAD

El Tribunal, como hemos visto, establece que la neutralidad es un fin legítimo que tiene sus orígenes en el derecho a la libertad de empresa según lo establecido en el Artículo 16 de la Carta. La sentencia se basa en el supuesto que lo que en realidad la empresa persigue es un lugar de trabajo neutral. No me permitiría argumentar que esto es erróneo pero si voy a desarrollar que a tenor de las tradiciones cons-

titucionales de los Estados Miembros hay por lo menos dos nociones contrapuestas de neutralidad y hubiera pensado que en una sentencia bien argumentada, esto sería reconocido y habría algún tipo de explicación de por qué Europa debería seguir una en lugar de la otra. Por razones heurísticas nos centraremos primero con los símbolos religiosos.

Según la clásica tradición francesa, que el Tribunal parece seguir, el espacio público es neutral cuando no hay patrocinio directo o apoyo indirecto de ninguna religión y, simultáneamente, cuando en el lugar de trabajo ningún símbolo religioso es visible.

Ahora participemos en el siguiente ejercicio mental. Imagine tres universidades. En una, y tengo familiaridad con tales instituciones, todos, estudiantes y profesores, tienen que vestir un *yarmulke* y un pañuelo. En otra, nadie puede mostrar ningún símbolo que manifieste su lealtad religiosa. En la tercera, cada uno es libre de seguir su conciencia. Algunos llevan cruces, hiyabs y turbantes, otros no, pero pueden llevar pines o camisetas veganas o marxistas u otros símbolos que manifiesten sus compromisos seculares. Si el Mayor Tom^[16] llegase a encontrar

[16] Referencia a la mítica canción *Space Oddity* de David Bowie (N. del T.).

estas instituciones en Marte y enviase un informe a la Torre de Control^[17], ¿no informaría que las dos primeras universidades no serían neutrales, una habiendo odiosamente impuesto la religiosidad, la otra (¿odiosamente?) impuesto la *laïcité*, y solo la tercera sería neutral? Al menos da para pensar.

Esta es la lógica seguida, en virtud de esta versión alternativa de la neutralidad, por los Países-Bajos y el Reino- Unido, al financiar ambos, colegios religiosos públicos de diferentes denominaciones así como colegios seculares para así asegurar la neutralidad del Estado.

Por favor absténgase por un momento de tomar partido y atrincherarse en uno de los bandos. Aunque creo que la tercera universidad es más neutral que las otras dos, reconozco que la posición *laïque* tiene su lógica. Pero voy a complicar las cosas aún más. La empresa no solo excluye los marcadores de identidad religiosa sino que también los marcadores políticos y filosóficos. ¿Esto hace que el lugar sea más neutral? En algunos aspectos, sí. Al permitir la manifestación de marcadores de otro tipo de *convictions* (el término utilizado en la versión francesa de la Directiva), con razón la gente religiosa puede sentirse discriminada:

^[17] *Ibid.*

¿por qué alguien puede llevar un pin de Che Guevara y yo no una cruz?

Profundicemos aún más. La neutralidad no tiene un significado esencial sin referencia al criterio o parámetros de referencia por los que decidimos que es neutral y que no lo es.

Por ejemplo, la empresa no hace uso de un parámetro estético de que es lo que considera como un lugar de trabajo neutral. María puede ir al trabajo con un vestido rojo chillón y Alicia puede ir con un gris discreto. Le empresa no impone a sus empleados que lleven uniformes, por lo que el lugar de trabajo puede ser una cacofonía de colores y estilos (que, incidentalmente es también una expresión de ciertas convicciones filosóficas). ¿Esto, como mínimo, no ilustra lo espinoso de definir *neutralidad*? No es solo una cuestión de cuál es el ambiente más *neutral*: el lugar de trabajo donde cada uno debe llevar un uniforme —es decir, sin símbolos de expresión de convicciones estéticas individuales— o la cacofonía de colores y estilos, la empresa es agnóstica (neutral) como expresión de las convicciones estéticas de sus empleados. Estos son ejemplos para subrayar que la definición misma de los parámetros de la neutralidad está en manos de la empresa, quien es quien elige. ¿Es libre de adoptar cualquier parámetro?

Ahora es momento de volver al marco normativo. Posiblemente deberíamos sencillamente abandonar el intento de presentar el asunto en relación con la neutralidad al conllevar un alto atractivo normativo (¡la neutralidad es buena!) pero que tiene la cualidad de Jano. Esto, insisto, no es un tema jurídicamente baladí. Al caracterizar la política de la empresa como un fin neutral, el Tribunal impregna tal política con una transcendencia que no se merece y que hace más fácil llegar a tal conclusión –que en principio la política de neutralidad (tal como lo interpreta la empresa y lo confirma el Tribunal) *tout court* (siempre y cuando sea la forma menos restrictiva de conseguirlo) deroga la libertad de Jaya de manifestar (versión ligera) o de practicar (versión dura) su religión, así como anula el impacto desigual interreligioso y, por consiguiente, la discriminación que produce.

Por qué no decir sencillamente que la empresa tiene la libertad de conducir sus negocios (de acuerdo con el artículo 16 de la Carta), una libertad que, normalmente, tiene sus límites en el derecho común (como el derecho laboral) y aún más limitado cuando entra en conflicto con una libertad individual igual o superior. Si se retira la hojarasca o el ruido normativo de la neutralidad, la intuición de muchos sería que libertad de conciencia y religión del individuo debería prevalecer los intereses comerciales de la empresa – aunque muchos otros serían

de la opinión contraria. Pero todos estarían de acuerdo que la empresa debería demostrar razones de peso para hacer prevalecer su política. Una vez liberados del peso normativo positivo de la ambigua palabra *neutralidad* queda más claro que la opción caballeresca tomada por el Tribunal (en mi opinión) se convierte en más transparente.

Por lo menos me tendrán que conceder que la justificación utilizada por la empresa para comprometer la libertad religiosa (manifestación o práctica, elija usted) merece una mejor y más argumentada justificación que la sencilla palabra *neutralidad*, esperando haber convencido a algunos, de que su uso en este contexto resulta sumamente problemático.

Profundicemos aún más lejos (a este ritmo llegaremos pronto al centro de la Tierra). El Tribunal insiste una y otra vez que la baza de la empresa es su derecho de ofrecer a sus clientes un ambiente *neutral*. ¿Por qué dar tanto peso a las preferencias de los clientes? ¿Y en algunos aspectos esto no contradice como mínimo el espíritu de la decisión en *Bougnagnoui*? El *telos* de nuestras leyes contra la discriminación, como vimos en la infinitamente mejor razonada sentencia del TEDH, es combatir los prejuicios y la intolerancia que nutren nuestras costumbres e instintos discriminatorios. ¿No tendríamos, no deberíamos, leer la Directiva,

así como las diferentes normas con las cuales el Tribunal lidia con gran dificultad, para demostrar que la Directiva no es más que una expresión que permite a la empresa definir a su antojo su definición de neutralidad, siempre y cuando no tenga un efecto adverso en las categorías protegidas por el lenguaje *expreso* de la Directiva -excepto que haya una verdadera razón de peso? Después de todo, los motivos de los consumidores que forman parte de la definición de la empresa de neutralidad pueden ser la base misma de los prejuicios y la intolerancia cuya Directiva tenía intención de combatir? Algunos de nuestros clientes no quieren ser atendidos por una judía; otros por una musulmana. Llamémoslo neutralidad y así los despedimos o los ocultamos en la trastienda. No es una forma muy convincente de nuestra sociedad, en cuyo nombre la Directiva fue promulgada, de combatir los prejuicios que alimente –y en este caso resulta incluso– discriminatorio como excluyente.

V. DISCRIMINACIÓN DIRECTA O INDIRECTA

Finalmente, me gustaría cuestionar la caracterización de la medida de la empresa como potencialmente creadora de discriminación indirecta y no discriminación directa. De hecho esto era formalmente la única pregunta planteada a el Tribunal en la cuestión prejudicial y que

tuvo una clara respuesta: en este caso estamos tratando con un posible caso de discriminación indirecta. Es importante dado que la carga de la justificación difiere entre la discriminación directa e indirecta.

Aquí un ejemplo clásico de la discriminación indirecta. Considere el viejo requisito inglés que los policías, hombres y mujeres, debían medir seis pies de altura. Esto resulta en una desventaja para las mujeres que quieran servir en el cuerpo de policía. Excepto que tuviese justificación sería considerado una discriminación indirecta. Por el contrario, si hubiese afectado únicamente a las mujeres, como por ejemplo, con una cuota de mujeres en el cuerpo de policía, esto sería discriminación directa.

Lo que es importante es que el parámetro para medir la altura que produce el impacto indirecto nada tiene que ver con la clase protegida que se ve afectada por ella. De hecho, el sistema métrico es metros y centímetros o pies y pulgadas. El objetivo de la medida es asegurar una policía más efectiva sobre la base (errónea) de que las personas altas serían *bobbies* más eficientes (de hecho ya se ha abandonado).

En nuestro caso el fin es el de asegurar la *neutralidad* con el presunto fin de ofrecer un contacto más profesional entre los empleados de la empresa o un objetivo similar, pero jus-

tamente el parámetro utilizado son las clases protegidas -religión; *convicciones*. Si utilizas como parámetro la clase protegida en sí, es mi parecer que se pasa de la discriminación indirecta a la discriminación directa. En cambio, indirecto sería la discriminación entre diferentes religiones. Todas las religiones son discriminadas; si afectase más a unas que otras –esto sería una clásica discriminación indirecta.

En *Chez/Nikolova*^[18] la CJUE no estaba dispuesta a aceptar la explicación que justificaba la supuesta práctica neutral (ubicando los contadores eléctricos en altura en ciertos distritos donde había sospechas de manipulación) e instruyó al tribunal nacional que supervisase todas las circunstancias del caso para verificar si la medida fue introducida por razones relacionadas con la raza. Aquí la fundamentación pertinente de esta sentencia:

La Directiva 2000/43 debe interpretarse en el sentido de que una medida como la práctica discutida constituye una discriminación directa a efectos de esa disposición *si se comprueba que esa medida fue establecida y/o mantenida por razones ligadas al origen étnico* común de la mayoría de los habitantes del barrio afectado.

[18] C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* (“*Chez/Nikolova*”) (ECLI:EU:C:2015:480), para, 91 (énfasis añadido).

tado, lo que incumbe apreciar al tribunal remitente atendiendo a todas las circunstancias pertinentes del asunto.

Sustituya *religión* por *origen étnico* y la lógica parece aplicarse con igual fuerza. En el caso de *Achbita*, no sería necesario investigar demasiado ya que la referencia a *religión y convicción* (las categorías protegidas) es explícita en la formulación de la política de la empresa.

¿Cambia algo que todas las religiones estén perjudicadas? No estoy seguro. El TEDH se refirió “al valor que tiene para un individuo que ha hecho de la religión [o alguna convicción] un principio fundamental de su vida”. Son muchas las que no entran en esta categoría y, por lo tanto, no se verían afectadas de la misma manera por esta política. Entonces, en mi opinión, el hecho de que se dirija a dos categorías protegidas en la definición de neutralidad hace que la política en este respecto sea discriminación directa. El impacto desigual que produce entre las religiones lo convierte en discriminación indirecta.

(Y yo estoy convencido que a pesar del lenguaje de la Directiva podría haber razones que justificasen también la discriminación directa. Aquí un ejemplo. Si una sinagoga contrata a un rabino, o una iglesia a un cura, obviamente insistirían que el primero fuese judío y el se-

gundo cristiano. Y puede que tuviese justificación. Pero no tildaríamos este uso de parámetros religiosos como ‘discriminación indirecta’. Diríamos que es discriminación directa aunque posiblemente justificada).

Incluso si la iglesia o la sinagoga caracterizasen su política de reclutamiento como *idónea*, y luego definiesen el parámetro el no ser de otra religión que judío o cristiano, no recharacterizaríamos el criterio de reclutamiento como ‘discriminación indirecta’. ¿No es justo lo que ocurre en el caso de *Achbita*? Quieren excluir la manifestación de la religión y otras ‘convicciones. Por lo que utilizan en particular religión y convicción como los parámetros de exclusión y sencillamente lo llaman *neutralidad*. ¿Esto convierte el efecto discriminatorio en ‘indirecto’ - sea o no justificado?

Imaginen la siguiente conversación hipotética entre un abogado y su cliente:

Cliente: No me gusta para nada esa gente religiosa con sus cruces y *yarmulkes* y *hiyabs* atendiendo a mis clientes. ¿Puedo prohibirlo?

Abogado: No, eso sería discriminación directa que está específicamente prohibido por la Directiva.

Cliente: ¿Entonces?

Abogado: Vamos hacer lo siguiente. Añada una convicción filosófica, que incidentalmente está prohibido, llámelo *política de neutralidad*; en el peor de los casos será definido como *discriminación indirecta* en cuyo caso los tests son más suaves.

Como parece haber un amplio consenso que lo ocurre en este caso es discriminación indirecta, ofrezco esta última observación con menos ‘convicción’.

VI. DE JAYA A SAMIRA

No pienso, como he indicado antes, que las tradiciones de cualquier religión, no menos el islam, tienen que estar protegidos frente a la críticas, que pueden ser muchas y profundas, así como prácticas que son odiosas a nuestros valores fundamentales ser aceptadas por la sencilla razón que tienen su raíz en la fe religiosa. Y podemos legítimamente esperar de los que se unan a nosotros en la fraseología de la difunta Constitución “...por la senda de la civilización, el progreso y la prosperidad por el bien de todos sus habitantes sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos; [y] de que quiere seguir siendo un continente abierto a la cultura, al saber y al progreso social...”, que abracen nuestros sueños y valores. Pero un componente esencial de estos mismos valores es nuestra firme convicción en el pluralismo,

y nuestro compromiso a la tolerancia y a la libertad religiosa. Nuestros Estados liberales no tienen que comportarse como los estados confesionales de antaño, y que se unan a nosotros, no tiene que significar el abandono de la religión y fe de uno o, sin que hubiese graves razones, forzar a su violación. Igual que nuestro compromiso con la libertad de expresión es puesto a prueba cuando el discurso en cuestión nos ofende, también nuestro compromiso con la tolerancia, pluralismo y libertad religiosa se pone a prueba cuando se ve desafiada. Independientemente de lo que ustedes piensen, por ejemplo, del Islam, es verdaderamente odioso individualizar una persona con brocha gorda por odio de grupo.

Espero que nadie sea tan injusto para pensar que he pasado de Samira, la musulmana, a Jaya, la judía, por preocupación hacia mis compañeros judíos^[19]. Por razones de sobra

[19] Esto no quiere decir que no esté inquieto del muy preocupante auge del antisemitismo en Europa. Toma dos formas: la aborrecible forma social como fue, por ejemplo, el encendido debate del partido laborista británico (y para su comprensión *Trials of the Diaspora* de Anthony Julius es extremadamente revelador) y la forma homicida, también en auge, que en los últimos años ha sido perpetrado casi exclusivamente por islamistas radicales. Sin embargo, como bien sabemos no hay que caer en la trampa silogística como, por ejemplo, durante los años del IRA en las Islas Británicas, Todos los Terroristas son Irlandeses, Todos los Irlandeses son Terroristas. O, Algunos Judíos Mataron a Jesús, Todos los Judíos son Asesinos de Cristo.

conocidas, la población judía en Europa es, históricamente hablando, muy pequeña, y entre ellos el número de practicantes judíos como Jaya es minúsculo.

Por estas mismas razones no pienso que nadie en ningún lugar público respetable podría ver un poster como el siguiente:

En cambio, en los últimos tiempos representaciones como ésta y mucho peores se pueden encontrar en lugares destacados de muchos países europeos, promovidos no por los extremistas sino por partidos tradicionales con representación en nuestros parlamentos.

No veo mucha diferencia entre estos dos.

La política de la empresa en nuestro caso alimenta eso. Estos posters, la intolerancia y el odio generalizado que representan, sigue el resbaladizo silogismo que define los prejuicios y la intolerancia religiosa y racial. Dejando el Derecho de lado, tenemos aquí una traición a la decencia común y humanidad. El umbral de justificación para estas políticas debiera ser alto. Desgraciadamente, en *Achbita* no parece haber casi ningún umbral.

Me parece difícil de comprender que las manos que redactaron y firmaron esta sentencia en *Achbita* no temblaron al escribir estas palabras:

[E]l deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, ... y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes. Por lo tanto esta empresa tiene que esforzarse “... ofrecer a la Sra. Achbita un puesto de trabajo que no conlleve un contacto visual con los clientes”.

Sí, en teoría es para todo el mundo. En la práctica es para las Achbitas de nuestro mundo europeo. Todo está en regla, les decimos, si te quitas de en medio, ocultas tu identidad y tu religión, y no entras en contacto con nosotros.

En mi opinión, esta sentencia, aparte de graves errores legales y un razonamiento pobre, no refleja lo que Europa representa.

Samira Achbita, eres mi hermana.

TODAVÍA SAMIRA.
A PROPÓSITO DE, JOSEPH H.
H. WEILER, ‘JE SUIS ACHBITA!

Pedro Cruz Villalón

Hace un par de años, en forma de comentario a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ, en adelante)^[1], Joseph Weiler lanzó un resonante mensaje en relación con la libertad religiosa que no estoy seguro de haber recibido el eco que se merece^[2]. Se trataba aquélla de una sentencia que, como en

[1] *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding y G4S Secure Solutions NV (C-157/15)*, de 14 de marzo de 2017. ECLI:EU:C:2017:203. Cuestión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie /Tribunal de Casación, Bélgica). Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott, de 31 de mayo de 2016, ECLI:EU:C:2016:382. Es de advertir que los abogados generales se referrían a este asunto con el nombre “G4S Secure Solutions”

[2] “Je suis Achbita!”, 28 *The European Journal of International Law* (2017) 989-1018. Traducción al francés, “Je suis Achbita!: Á propos d’un arrêt de la cour de justice de l’Union européenne sur le hijab musulman (CJUE 14 mars 2017, aff. C-157/2015)”, *Revue trimestrielle de Droit européen*, 2019; traducción al italiano, “Je suis Achbita”...1113-1143; traducción al castellano, ¡Je suis Achbita! , *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 73 (2018), 4-15, por la que cito.

seguida se verá, es parte de una pareja^[3], y como tal ha sido desde su publicación repetidamente comentada^[4]. Los comentarios suscitados por esta jurisprudencia desde marzo de 2017^[5] son incontables^[6]. Todavía en marzo de 2020, la Fundación Coloquio Jurídico Europeo había

[3] Junto con *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'Homme (ADDH) y Micropole SA* (C-188/15), de 14 de marzo de 2017. ECLI:EU:C:2017:204. Cuestión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Tribunal de casación, Francia). Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston de 13 de julio de 2016, ECLI:EU:C:2016:553.

[4] A simple título de ejemplo: E Cloots, Safe harbor or open sea for corporate headscarf bans, *Common Market Law Review*, 2018; S S Fragozo, Libertad religiosa y velo islámico en el empleo: STJUE de 14 de marzo de 2017, asunto C-157-2015; J Giles, “A hoped for coherent and permissive EU religious freedom policy: the Bougnaoui and Achbita cases”. PILARs Case Comments, The Open University Law School, 2017, 1-19; S Hennette-Vachez, Equality and the Market: The unhappy fate of religious discrimination in Europe, *European Constitutional Law Review*, 2017, 13, (04), 744-758; S Solomon, The Right to Religious Freedom and the Threat to the Established order as a Restriction Ground: Some Thoughts on Account of the Achbita Case, *Ejil Talk*, 2017; E Spaventa, What is the point of minimum harmonization of fundamental rights? Some further reflections on the Achbite case, *EU Law Analysis*, 2017; S Wagner, Kopftuch in Beschäftigungsverhältnissen – Zu den Auswirkungen der EuGH-Urteile in den Rechtssachen Achbita u.a. (Rs. C-157/15) und Bougnaoui u.a. (Rs. C-188/15), *EuR Europarecht*, 2018.

[5] E incluso antes, Stéphanie Hennette-Vachez y C Wolmark comentaron ya en 2016 las conclusiones de la abogada general Juliane Kokott: *Plus vous discriminez, moins vous discriminez. A propos des conclusions de l'avocat générale dans l'affaire CJUE Achbita, C-157/15* hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr

[6] *Vid. supra* n. 4.

previsto dedicar a esta jurisprudencia una de sus Jornadas, con participación del propio Weiler^[7].

Las consideraciones que siguen arrancan precisamente de esa ocasión de momento frustrada.

Aunque suficientemente conocidos, digamos sencillamente que los casos así emparejados trataban de dos trabajadoras dependientes, ambas de religión musulmana, las cuales, en circunstancias ligeramente diferentes, sufren un despido en sus respectivas empresas por el sólo motivo de haber desatendido la instrucción del empleador de prescindir en su atuendo del *hijab* o velo islámico durante su horario de trabajo. Ambos asuntos llegan casi simultáneamente al TJ en forma de sendas cuestiones prejudiciales en las que las respectivas autoridades judiciales nacionales consultan al tribunal sobre un par de preceptos de la Directiva 2000/78 relativa a la igualdad de trato en el empleo^[8]. Mientras la respuesta del TJ en *Achbita* conduce espon-

[7] Suspendida *in extremis* por la extensión alcanzada por el covid-19 en Madrid en esas fechas. Jornada no 83 de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, “El Tribunal de Justicia UE sobre el pañuelo islámico en el lugar de trabajo. A propósito de los casos *Achbita* y *Bougnaoui*”, ponentes Joseph H. H. Weiler y Pedro Cruz Villalón, moderadora Marian Ahumada, con fecha prevista de 12 de marzo de 2020.

[8] Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

táneamente a la legitimación del despido, la emitida en *Bougnaoui* lleva derechamente a la desautorización del mismo^[9].

No es, en absoluto usual que un comentario a una sentencia, desde su mismo título, arranque con la primera persona del singular^[10]. Esta circunstancia pone sobre la pista respecto del sentido último de este texto. Se dice ‘Je suis Achbita!’, seguido de un signo de exclamación, de forma no muy distinta a como, en 1898, Émile Zola emitió su potente ‘J’accuse!’^[11]. Sólo que, en aquella ocasión y a diferencia de lo que es ahora el caso, Zola no exclamó ‘Je suis Dreyfus!’. El ‘soy’ de Weiler tiene así, junto a un propósito de denuncia, el carácter de una identificación que va más allá de la simple solidaridad. Weiler, en efecto, junto a la crítica

[9] En la base DecNat del TJUE (<http://www.aca-europe.eu/index.php/fr/dec-nat-fr>) pueden consultarse las resoluciones nacionales dictadas como consecuencias de las sentencias dictadas en cuestiones prejudiciales. Para Achbita, ver, Hof van Cassatie, arrest van 09/10/2017, Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding / G4S Secure Solutions NV, en: http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20171009-1. Para Bougnaoui, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/2484_22_38073.html, nota explicativa en: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_37989.html

[10] Su caso no wa del todo único: S Hennette-Vauchez, Nous sommes Achbita (CJUE 14 mars 2017, aff. C-157/15), *Revue trimestrielle de droit européen*, 2019.

[11] “J’accuse! Lettre au Président de la République”, *L’Aurore*, de 13 de enero.

con alcance de denuncia que el comentario supone, se identifica con la realmente existente trabajadora musulmana Samira Achbita convocando al efecto a una imaginada, y personalmente mucho más cercana, Jaya Cohen (nacida Levi), de religión judía, pero cuya probabilidad de encontrarse en idéntica situación sería todo menos hipotética. Este elemento identitario del comentario es fundamental para entender el propósito último del texto. Puede dejarse de lado alguna expresión aislada del autor, difícil de justificar en su severidad, del trabajo del TJUE^[12] para centrarse en cambio en lo que importa: Su mensaje puede enunciarse en términos simples: En nuestras sociedades, las que integran la Unión Europea, la religión no ocuparía la posición que le corresponde, es más, lo que se observa es “una sociedad en su gran mayoría secular que ha perdido el conocimiento, la sensibilidad y hasta la paciencia con la religión”^[13]. Si la respuesta del TJ en *Achbita* tiene la capacidad de apuntalar una tesis de este calibre, se comprenderá la relevancia que Weiler otorga a una sentencia bastante simple si se atiende sólo a sus aspectos formales.

[12] “Me parece difícil de comprender que las manos que redactaron y firmaron esta sentencia en *Achbita* no temblaron al escribir estas palabras...” (*cit. n. 2*, p. 15).

[13] *Cit. n. 2*, p. 8.

1. Palabras clave: En forma de binomio

Antes de entrar en materia merece la pena presentar someramente algunas de las categorías que aquí se entremezclan en forma de binomios. En primer lugar, ya se ha anunciado, tenemos una jurisprudencia construida, como el TJ ha hecho en otras ocasiones^[14], sobre una pareja de casos, los ya citados *Achbita* y *Bougnououi*. No son dos asuntos acumulados^[15], pero es lo más parecido a tal cosa. Son resueltos por Gran Sala, con la misma composición y el mismo juez ponente, siendo deliberados aparentemente en paralelo con pronunciamiento de las correspondientes sentencias en la misma fecha. El matiz es que los asuntos no han sido atribuidos a la misma abogada general, sino a dos distintas, de forma claramente consciente, lo que se refleja en el diferente tono de ambas conclusiones destacado por Weiler, siendo acaso también una opción consciente la de atribuir a mujeres ambos asuntos. Dando en un caso vía libre a la prohibición del *hijab* y en el otro desautorizándola, el TJ lanza de propósito un

[14] Típicamente, los dos conocidos asuntos, resueltos con fecha de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg* (C- 617/19) y *Melloni* (C-399/11).

[15] A diferencia, por poner un conocido ejemplo, del asunto *Digital Rights Ireland* y *Seitlinger*, referido a dos cuestiones prejudiciales, una proveniente de la High Court de la República de Irlanda y otra del Tribunal Constitucional de la República austríaca (C-293/12).

claro mensaje respecto del carácter decisivo de las circunstancias en la forma de resolver casos de esta naturaleza: la misma imposición puede ser legítima en unas circunstancias e ilegítima en otras. Pero sobre todo, como ocurre con estos emparejamientos, el propósito del juez de la Unión es emitir una jurisprudencia en la que dos asuntos se apoyan mutuamente, como si dijéramos, en tiempo real.

Pasando ya al contenido de esta jurisprudencia, se hace patente un primer binomio referido a la tensión entre la prohibición de discriminación en el ámbito del empleo y una pluralidad de derechos fundamentales sustantivos, que pueden ser ellos mismos afectados con ocasión de un trato discriminatorio. Si la prohibición de discriminación por razón de la edad se agota en sí misma, sin afectar a otro derecho fundamental^[16], cosa muy distinta ocurre cuando, como es aquí el caso, la libertad religiosa se ve inmediatamente afectada, aparte como se verá otros derechos. De este modo, se genera en esta materia una frecuente mescolanza entre el modo de argumentar tratándose de la prohibición de discriminación, en lo que llamaré la dimensión relacional, y el modo de argumentar tratándose de restricciones a dere-

[16] Dejando de lado, como parece razonable, la protección de la tercera edad.

chos fundamentales, ocasionalmente por parte de otros titulares de derechos fundamentales (eficacia horizontal), en lo que llamaré la dimensión sustantiva.

En este caso, la prohibición de discriminación concierne simultáneamente y en primer lugar al ejercicio de la libertad religiosa. Del lado del empleador, su obligación de no incurrir en trato desigual de los trabajadores se proyecta o escinde a su vez en dos vertientes: Por una parte, tratándose de empleadores particulares, el principio antidiscriminatorio se ve matizado por la noción de eficacia horizontal de los derechos. Por otra, el empleador privado es titular de un propio derecho fundamental, la libertad de empresa (art. 16 CDF), permitiendo de este modo, como se verá, razonar en términos de ponderación entre derechos fundamentales contrapuestos.

Ahora bien, antes de abandonar esta dialéctica entre lo relacional y lo sustantivo, conviene hacer mención de otro derecho fundamental que, acaso por evidente, prácticamente aparece ignorado como tal en esta jurisprudencia, el derecho al trabajo, que la CDF reconoce a “toda persona” en su art.15^[17]. Y es que, en efecto, una regla o

[17] Ver, sin embargo, el punto 71 de las conclusiones de la abogada general Eleanor Sharpston en *Bouagnaoui*, remitiéndose a

práctica como la que nos ocupa lo mismo se puede decir que afecta a la libertad religiosa que al derecho al trabajo. Lo que propiamente hace el empleador es poner a determinados trabajadores ante la tesitura de seguir los mandatos de su religión o perder su empleo. Es esta dura alternativa la que pide un fundamento sólido y es ella la que implícitamente está en el origen de la denuncia de Weiler.

Por fin, señalado todo esto, y centrándonos en la dimensión relacional de esta jurisprudencia, que es la esencialmente concernida, conviene presentar por fin la pareja constituida por las categorías de discriminación directa y discriminación indirecta^[18]. Por recordarlo elementalmente, una discriminación directa es la que se genera de forma inmediata como consecuencia del trato recibido, ya sea porque

su vez a las conclusiones del abogado general Poiares Maduro en *Coleman* (C-303/2006).

[18] “Artículo 2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1. 2. Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1; a) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas...”.

la regla, cuando existe, así lo prevé expresamente, es decir, el trato desigual por unas u otras circunstancias vedadas en la Directiva, ya sea como consecuencia de un distinto trato directamente producido sin interposición de regla preexistente alguna. Por el contrario, la discriminación indirecta cuenta siempre con una regla o criterio, escrito o no, de alcance general, el cual carece en su forma o literalidad de elemento o distinción de trato alguno, son “aparentemente neutros” en lenguaje de la Directiva (art. 2, 2, b), si bien con la particularidad de que, en función del contexto en el que dicha regla está llamada a aplicarse, la misma tiene de hecho consecuencias discriminatorias^[19]. Quiere esto decir que el contexto de la regla en cuestión resulta determinante a la hora de operar con esta segunda categoría. Y apenas hace falta advertir que dicho contexto, en tanto que contexto normativo (*Normbereich*), va más allá de las circunstancias específicas del caso concreto, situándose en un momento previo de características relativamente estables que poco tienen de puramente coyuntural.

La Directiva, hay que añadir inmediatamente, está redactada en unos términos que la hacen mucho más permisiva respecto de

[19] Nótese que aquí la Directiva menciona en primer lugar la religión.

las discriminaciones indirectas que respecto de las directas. Estas últimas sólo son toleradas cuando tengan el carácter de un “requisito profesional esencial y determinante” y siempre además que “el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado” (art. 4.1^[20]). En otras palabras, la prestación del trabajo requerido, por sus propias características, sencillamente exige condiciones que, desde luego, no están al alcance de todo el mundo, con el consiguiente efecto discriminatorio. Por el contrario, una discriminación indirecta, resultante del contexto en el que la regla o el criterio se proyecta, sólo requiere que la desventaja “pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima” y siempre que los medios sean “adecuados y necesarios”, necesarios, se entiende, en atención a esa finalidad^[21]. Aquí no se contemplan exigencias consustanciales a la prestación de trabajo sino algo bastante más impreciso, como

[20] Artículo 4. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

[21] “...salvo que: b) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios” (art. 2.2).

es el terreno de lo genéricamente beneficioso para el empleador.

Lo curioso de estos asuntos es que parten en ambos casos de preguntas enormemente fáciles de responder atendidas las circunstancias, casi se estaría por decir que son ejemplos de libro. Asma Bougnanoui es contratada en julio de 2008 como ingeniera de proyectos, en cuyo momento, según declara la empresa, fue advertida de que “no siempre podría llevar el velo” islámico. Un año más tarde, la empresa le pide a la trabajadora que prescinda del velo cuando preste servicios a un concreto cliente que así lo ha exigido, siendo la negativa de la trabajadora a atender esta instrucción la exclusiva causa de su despido. La pregunta del juez nacional concierne directamente a la idoneidad del referido deseo del cliente de la empresa en orden a erigirse en requisito profesional esencial y determinante en el sentido de la Directiva, con la consecuencia implícita de legitimar el despido^[22]. Enunciada así la pregunta, su respuesta no tiene complicación alguna. Como bien se

[22] La pregunta reza así: “¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 en el sentido de que el deseo manifestado por un cliente de una empresa de consultoría informática de que, en lo sucesivo, los servicios informáticos contratados no sean prestados por una asalariada de dicha empresa, ingeniero de proyectos, que usa un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo?”

dice en el punto 40 de la breve sentencia, una cosa es un requisito objetivamente exigido por la naturaleza de la actividad profesional y otra muy distinta una consideración tan subjetiva como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares de un cliente. La respuesta a la específica pregunta es por tanto sencillamente no^[23].

En *Achbita* la pregunta es igualmente simple, atendidas también las circunstancias. En esta ocasión se considera acreditado que en la empresa existía una regla originariamente no escrita proscribiendo de manera general el uso de símbolos o prendas reveladoras de una determinada adscripción religiosa o ideológica. Y el tribunal nacional simplemente pide que se le confirme que una regla o práctica de estas características *no* constituye un caso de discriminación directa por parte de la empresa^[24]. A esto, de nuevo, el TJ responde con absoluta

[23] Previamente, el TJUE ha declarado no tener suficientes datos para determinar la previa existencia de una regla o práctica interna que pudiera traducirse en una discriminación indirecta, algo que en todo caso habría de ser el juez nacional el llamado a determinar.

[24] Es interesante reproducir literalmente la pregunta: “¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo como musulmana en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa si la norma en vigor de la empresa prohíbe a todos los trabajadores llevar en el lugar de trabajo signos externos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas?”

sencillez que así es en efecto^[25]. La diferencia con *Bougnaoui* es que esta respuesta confirmatoria prácticamente obliga al TJ a completarla mediante la indagación de si la referida regla sería legítima contemplada desde la perspectiva de una discriminación indirecta. Es esta segunda parte de la sentencia recaída en *Achbita*^[26] la que centra todo el comentario de Weiler y, en consecuencia, mi propio comentario de aquí en adelante^[27].

A partir de aquí trataré primero y sucesivamente de los dos complejos de intereses encontrados, concretamente los de Samira y los de la empresa, para a continuación analizar las herramientas con las que se resuelve el caso.

2. ¡Es la religión, estúpido!

Referido a la dimensión religiosa del problema, es visible el contraste entre la sentencia dictada en *Achbita* y el comentario que de la misma realiza Weiler. Mientras el TJ no se reconoce particularmente competente para pronunciarse en materias de religión, tendiendo a

[25] Puntos 30 a 32 de la sentencia.

[26] Puntos 33 a 44.

[27] Es de señalar ya el marcado contraste entre la sencillez y brevedad de las sentencias y el complejo desarrollo de las respectivas conclusiones de las abogadas generales.

limitarse a declarar lo que la libertad religiosa *comprende*, Weiler si se muestra capaz de hablar de religión, es más, habla como hombre de religión^[28]. Y este es su primer reproche: “No sabéis lo que es la religión, no sabéis lo que supone llevar el *hijab*”. Esto es fundamental, por cuanto la libertad religiosa pertenece al corto número de derechos fundamentales, y esto lo destaca la abogada general^[29], que requieren de la colaboración de los titulares de este derecho a la hora de la determinación de su contenido caso por caso. Desde luego, no es que valga cualquier cosa que cada individuo declare ser expresión de sus convicciones religiosas, pero sí es indudable que el poder público no tiene alternativa a abrir un amplio espacio a los titulares del derecho a la hora de su determinación^[30].

Es de esta forma como Weiler lanza dos mensajes. El primero, diciéndole al TJ que se ha confundido de medio a medio al adscribir el uso del velo a un mero propósito de exteriorización de la propia religión, surgido de su propia iniciativa, siendo así que se trata de

[28] “Samira Achbita, eres mi hermana” (*cit. n. 2, p. 15*).

[29] Punto 34.

[30] La cuestión es que, también para la abogada general Sharpston, en *Bougnououi*, el *hijab* se sitúa en el ámbito de la manifestación de la propia religión (punto 87).

un mandato religioso ineludible. Al menos, así él lo entiende. Ciertamente una conducta de expresión pública de la propia religión forma parte del contenido reconocido de la libertad religiosa^[31], pero éste no sería simplemente el caso. Por el contrario, el uso del *hijab* tiene lugar como acatamiento de un *precepto* religioso, lo cual sería cosa muy distinta. Weiler se detiene extensamente en ilustrar, sirviéndose de ejemplos, lo que es simple deseo de mostrarse al exterior como adepto a una religión, sea la musulmana, sea la judía, y lo que es acatar un mandamiento de origen divino, el uso del velo en este caso. El TJ, o desconocería esta distinción o, en el mejor de los casos, no habría sido capaz de entrar en ella. Para Weiler esto tiene consecuencias determinantes: En lugar de sopesar el coste que para la trabajadora tiene prescindir del velo islámico como transgresión de un precepto religioso, lo que se somete a contraste es la mera frustración de un deseo de mostrarse públicamente como musulmana^[32]. De este modo, las probabilidades de la trabajadora para oponerse con éxito a la exigencia del empleador quedan ‘fatalmente’ reducidas^[33].

[31] Asunto *Eweida y otros c. Reino Unido*, sentencia de 15 de enero de 2013.

[32] Así, expresivamente, conclusiones de la abogada general, punto 114.

[33] *Cit. n. 2*, p. 6.

En definitiva, el control de la conducta del empleador, dadas las circunstancias, hubiera debido ser mucho más estricto de lo que lo ha sido, con consecuencias para el sentido de la respuesta del TJ.

Con todo esto, Weiler viene a denunciar, si lo entiendo bien, la ausencia en la sentencia, y en las conclusiones que le preceden, de todo reconocimiento de un 'nomos' distinto al de las autoridades terrenales al que los individuos pueden considerarse sometidos. En el ámbito de la libertad religiosa, donde pueden haber variadas conductas, habría una especie de contenido nuclear, identificado en este nomos, que debiera tener un estatus de especial protección. Es un planteamiento que puede aceptarse como punto de partida, sin perjuicio de lo que sigue.

La cuestión es que Weiler da un paso más, y este sería su segundo mensaje, introduciendo una contraposición en el seno de las religiones reveladas, entre, tal como él las presenta, por un lado las 'religiones del rito', a saber el Judaísmo y el Islam, y de otra parte, la religión cristiana en su conjunto, ampliamente 'desritualizada'. Mientras las primeras citadas otorgarían una posición central a un alto número de ritos en la práctica religiosa, de entre los cuales el uso del *hijab* sería uno de ellos, la Revolución Cristiana, como la califica, habría

venido a desterrar ampliamente la dimensión ritual de la fe, para situar en el centro de la religión, siempre según sus palabras, “el interior del sujeto humano”^[34]. La consecuencia sería clara: Una norma que proscriba por igual los gestos y conductas reveladoras de la propia fe castigaría más a las religiones del rito que a una religión supuestamente ‘desritualizada’ como la cristiana. Ello es tanto como reconocer en una disposición o práctica de la empresa como la aquí contemplada un especial modo de discriminación indirecta, resultado del contraste entre unas religiones y otras, que habría que pasar por el tamiz de la Directiva.

Sin arrogarme ninguna autoridad en la materia, cabe cuestionar la posición de Weiler en este punto. Y ello porque del conjunto de su razonamiento parece desprenderse que considera las diversas formas de confesión o de profesión de la fe cristiana como iniciativas personales ajenas a la práctica religiosa, de forma similar a lo que pueda suponer exhibir una estrella de David para un judío de religión^[35]. Cuando, por poner el ejemplo de una bien conocida, y

[34] *Ibid.*, p. 8.

[35] “...comprometer o limitar el derecho a comunicar la propia fe a otros por medio de un símbolo no es igual de serio que impedir a esta misma persona practicar y vivir su fe u obligarla a violarla” (*cit. n. 2*, p.6). Pero, claro es, habría que consultar a las autoridades religiosas en cada caso competentes.

ya citada^[36], jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Nadia Eweida insiste en hacer visible su condición cristiana con un colgante en su cuello^[37], tal gesto, con arreglo al citado planteamiento, sería puramente demostrativo de un dato más de la personalidad de quien lo porta como podrían ser tantos otros, todo ello con independencia de que forme parte del contenido de la libertad religiosa. Ocurre, sin embargo, que los actos de pública confesión o profesión de la fe han sido fundamentales en la identidad de los cristianos desde los primeros momentos^[38]. Todo ello, siendo así que, desde el exterior, nadie puede decir si un proceder de esta naturaleza responde a un propósito frívolo o a uno sencillamente existencial para la propia persona.

A partir de aquí cabe enlazar ya con la opción del TJ en el sentido de proceder al examen de la regla aplicada a Samira desde la perspectiva de la discriminación indirecta. Ahora bien, aquí sucede una cosa curiosa: El TJ pasa directamente a examinar la concurrencia de las razones que podrían hacer admisible esa discriminación (a

[36] *Cit. n. 36.*

[37] *Asunto Eweida y otros c. Reino Unido*, sentencia de 15 de enero de 2013.

[38] “A quien me confiese delante de los hombres yo también le confesaré delante de mi Padre” (Mateo, 10, 32).

saber, finalidad legítima y medios adecuados y necesarios), saltándose por completo la premisa de todo ello, es decir, si en efecto hay o no una discriminación indirecta basada en la religión. En lugar de ello, y a este respecto, el TJ se limita a declarar que *no cabe excluir* que el tribunal nacional llegue a la conclusión de que tal discriminación existe^[39]. Pero ocurre que esta es la primera cuestión sobre la que el TJ tendría que dar alguna orientación. ¿Aceptaría, acaso, el planteamiento de Weiler según el cual la discriminación se situaría en el contraste entre una y otras religiones reveladas? Imposible saberlo. Yo no tendría inconveniente en avanzar lo siguiente.

Tratándose de la discriminación por motivos de religión, hay, en mi opinión, discriminación indirecta, no a partir de un contraste entre una y otras de las referidas religiones sino a partir de la consideración de que, sin necesidad de entrar en la conciencia de nadie, hay trabajadores a los que esta norma les supone un muy elevado coste y otros a los que no les supone contratiempo apreciable alguno. Los primeros pueden ser típica-

[39] “En el caso de autos, no puede descartarse que el tribunal remitente llegue a la conclusión de que la norma interna controvertida en el litigio principal establece una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 si se acredita, extremo que le corresponderá comprobar, que la obligación aparentemente neutra que contiene dicha norma ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas.” (punto 34).

mente religiosos practicantes, sin necesariamente descartar motivaciones distintas a las religiosas. Lo que considero claro es que las motivaciones religiosas resultan claramente identificables en este contexto. Desde luego, siempre se podrá objetar que algo no muy distinto se produce respecto de algo tan trivial como es una prohibición de fumar, que tiene más coste para unos trabajadores que para otros, pero lo que ocurre es radicalmente distinto: Lo que aquí se exige pone en cuestión las convicciones religiosas, con respaldo en un derecho fundamental, no unos hábitos de vida más o menos arraigados, conectados como mucho con el libre desarrollo de la personalidad.

Dicho todo esto, quizá la cuestión estribe en rebajar la centralidad del enfoque relacional de toda esta problemática, es decir, el de la no discriminación, que es por principio el de la Directiva, para desplazar el foco al derecho sustantivo concernido, sin necesidad de introducir comparación alguna. En definitiva, se trataría de poner más el acento en el alcance de la eficacia horizontal de la libertad religiosa y de su eventual ponderación con otros derechos o libertades fundamentales. Y es que, en el tratamiento de esta problemática, se está continuamente saltando del enfoque relacional al enfoque sustantivo y a la inversa, sin que al final se sepa lo que en cada momento se discute. En suma, se diría que el condicionamiento de la Directiva, aunque exigido por la estructura de las cuestiones

prejudiciales, resulta en exceso determinante, dificultando un análisis directo en términos de derechos fundamentales sustantivos. Pero es hora ya de ver la perspectiva del empleador.

3. ¡Es la economía, estúpido!

Ya ha habido ocasión de mencionar cómo una situación que pueda analizarse en términos de discriminación indirecta por parte del empleador puede ser sin embargo admitida jurídicamente, a través de un juego combinado de fines y medios. En este apartado se trata sólo de los fines o, en el lenguaje de la Directiva, de la concurrencia de una “finalidad legítima”, objetivamente justificada.

Teniendo en cuenta que el incumplimiento de la regla en cuestión puede ser sancionado con un despido, la legitimidad de la finalidad perseguida debiera estar por encima de toda duda. En otras palabras, no parece que cualquier beneficio para la empresa, esperable de la discriminación en cuestión, pudiera legitimar tan costosa medida. Este bagaje de legitimidad es el que viene a aportar una categoría que será central en la respuesta al caso: El empleador persigue una imagen y en general un ambiente de trabajo en la empresa caracterizado por la neutralidad ideológica. Por neutralidad ideológica se entenderá aquí concretamente la renuncia exigida a los trabajadores de manifestar de cualquier modo en su atuendo nada que pudiera considerarse signo inequívoco

de su adscripción a cualquier religión o ideología. De otra parte, y esto es importante, la neutralidad ideológica no deriva de obligación alguna del empleador de seguir los dictados de su conciencia, sino de una libre opción por su parte. Es el empleador quien decide que su empresa será ideológicamente neutral en el concreto sentido aquí indicado. E igualmente importante es el dato de que el empleador adopta esta decisión porque beneficia a la empresa, o en todo caso así lo cree.

Este fundamento económico de la decisión del empleador es lo que permite al TJ conectar a la libertad ideológica con un derecho fundamental, que no es otro que la libertad de empresa, hoy objeto del artículo 16 CDF. De este modo tenemos a la libertad de empresa desplegando una doble función. Por un lado refuerza el carácter legítimo de la finalidad, que en definitiva no es otra que el beneficio empresarial. Por otro lado, traslada el conflicto a una situación de contraste entre derechos igualmente fundamentales o, lo que es igual, a un ejercicio de *ponderación* entre derechos. El caso es que esta neutralidad es aceptada e incluso vista con simpatía por el TJ a la hora de legitimar una posible discriminación en materia ideológica y religiosa y por extensión una restricción en el derecho a la libertad religiosa^[40].

[40] “En efecto, el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta, y tiene, en principio,

Lo que a este respecto hace Weiler es *questionar* la neutralidad o, más exactamente, una variante de neutralidad que no es la única posible. Pues también se obtendría un resultado de neutralidad mediante el reconocimiento a todos los trabajadores del derecho a manifestar en su atuendo su respectiva religión o ideología. Él pone el ejemplo del ámbito universitario que, sin embargo, debe reconocerse que es bien distinto del de las relaciones laborales. En suma, la neutralidad perseguida por el empleador en *Achbita* sería menos neutra de lo que aparenta.

Una vez examinado el modo como el TJ se ocupa de la presencia de una finalidad legítima, objetivamente justificada, se trata de ver las condiciones complementariamente exigidas para salvar una discriminación indirecta. Expresamente, la Directiva sólo pide que los medios para perseguirla sean adecuados y necesarios (e implícitamente proporcionales^[41]). De todo ello conviene ocuparse a continuación.

un carácter legítimo, en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes” (punto 38).

[41] La proporcionalidad sólo es mencionada por la Directiva en relación con la discriminación directa (art. 4), pero evidentemente ello no tiene la consecuencia de eximir de un examen de proporcionalidad a la discriminación indirecta.

4. El ritual de la proporcionalidad

Si se me permite comenzar por un comentario irónico, a la vista de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el programa del Banco Central Europeo de adquisición de deuda pública^[42], y con el trasfondo del siguiente punto a considerar en el comentario de Weiler, cabría preguntarse si no se está convirtiendo la herramienta judicial del control de proporcionalidad en un auténtico ritual, cuyo correcto desarrollo quedase encomendado a la vigilancia de una Inquisición de la proporcionalidad. Y siguiendo en el mismo tono, habría llegado el momento de preguntarse cómo pudo un Tribunal Constitucional como el español haber desempeñado satisfactoriamente su jurisdicción de derechos fundamentales durante más de quince años, desde 1980 a 1996, sin necesidad de argumentar con la “proporcionalidad en sentido estricto”^[43].

[42] Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal alemán de 5 de mayo de 2020, sobre el programa de adquisición de deuda pública del Banco Central Europeo. Vid., entre la multitud de reacciones a esta sentencia, J Weiler y D Sarmiento, *The EU Judiciary After Weiss – Proposing a New Mixed Chamber of the Court of Justice*. *EU Law Live*, 1 June 2020.

[43] Con arreglo a la base de datos del Tribunal Constitucional, la expresión aparece por vez primera en la sentencia 55/1996, de 28 de marzo, relativa a la cuestión de inconstitucionalidad sobre la llamada prestación especial sustitutoria. En caso de objeción de conciencia. A partir de ahí comienza a utilizarse, primero esporádicamente, y ya más regularmente desde 2013.

Ya más en serio, Weiler, en efecto, no entiende que *Achbita* haya podido ser resuelto sin incorporar el tercer paso del juicio canónico de proporcionalidad, la llamada^[44] proporcionalidad en sentido estricto, una vez cumplimentados los pasos anteriores o, lo que es igual, el control de la adecuación y necesidad de los medios. A este último efecto bastará con señalar que nada de todo esto planteará especial problema para el TJ, una vez vista su valoración de la finalidad perseguida, la neutralidad ideológica en la empresa. La norma es, casi por definición, adecuada para alcanzar ese objetivo y, por lo mismo y casi también por definición, es necesaria a los mismos efectos. En relación con la adecuación, resultaría evidente que la prohibición de la ostentación de símbolos religiosos en la propia vestimenta del trabajador es perfectamente adecuada para conseguir la finalidad de neutralidad ideológica. Y en relación con la necesidad, apenas incorpora la reserva de que se compruebe que la trabajadora no puede ser trasladada a un puesto de trabajo sin contacto con los clientes, eso sí, sin que ello represente una carga adicional para la empresa. En estos términos, resulta difícil no concordar con Weiler en la llamativa facilidad con la que se reconocen los imperativos de la libertad de empresa en su contraste con otros derechos sustantivos.

[44] Punto 43.

En todo caso, ¿qué hay del tercer paso, el juicio de proporcionalidad propiamente dicho, es decir, el análisis de la relación de proporción entre los eventuales beneficios para la empresa y los daños de todo tipo para la trabajadora? Llamémosle como queramos, tercera fase de la proporcionalidad o de cualquier otro modo, eso debiera ser lo de menos, la cuestión es que la pregunta es perfectamente legítima.

Mediante el recurso a la inserción de un espacio en blanco en las páginas de su comentario, Weiler expone gráficamente el tratamiento que en *Achbita* se da a esta tercera fase del juicio de proporcionalidad: Sencillamente ninguno. En realidad, Weiler lo reconoce, lo que propiamente hay es una delegación de esta dimensión del control de la proporcionalidad al juez nacional: El TJ delega en el juez nacional el análisis más detallado y competente de todas las circunstancias del caso. Esto es lo que sobre todo se reprocha a la sentencia.

Vaya por delante que concuerdo con la abogada general en que la palabra final respecto del carácter proporcional de la norma o práctica en cuestión no puede corresponder al TJ por medio de su respuesta a la cuestión prejudicial. Lleva toda la razón cuando dice que desde Luxemburgo no se puede dar una respuesta que contemple suficientemente las

características del caso^[45]. Pero igualmente hay que concordar con Weiler en que el TJ se ha quedado corto en su deber de proporcionar algunos criterios que orienten en el juicio de proporcionalidad.

La abogada general ofrece unos pocos elementos con los que avanzar en un juicio de proporcionalidad. La cuestión es que su punto de partida es el denunciado desde el principio por Weiler: La norma no afectaría a “la religión en sí” cuanto a la manifestación externa de su pertenencia a ella^[46]. A partir de ahí los criterios que ofrecen las conclusiones para sopesar la legitimidad de la regla se antojan insuficientes^[47]. Y ya se ha dicho cómo la sentencia apenas se queda en la comprobación de la posibilidad de ofrecer a la trabajadora un puesto alejado del público. En mi opinión, ya desde la perspectiva de la discriminación religiosa, el caso de Samira merecía una respuesta más rica en sus contenidos. Pero la dimensión religiosa de la desigualdad de trato no es la única presente en este asunto.

[45] Punto 99.

[46] Punto 114.

[47] El tamaño y vistosidad del símbolo religioso, el tipo de actividad de la trabajadora, el contexto en que se desarrolla la actividad y la identidad nacional del Estado miembro (punto 141 y último).

5. *Discriminación al cubo*

En el punto 121 de sus conclusiones en *Achbita* la abogada general hace la siguiente observación casi de pasada, al cabo sin consecuencia alguna, que sin embargo apunta a algo que considero clave, por lo que considero conviene citarla *in extenso*: “(E)n la ponderación de intereses se ha de tomar en consideración si también se ven afectadas otras características susceptibles de diferencia de trato. Por ejemplo, podría ser indicativo de la desproporcionalidad de una prohibición impuesta por el empresario el hecho de que la prohibición no afectase sólo a los trabajadores de una religión determinada, sino que al mismo tiempo afectase en modo especial a los de un determinado sexo, un determinado color de piel o un determinado origen étnico”.

Como se ve, en estas líneas la abogada general apunta a la posibilidad de una acumulación de discriminaciones indirectas, en cuyo caso la conclusión de desproporcionalidad se impondría de forma bastante espontánea. Es algo que, sin embargo, ella lamentablemente rechaza sin mayor dificultad, siendo así que el caso de Samira podría haber sido un excelente ejemplo de acumulación de discriminaciones.

La abogada general comienza apuntando a la eventualidad de que la discriminación afec-

tase a los trabajadores de una religión determinada. Es curiosa esta formulación teniendo en cuenta que es la que está en la base del enfoque de Weiler, la desigualdad entre unas religiones y otras desde la perspectiva ritual. Lo que importa a nuestros efectos es que esta discriminación por motivos religiosos es la primera que podría estar presente. Ya he señalado cómo, en mi opinión, la neutralidad ideológica puede encerrar esta primera forma de desigualdad de trato entre trabajadores.

Pero en segundo lugar, se apunta a la eventualidad, en términos puramente hipotéticos, de que simultáneamente la diferencia de trato afecte, de modo especial, por razón de género, y no olvidemos que la prohibición de discriminación de la mujer en el empleo goza de la máxima alcornia en el Derecho de la Unión, manteniendo un tratamiento singularizado en la CDF^[48]. Al menos en el contexto de sociedades como la francesa o la belga, una norma como esta afecta a las trabajadoras musulmanas de forma incomparablemente más severa que a los trabajadores musulmanes: el caso del turbante de los sijs, invocado a veces de contrario, no tiene en mi criterio el alcance contextual necesario para desvirtuar esta realidad. No es casualidad

[48] Artículo 23, “Igualdad entre mujeres y hombres”, apartado 1, La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”.

que el *hijab* haya adquirido el protagonismo que tiene, por encima de tantas otras manifestaciones de fe religiosa. El *hijab* es, si se quiere decir así, objetivamente *sexista*. Y el reconocimiento de esta dimensión o efecto de la neutralidad pertenece en primera línea a lo que Weiler llama la matriz factual, pudiendo haber ayudado a dar una respuesta distinta al caso. En todo caso, esto nos conduce a una primera adicional forma de discriminación indirecta.

La abogada general evoca, por fin, la eventualidad de que la norma afecte de modo especial a los trabajadores de un determinado origen étnico, siempre sin más consecuencia. De nuevo hay que reconocer que esto es más que una eventualidad en las circunstancias del caso: Discriminando a las trabajadoras musulmanas se discrimina, de nuevo en el caso de estas sociedades, a las trabajadoras musulmanas de origen norteafricano. No es una musulmana practicante llamada acaso *Maribel Domínguez*, o *Vera Egenberger*, o *Gabrielle Defrenne* (por poner algunos otros ilustres asuntos que llevan nombre de mujer), sino *Samira Achbita* o, en el otro caso, *Asma Bougnaoui*. Por otra parte, debe tomarse en consideración que codemandante junto con Samira es una entidad pública llamada “Centro para la igualdad de oportunidades y la lucha contra la discriminación *racista*”. La discriminación indirecta en cuestión *se ceba* con facilidad en las trabajadoras de este

origen étnico, quienes pugnan por acceder a puestos de cierta visibilidad (¡precisamente!), en un entorno laboral escasamente diversificado en términos culturales.

En resumen: si se hubiera combinado la discriminación indirecta por motivos religiosos con las discriminaciones del mismo género tanto por motivos étnicos como de género quizá se hubiera ayudado al juez nacional a dar un paso en la dirección contraria. En todo caso, parece claro que el asunto debe ser descrito como el de una trabajadora dependiente, musulmana practicante, muy posiblemente de origen magrebí, que pierde su empleo por desatender la orden de prescindir del velo islámico en su puesto de trabajo. Todo ello siendo así que no puede evitar ser mujer ni tener presumiblemente origen norteafricano, como tampoco puede evitar ser una musulmana practicante. Al menos, y en esto concordaría Weiler, si le preguntasen a ella, su respuesta no diferiría de la de Lutero en una ocasión señalada, es decir, que tampoco esto puede evitarlo^[49]. En definitiva, Samira pierde su empleo por razones que no están a su disposición.

[49] “Ich kann nicht anders” (“No tengo alternativa”). Supuestamente en la Dieta de Worms de 1521.

Recapitulación

Para Weiler el caso está claro: Samira ha resultado clamorosamente desamparada por el TJ o, más exactamente, le ha puesto excesivamente fácil al juez nacional bendecir el desamparo en cuestión. Para mí, el despido de Samira resulta extremadamente problemático, atendidas todas las dimensiones del caso. Y la reducción de todo el asunto a la comprobación de si la empresa dispone, sin excesivo coste, de un puesto de trabajo sin contacto con el público no guarda proporción con la entidad del problema^[50]. Si se tratara de un empleador público, con lo dicho bastaría para sostener el amparo de la trabajadora. Tratándose de un empleador privado habría que añadir una dosis adicional de cautela. Acaso fuera aquí donde conviniera pasar el testigo al juez nacional como mejor capacitado para evaluar todas las circunstancias.

Por fin, si algo echo en falta en esta jurisprudencia es la ausencia de toda referencia al artículo 22 CDF: “La Unión respeta la diversidad

[50] Recuérdese cómo la abogada general comenzaba sus conclusiones declarando que tanto en este asunto como en el paralelo *Bouagnaoui* “(e)n ambos casos se espera del Tribunal de Justicia una resolución de principios que, más allá de los procedimientos principales copncretos, sirva de orientación para el mundo laboral de toda la Unión Europea, al menos en lo que respecta al sector privado” (punto 6).

cultural, religiosa y lingüística”. La diversidad así aludida es una característica de la sociedad o de las sociedades nacionales que conforman la Unión. La acción exigida, “respetar”, es ciertamente modesta en su alcance. La Unión no se compromete a nada parecido a la *promoción* de esa diversidad. Con todo, ahí está, al menos en forma de reconocimiento de la misma. Referida a la pluralidad religiosa, una de las tres expresamente aludidas, considero que el artículo contiene una invitación a la reflexión común sobre la misma, se quiere decir, a lo que la misma implica, con todos sus elementos novedosos, más allá de la pluralidad de antiguo presente en los Estados miembros, en unos más que en otros. Con independencia de ello, respetar la diversidad religiosa implica avanzar en la eliminación de este tipo de manifestaciones de trato desigual también en las relaciones entre particulares, y singularmente en un ámbito tan caracterizado como el del empleo.

Weiler ha pedido empatía con el fenómeno religioso en el ámbito de la Unión. La pide en el ámbito de lo público, pero también en el ámbito de la sociedad, de los particulares concernidos. Esa empatía con lo religioso sin duda existe en los ámbitos mencionados, en unas sociedades nacionales más que en otras, lo que ocurre es que es una empatía frecuentemente desigual. Ahí pueden darse elementos de identidades nacionales diversas, el laicis-

mo incluido. La Directiva de 2000 no impone empatía hacia el fenómeno religioso, pero sí contiene un llamamiento dirigido a todos en pro de un tratamiento igualitario en la materia.

En último término en el toque de atención de Weiler hay una petición de más y mejor atención a las dimensión religiosa de nuestras sociedades en lo que realmente son, evitando limitarse a la constatación de que ni la CEDH ni la CDF determinan lo que las creencias religiosas *son*. Y hay que entender que la llamada de atención se dirige en este caso particularmente a los jueces. Weiler sin duda sabe que profundizar en esta dirección no siempre redundará en una mayor empatía por la religión en general y por las religiones en concreto consideradas. Pero la jurisprudencia así finalmente producida habrá ciertamente mejorado. Y qué duda cabe de que de eso también se trata.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE Y LAS PRÁCTICAS RELIGIOSAS – *POST SCRIPTUM*

Joseph H.H. Weiler

1. Wabe

La cuestión del *hiyab* volvió a plantearse en el Caso *Wabe* de 15 de julio de 2021. Y nuevamente fue la Gran Sala del TJUE la que se pronunció sobre el asunto – el Tribunal estaba azuzado evidentemente por la crítica considerable de muchos sectores a la que dio lugar *Achbita*.

El fallo es más elaborado y trata de enfrentar esa crítica. El Tribunal concluyó que una empresa puede prohibir a los empleados llevar cualquier símbolo visible de creencias políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, pero estableció una serie de condiciones:

- La prohibición debe aplicarse con carácter general y sin distinción;

Sin embargo, como argumenté en mi crítica de *Achbita*, esta prohibición formal de discrimina-

ción directa se convierte en una exhortación vacía si no examina la diferencia entre las religiones, que da lugar a la discriminación indirecta.

- La prohibición responde a una necesidad auténtica de tal empleador, quien ha de demostrarla, teniendo en cuenta, en particular, las expectativas legítimas de los clientes y usuarios, así como las consecuencias adversas que el empleador sufriría en ausencia de una política de este tipo, dada la naturaleza de sus actividades o el contexto en que están integradas;

Esto, por supuesto, da pie a la pregunta de qué constituye una expectativa *legítima* de los clientes.

- La prohibición es adecuada para garantizar la aplicación correcta de una política de neutralidad, que presupone que la política se implanta de un modo consistente y coherente;

De modo análogo, esto depende de cómo el tribunal o el empleador vayan a entender el concepto de neutralidad.

- La prohibición se limita a lo que es estrictamente necesario, en vista del alcance y gravedad reales de las consecuencias negativas que el empleador trate de evitar con tal prohibición.

Es una fórmula interesante, pero por supuesto, las consecuencias negativas deben ponderarse frente a la violación de la libertad religiosa del empleado/a.

El caso en cuestión implicaba al operador de un gran número de guarderías en Alemania. Las «expectativas legítimas» de los clientes, los padres, consisten en que sus hijos sean educados por personas que no expresen su religión o creencias para, en particular, «garantizar el desarrollo individual y libre de sus hijos en relación con la religión, creencias y política».

Sería agotador repetir todos los argumentos expuestos en relación con el caso *Achbita*:

La falta de diferenciación del efecto de una prohibición aplicada de modo igual formalmente (tratamiento «igualitario» de cristianos, judíos y musulmanes) y su impacto dispar obvio, es decir, la creación de una Prohibición Indirecta –porque tratar lo diferente de un modo análogo, es tan discriminatorio como tratar lo análogo de un modo diferente.

La aplicación de lo que desde mi punto de vista es un concepto falso de neutralidad. Tener un entorno estudiadamente laico en el que los niños no estén expuestos a ninguna forma de religiosidad es neutral. Tener un entorno en que algunos profesores son laicos, y otros religio-

sos, quizá religiones diversas, no es neutral. Imagine el mismo caso en el que los padres insistieran en que todos los empleados lleven símbolos religiosos para que sus hijos no estén expuestos a puntos de vista laicos sobre el mundo. Todos, con razón, retrocederíamos horrorizados, ¿no es así?

Y las tristemente esperables sensibilidad y filosofía “de mercado”, profundamente arraigadas e inconscientes, que informan gran parte de la jurisprudencia del Tribunal, en la que las consecuencias materiales negativas en el mercado siempre se imponen, por activa o por pasiva, al significado espiritual más profundo de los derechos humanos fundamentales.

Wabe no es diferente de *Achbita*. Es peor desde mi punto de vista, puesto que *Achbita* podía excusarse como ceguera inocente. *Wabe* es una elaborada consagración de los mismos prejuicios presentes en *Achbita*.

2. Asunto C 336/19: Restricciones al sacrificio de animales según el rito kosher (y halal) introducidas por normativa de bienestar animal (C-336/19 - Centraal Israëlitisch Consistorie van België y otros - Kosher (y Halal) – Sacrificio de animales domésticos sin aturdimiento previo)

He aquí otro caso de libertad religiosa en el que el Tribunal se excedió – la decisión no puede sino describirse como deshonesta en términos legales.

Es habitual que algunas de las prácticas de los judíos (y musulmanes) practicantes parezcan incomprensibles para la población en general. ¿Se puede comer carne después de la leche pero no al revés? ¿No se puede conducir en sábado, ni siquiera circular? Y la lista continúa. Pero para la mayor parte, se acepta con tolerancia y, quizá, con un poco de desdén. Pero algunas de nuestras prácticas van más allá de lo incomprensible y se consideran moralmente ofensivas, no menos que las normas relacionadas con el sacrificio de animales sin aturdimiento de *kosher* (y *halal*). La regla de oro del sacrificio humanitario es el requisito de que se aturda al animal y quede inconsciente antes de ser sacrificado. De conformidad con las normas *Halakha* (y *Sharia*) tal aturdimiento convertiría el sacrificio en *no-kosher* (y *no-halal*).

Cuando el sacrificio *kosher* se realiza correctamente, la gota de sangre extraída de la cabeza del animal lo vuelve además inconsciente. Pero esto puede tardar de unos pocos segundos a un minuto o dos. No hay duda de que el animal sufre mucho más de lo que sería el caso si fuese aturdido.

La opinión pública de diversos países considera imposible aceptar tal sufrimiento frente a arcaicas normas religiosas, que parecen tan incomprensibles como arbitrarias, y ha insistido en el aturdimiento en todos los mataderos, lo que ilegaliza de hecho los sacrificios según *kosher* (y *halal*). Eso es por ejemplo lo que sucede en Suiza.

El órgano legislativo de la Unión Europea (Parlamento y Consejo), que representa tanto a las personas como a los gobiernos de la UE, promulgó hace un tiempo (2009) una legislación amplia en forma de Reglamento, que rige los sacrificios teniendo muy en cuenta el bienestar del animal. En cuanto al sacrificio ritual, se encontró con un dilema. Porque existía un conflicto entre la totalmente importante sensibilidad hacia el bienestar animal, y el derecho fundamental a la libertad religiosa. ¿Cómo lograr un equilibrio entre las dos? Garantizar el máximo bienestar animal realizando el aturdimiento que exige la legislación de la UE violaría de hecho la libertad religiosa. El

compromiso alcanzado fue hacer la experiencia del aturdimiento la norma general y, de hecho, dar a las autoridades de los Estados Miembros margen de maniobra para llegar aún más lejos, a la hora de garantizar el bienestar del animal, pero con una condición – debía permitirse el sacrificio ritual. Este fue un juicio de valor alcanzado por los representantes de los ciudadanos de la Unión Europea. Se puede estar de acuerdo o no con el equilibrio de los Reglamentos, pero esta fue la decisión del legislador de la Unión, la Comisión, el Consejo y el Parlamento.

A pesar de lo anterior, el Gobierno de la Región Flamenca de Bélgica (donde viven muchos practicantes judíos) promulgó en 2017 una ley que exigía el aturdimiento, convirtiendo de hecho en ilegal el sacrificio según los ritos *kosher* y *halal* en Bélgica. Hubo quien sugirió que la nueva ley belga sobre bienestar animal estaba salpicada con tintes de islamofobia y judeofobia.

El asunto llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una demanda conjunta interpuesta por las comunidades judía y musulmana de Bélgica. Habría cabido esperar en vista de lo anterior que el Tribunal resolvería que la interdicción belga violaba el derecho de la Unión Europea, como de hecho propuso el Abogado General del Tribunal.

Para deleite de algunos y sorpresa y consternación de otros, el Tribunal legitimó la interdicción belga.

Está claro al leer la sentencia dónde se hablaban las simpatías de los jueces. Se podría razonablemente creer que al sopesar las arcanas normas sobre sacrificios religiosos del Islam y el Judaísmo con el bienestar animal, no se puede y no se debe justificar el dolor causado a los animales, incluso (y esto no se rebatió) si dura relativamente poco. Sí, este ritual puede ser un precepto religioso fundamental, pero también un precepto que va en contra de un razonamiento articulado de un modo tan elegante por Jesús, con el que incluso los ateos pueden identificarse: «No lo que entra en la boca contamina al hombre; mas lo que sale de la boca, esto contamina al hombre» (*Mateo 15:11*).

¿Pero cómo se traduce este sentimiento en derecho frente a una legislación europea bastante explícita? Si se está a disgusto con el status quo legal, ¿cambiarlo es un asunto de los jueces o de los legisladores?

Como frecuentemente es el caso para el Tribunal Europeo, una vez que se identifica el resultado deseado como una cuestión de valores, ya se trate, digamos, de un mercado más perfecto, una noción más sólida de ciudadanía

européa, o más en general, de una forma más profunda de integración europea, la única cuestión pendiente es cómo revestirlo de una argumentación jurídica plausible para que parezca como si la ley exigiese tal resultado.

Pero esto no sería fácil en este caso. Sí, la legislación de la Unión que regula el sacrificio da un considerable margen de maniobra a los Estados Miembros. Pero permitir a un Estado Miembro exigir el aturdimiento, prohibiría de hecho el sacrificio ritual. Pueden establecerse condiciones para el ejercicio de un derecho: puede exigirse la presencia de un veterinario. Puede exigirse la certificación del matadero. Puede insistirse en que el animal no puede ser colgado de sus pies (una práctica horrible) antes de que el sacrificio tenga lugar. Pero no se puede plantear una condición que impida efectivamente el sacrificio ritual. Especialmente, puesto que en nuestra todavía vigente jerarquía de normas y valores, la libertad religiosa se consagra en todas y cada una de las constituciones occidentales, y en la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea todavía figura en un escalón más alto que el bienestar animal, por más importante que este sea.

¿Cómo se permite entonces a un Estado Miembro violar la libertad religiosa, así como la legislación de la Unión, aunque se ofrezca

la apariencia de respetar ambas? La decisión del Tribunal así de ingeniosa, en términos de razonamiento jurídico, es deshonesta.

El Tribunal añadió a su ya elevado estatus de máxima autoridad en materia de Derecho de la Unión Europea, el de autoridad máxima en materia de derecho religioso de judíos (y musulmanes). Yendo a la yugular, decidió en el plano religioso que una cierta forma de aturdimiento, a pesar de las protestas de las autoridades rabínicas, no viola las normas judías (y musulmanas) del sacrificio ritual. En vista de lo cual, sólo cabe la ironía: Habían encontrado un modo muy elegante de lograr la etiqueta kosher para el cerdo. Si el aturdimiento, en la forma que sea, es coherente con el derecho judío y musulmán, entonces todo es correcto: no se vería afectado el derecho al sacrificio ritual consagrado en la normativa, y se habrían respetado tanto la legislación como la libertad religiosa.

Salvo que, para saber si algo es bueno hay que probarlo: como resultado de la Decisión que legitima la medida belga, si las autoridades belgas la aplican tal y como está redactada, no podría existir el sacrificio ritual judío y musulmán en Bélgica. Ironías aparte, aunque tratase de respetar la medida legislativa, el Tribunal estaba permitiendo a un Estado Miembro un nivel de discrecionalidad, a la hora de estable-

cer condiciones para el ejercicio de un derecho que de hecho extinguían tal derecho.

Ni por un momento quiero poner en cuestión la buena fe de los jueces en asuntos de fe – bien pueden haber creído realmente que han logrado la interpretación correcta del derecho judío. ¿Pero ninguno de ellos pensó, a pesar de esta honesta creencia, que era un dominio en el que ni siquiera debían haber entrado? No sólo ponen en riesgo, sin el coraje de decirlo, la libertad religiosa sustantiva, sino que ponen también en riesgo una dimensión institucional no menos importante de esta, coartando la autonomía exclusiva de las autoridades religiosas para decidir sobre asuntos religiosos. Es como si en un caso de discriminación de género, tuviesen que decidir que una interpretación correcta del dogma católico permite de hecho a las mujeres officiar como sacerdotes y administrar los sacramentos.

Se trata de un primer caso para el TJUE en su larga lista de casos problemáticos en asuntos Iglesia-Estado. Ellos dan al César (a ellos mismos) lo que es de Dios.

La próxima vez que un tribunal rabínico o tribunal de la sharía, o incluso el Vaticano, se enfrenten con una cuestión compleja de la legislación religiosa, ¿deberíamos esperar que se dirigiesen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para obtener una decisión autorizada?

POST SCRIPTUM:
EL TJUE, A VUELTAS CON EL
VELO ISLÁMICO

Pedro Cruz Villalón

***1. La construcción gradual de una
jurisprudencia constitucional***

Al cabo de siete años del inicio de su jurisprudencia sobre la materia^[1], el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) continúa debiendo responder a cuestiones prejudiciales relacionadas con las normas de neutralidad religiosa e ideológica en la apariencia externa de los trabajadores (neutralidad indumentaria) en el seno de la empresa y, muy en particular, con la prohibición del uso del velo islámico o *hiyab*

[1] *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van ransen en voor racismebestrichding y G4S Secure Soutions NV* (C-157/15), Sentencia de 14 de marzo de 2017; Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott de 31 de mayo de 2016; *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'Homme (ADDH) y Micropole SA* (C-188/15), Sentencia de 14 de marzo de 2017; Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston de 13 de julio de 2016.

en el puesto de trabajo^[2]. No debiera extrañar, tratándose de una materia delicada y compleja, tal como las abogadas generales advirtieron desde aquel primer momento^[3]. Es así como esas dos primeras cuestiones prejudiciales de procedencia francesa y belga, tratadas por el TJUE en paralelo en 2017, estaban desde el principio llamadas a encontrar continuación escasos años más tarde en forma otras procedentes ahora de Alemania y, de nuevo, Bélgica. A ritmo anual desde 2021, el juez europeo ha vuelto sobre la cuestión primero en los asuntos acumulados *WABE* y *HM Müller*^[4], seguidos

[2] Siempre en interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, la Directiva)

[3] Juliane Kokott y Eleanor Sharpston, en sus Conclusiones en los asuntos *Samira Achbita G4S Secure Solutions* y *Asma Bougnaoui*, respectivamente.

[4] Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 15 de julio de 2021 en los asuntos *Wabe eV* (C-804/18) y *MH Müller GmbH* (C-341/19. ECLI:EU:C:2021-594). Conclusiones del Abogado General Athanasios Rantos de 25 de febrero de 2021. *Cf.*: Elijah Granet, Op-Ed: “Missed opportunities: the Court of Justice fails to fix the unprincipled mess on religious garb in the workplace”. EU-LawLive, 21st July 2021; Erika Howard, “Headscarf-wearing employees and the CJEU: What employees can and cannot do”, ERA Forum, Springer, 2021, 22 September 2021, <https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-021-00689-z>. Es de señalar, por la peculiaridad de la circunstancia, que, escasas semanas más tarde de la presentación de las conclusiones del Abogado General, la ya ex Abogada General británica, Eleanor Sharpston, a quien habían sido encomendados estos asuntos acumulados, procedió a divulgar el texto sus propias Conclusiones (*shadow opinion*) en estos asuntos acumulados, tal como les habían sido inicialmente encomendados: [116](http://eulawa-</p></div><div data-bbox=)

en 2022 con el asunto *SCRL*^[5] y finalmente por el momento en 2023 con el asunto *Commune d'Ans*^[6]. Parece así llegado el momento de actualizar mi anterior análisis, desarrollado sobre la exclusiva base de las sentencias fundacionales de 2017^[7].

nalisys.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html. Me limito a señalar aquí cómo, a diferencia de los anteriores asuntos, *Wabe* concierne a una empresa, en alguna medida, ideológica. En efecto, se trata de una empresa que regenta un elevado número de guarderías infantiles (KITAs, por el acrónimo alemán). Esto hace que la empresa disponga, de manera bastante evidente, de su propia guía en la que se exponen las líneas básicas, educativas y otras, de su actuación. Ahora bien, interesa señalar que esta dimensión de la empresa no da lugar a un desarrollo específico en el tratamiento del asunto. Por su parte, el asunto *MH Müller* versaba sobre una opción de neutralidad selectiva, en el sentido de que sólo afectaba al uso de signos “vistosos y de gran tamaño”.

[5] Asunto *L.F y S.C.R.L. (C-344/20)*, sentencia de 13 de octubre de 2022, Conclusiones de la Abogada General Laila Medina de 28 de abril de 2022. El asunto concierne a la candidatura a un puesto de trabajo por parte de una persona de religión musulmana, que resulta rechazada por la empresa en cuestión por su negativa a llevar descubierta su cabeza.

[6] Asunto *OP contra Commune d'Ans (C-148/22)*, Sentencia de 28 de noviembre de 2023, Conclusiones del Abogado General Anthony M. Collins de 4 de mayo de 2023. El asunto concierne a la negativa de un ayuntamiento de aceptar el uso del *hiyab* por parte de una empleada del mismo.

[7] Pedro Cruz Villalón, “Todavía Samira. A propósito de Joseph H. H. Weiler, ‘Je suis Achbita!’”, en, Peter Häberle, Francisco Balaguer Callejón, Ingo Wolfgang Sarlet, Carlos Luis Strappazon, Augusto Aguilar Calahorra (*coords.*), “Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: libro homenaje a Jörg Luther”, 2020, pp. 51-68. Publicado igualmente como, *id.*, “Still on *Hijab Bans in the Workplace*. A propos de, Joseph H. H. Weiler, ‘Je suis Achbita’”, en, C. Izquierdo-Sans *et al. (eds.)*, *Fundamental Rights Challenges*, Berlín, Springer, 2022, pp. 91-104.

Cabe adelantar ya cómo el agregado de estas tres resoluciones es revelador de la riqueza de las cuestiones constitucionales vinculadas a la referida facultad del empleador, privado o público, de impedir el uso del *hiyab* en el lugar de trabajo en el marco de una opción de neutralidad ideológica y religiosa. Si en 2017 se dio una respuesta positiva a la referida facultad, descartando la presencia de una discriminación directa y, condicionadamente, de una discriminación indirecta^[8], en los tres últimos años esta jurisprudencia inicial ha ido afinándose mediante el posicionamiento del TJUE sobre extremos tales como la circunstancia de que con ello se esté impidiendo a la trabajadora el cumplimiento de un precepto religioso, o la tolerancia respecto de signos externos de escasa dimensión, o la eventual cualificación del problema tratándose de un empleador público, entre otros tantos. Sólo la discriminación desde la perspectiva de género, de entre las cuestiones elevadas por los órganos judiciales, continúa de momento sin respuesta, pero también el modo como el TJUE explica esta negativa es merecedor de atención. Como en los asuntos de 2017, las Conclusiones de los Abogados Generales han seguido poniendo de manifiesto la facilidad con la que el uso prohibido del

[8] Subordinada notablemente a la dificultad de un trabajo fuera del contacto directo con los clientes.

hiyab revela la individualidad intelectual e incluso emocional de sus autores. Por fin, apenas parece necesario advertir del carácter puntual y escasamente sistemático de los comentarios que siguen, contruidos a partir de los referidos tres asuntos: juntos, han parecido expresivos de un ejercicio de jurisprudencia en el curso del cual se manifiesta la condición constitucional del juez europeo.

2. El hiyab: su cualificación como mandato religioso

Comienzo mi comentario por la primera de las dos cuestiones prejudiciales acumuladas en la ya citada *WABE* y *MH Müller*. A mi modo de ver, la cuestión más singular que plantea el Tribunal de lo Laboral de Hamburgo en *WABE* es la conexión que establece entre la neutralidad religioso/ideológica y el cumplimiento de un precepto religioso. El porte del *hiyab*, en efecto, no se presenta ahora en términos de simple expresión de una identidad o, como mucho, de exteriorización de una confesión de fe religiosa, sino en términos de *práctica* religiosa en el sentido de asunción de un mandato religioso, el de cubrir la cabeza de un determinado modo^[9]. El tribunal nacional

[9] “1) ¿Supone una instrucción unilateral del empresario...una discriminación directa...de los trabajadores que, por mandamientos religiosos de cubrimiento, siguen determinadas reglas

no hace particular esfuerzo en argumentar esta circunstancia, pero con ello viene a elevar el rigor de una instrucción empresarial de esta naturaleza para según qué trabajadores, en este caso, trabajadoras. Y plantea la cuestión tanto en términos de discriminación directa como indirecta^[10].

Es interesante advertir cómo, de forma expresa, para el TJUE apenas tiene relevancia la circunstancia de que el porte del *hiyab* no sea sólo un acto de expresión o de confesión religiosa sino un acto de práctica o acatamiento de un mandato religioso. El Abogado General Athanasios Rantos no puede responder de forma más expeditiva cuando se limita a decir que la opción empresarial de neutralidad ha de ser examinada objetivamente, “y no en función de consideraciones subjetivas propias de cada uno de ellos (los trabajadores)”^[11]. En

vestimentarias? 2) ¿Supone ...una discriminación indirecta...de una trabajadora que, debido a su fe musulmana, lleva un pañuelo en la cabeza?”

[10] Al mismo tiempo, el tribunal nacional plantea incidentalmente la cuestión de una posible discriminación indirecta por razón de género, extremo que será abordado más adelante. Finalmente, el tribunal abrirá aquí la cuestión, que reaparecerá en *MH Müller* y sobre todo en *SCRL*, de un nivel superior de protección, por parte del Estado Miembro, de la igualdad de trato apoyado en el art. 8.1 de la Directiva, eventualmente fundamentado en disposiciones constitucionales.

[11] Punto 54.

definitiva, la Gran Sala tampoco dará un tratamiento autónomo a esta cuestión. Siguiendo sin complicación a *Samira Achbita*, declarará que la opción empresarial de neutralidad es en sí misma legítima, sin que en todo caso suponga una discriminación directa^[12]. De este modo, el centro de gravedad de la respuesta en *WABE* pasa a ser ocupado por los requisitos de una opción de neutralidad indumentaria desde la perspectiva de la discriminación indirecta.

Y no hay más. El caso es, sin embargo, que la circunstancia en cuestión no pertenece en modo alguno al género de lo anecdótico: la re-

[12] No entro aquí en la cuestión de los requisitos impuestos a la opción de neutralidad, ante el supuesto de una discriminación indirecta, tal como se contienen en la Directiva 2000/78, se especificaron en *Samira Achbita G4S Secure Solutions* y se refuerzan ahora. Baste reproducir el punto 79 de la sentencia, llevado literalmente al fallo: “...una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones... puede estar justificada por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa ante sus clientes o usuarios, siempre que, en primer lugar, este régimen responda a una *verdadera necesidad* del empresario, necesidad que incumbirá a éste acreditar tomando en consideración especialmente las expectativas legítimas de dichos clientes o usuarios y las consecuencias desfavorables que sufriría sin tal régimen, habida cuenta de la naturaleza de sus actividades o del contexto en el que éstas se inscriben; en segundo lugar, esa diferencia de trato sea *apta* para garantizar la correcta aplicación de dicho régimen de neutralidad, lo que implica que el mismo régimen sea seguido *de forma congruente y sistemática*, y, en tercer lugar esa prohibición se limite a lo *estrictamente necesario* en consideración a la amplitud y gravedad reales de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante tal prohibición” (*subrayados míos*).

nuncia a un signo exterior de carácter religioso o ideológico, con un alcance de mera expresión de una convicción de este género, puede ciertamente suponer una “molestia particular”, como se dirá ocasionalmente, pero sin que sea enfocada desde la disyuntiva de aceptar la instrucción del empleador, o renunciar al puesto de trabajo. Esto último, sin embargo, es lo que la experiencia demuestra estar implícito en el caso del uso del *hiyab*^[13].

3. *Entre lo visible y lo vistoso: Una cuestión de tamaño*

La cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Federal de lo Laboral alemán en la segunda de las cuestiones prejudiciales acumuladas, *MH Müller*, está centrada toda ella en el concreto punto de si es admisible reducir la prohibición de signos religiosos o ideológicos a los “vistosos y de gran tamaño” como en el caso había hecho la empresa. La cuestión viene motivada, en efecto, por la norma de neutralidad de la empresa, que ciñe la prohibición a dichos signos^[14], siendo ésta

[13] Ver al respecto *infra*, al hilo de las Conclusiones de la Abogada General Laila Medina en el asunto *SCRL*.

[14] Exactamente en el original, “auffällige großflächige Zeichen“, traducido al francés como „ostentatoires de grandes dimensions“.

una especificación que no había sido abordada anteriormente.

Como la acumulación de este asunto con *WABE* lleva a desdibujar el perfil de esta otra cuestión prejudicial, conviene destacar cómo el Tribunal Federal Laboral alemán comienza planteándola en los sencillos términos, ya referidos, de su primera pregunta. Ahora bien, con vistas a la hipótesis de recibir una respuesta negativa, el órgano judicial pregunta sucesivamente, primero, si esa conclusión podría ver modificado su sentido teniendo en cuenta, primero, la incidencia de los preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales y del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativos a la libertad de conciencia y de religión y, segundo, los correlativos preceptos de la Constitución nacional, esto último con apoyo en la previsión del art. 8.1 de la Directiva relativa a una posible mejor protección de la igualdad de trato por parte de los Estados miembros^[15].

Llamativa en este asunto es la discordancia entre el Abogado General y la Gran Sala. Por distintos motivos. Mientras el primero no deja sin respuesta ninguno de los extremos planteados, la Gran Sala se sirve de la indicada acumulación procesal de los dos asuntos para

[15] Vid. infra apartado 4.

dejar sin respuesta parte de la cuestión. Así, en concreto, la pregunta de partida, es decir, la referida a lo que he llamado la neutralidad *selectiva*, en función del tamaño, practicada por la empresa será respondida en el sentido de considerarla legítima^[16]. Esta propuesta de respuesta dejaría sin objeto las restantes, no obstante lo cual el Abogado General, opta por dar respuesta a las preguntas subsidiarias. Lo hace con un enfoque digno de atención, pero que entra en contradicción con su argumentación relativa a la primera pregunta.

En efecto, la posición del Abogado General es interesante en su concepción estrictamente *relacional* del asunto: La Directiva no tendría que ver con las libertades de religión e ideológica en sí mismas consideradas sino sólo con el objetivo de la igualdad de trato. Esto hace que dichas libertades, estén en la Carta de Derechos Fundamentales (CDF en adelante) o en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH en adelante), sean irrelevantes a la hora de encuadrar la igualdad de trato. Desde esta

[16] Punto 79: “A este respecto, reconozco que los símbolos religiosos pueden ser más o menos visibles según las distintas confesiones. No obstante, acoger este argumento equivaldría necesariamente a prohibir, con el fin de aplicar una política de neutralidad, el uso de cualquier signo de convicciones políticas, filosóficas o religiosas, lo que resultaría paradójico a la luz del objetivo de la Directiva 2000/78, que es luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones”.

perspectiva, sólo hay que vigilar que la protección de estas libertades no redunde en un trato discriminatorio. Esto le lleva también a considerar que el art. 8.1 de la Directiva no es aquí relevante^[17].

La Sentencia, por su parte, se aparta con frecuencia de las Conclusiones respecto de *MH Müller*. Para empezar, la Gran Sala es tajante a la hora de cerrar el paso a una opción empresarial de neutralidad religiosa/ideológica ceñida exclusivamente a los signos vistosos y de gran tamaño^[18]. En su criterio, se trata de una opción que incurre incluso en una discriminación directa, prácticamente imposible de salvar^[19]. En realidad, podría decirse que lo determinante no es tanto el tamaño o lo que se califica como “signos vistosos”, cuanto el que sean o no “visibles”. Es lo que resulta de los puntos 77 y 78 de la Sentencia, cuando en el primero de ellos se hace constar que sólo es legítima la prohibición “si no se admite ninguna manifestación *visible*” y, en el segundo, cuando se declara que sólo es justificable dicha

[17] *Vid. infra* apartado 4.

[18] Puntos 71-78.

[19] Punto 78. “...Una prohibición limitada al uso de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas que sean vistosos y de gran tamaño puede constituir una discriminación *directa* basada en la religión o las convicciones que, en cualquier caso, no puede justificarse sobre la base de esa disposición”

prohibición si “cubre toda forma *visible* de expresión de las convicciones políticas filosóficas o religiosas”^[20].

A partir de aquí, y a diferencia de las Conclusiones, el TJUE deja sin respuesta la primera pregunta subsidiaria, la relativa a la incidencia de la CDF y del CEDH. Este extremo de la cuestión no es menor toda vez que detrás de él se sitúa la doctrina del TEDH en el muy conocido caso *Eweida*, donde éste amparó el derecho de una azafata de vuelo a llevar al cuello una cruz de reducido tamaño^[21]. De hecho, el Abogado General se había mostrado partidario de admitir la distinción en función del tamaño, citando precisamente esta jurisprudencia en su apoyo^[22]. Por último, la sentencia tampoco entra en la segunda pregunta subsidiaria, la relativa al citado art. 8.1 de la Directiva^[23].

[20] Hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia incorpora una referencia incidental a cómo, en las circunstancias del asunto *WABE*, se exigió y se consiguió de una trabajadora que prescindiese de llevar una cruz al cuello, se supone que de reducido tamaño. El Tribunal, lejos de censurar esa exigencia, da a entender que es lo único que puede considerarse congruente.

[21] Caso *Eweida y otros contra Reino Unido*, sentencia de 15 de enero de 2013, párr. 94: “...La cruz de la señora Eweida era discreta y no se deterioraba su apariencia profesional...”

[22] Puntos 72 y 73.

[23] *Vid.* de nuevo apartado 4.

En conclusión de este punto conviene señalar ante todo cómo de este modo el TJUE ha excluido toda opción empresarial de neutralidad que introduzca una distinción según el tamaño de los signos de identidad religiosa/ideológica de los trabajadores^[24]. No es frecuente ver al TJUE apartándose implícita pero inequívocamente de la jurisprudencia del TEDH. Pero es parte inexcusable del mandato de congruencia o consecuencia, en la opción por la prohibición, que aparece repetidamente en esta jurisprudencia. La neutralidad empresarial, como opción, no admite excepciones. Esto es ciertamente así en términos de igualdad de trato. Pero en términos de libertad religiosa, o simplemente de libertad de expresión, en definitiva en términos de proporcionalidad, es muy discutible que se impida a un trabajador llevar cualquier signo visible, por ejemplo en el ojal de la chaqueta, sólo porque tenga una connotación religiosa o ideológica. En realidad, asistimos aquí a una tensión entre el principio de igualdad y un determinado derecho sustantivo. Con la particularidad de que se resuelve en favor de las exigencias de la igualdad de trato. Y, a poco que hurguemos, comprobaremos que la realidad subyacente es que estos

[24] No se plantea la cuestión del término de comparación, pero se trata de un supuesto en el que la comparación tiene lugar en el interior de un mismo motivo de discriminación y, más concretamente, en el interior del primer término del binomio “religión o convicciones”. *Vid. infra*, apartado 5.

pequeños signos no molestan en absoluto, en tanto los calificados de “llamativos y de gran tamaño” pueden molestar y mucho. Con lo que se llega a una cuestión, la de los “prejuicios”, que no aparecerá sino colateralmente hasta el asunto *SCRL*^[25].

4. La sombra del superior nivel de protección

El art. 8.1 de la Directiva 2000/78, bajo el epígrafe “Requisitos mínimos” declara textualmente que “(l)os Estados podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva”. No es difícil ver aquí la sombra del artículo 53 de la coetánea Carta de Derechos Fundamentales en trance de promulgarse en Niza. La cuestión es cómo se da una superior protección a un derecho, no sustantivo, sino de contenido relacional, como es la garantía de la igualdad de trato. Entiendo que el sentido de este precepto debe enfocarse desde la perspectiva de los supuestos bajo los cuales la Directiva *tolera* discriminaciones, específicamente las indirectas. Como quiera que sea, los órganos judiciales nacionales acuden en un segundo momento en auxilio interpretativo

[25] *Vid. infra* apartado 5.

del precepto en cuestión: primero en la pareja *Wabe y MH Müller* y de nuevo en *SCRL*. Lo que ocurre es que la claridad del problema se nubla en alguna medida al mezclarse con la posibilidad de invocar disposiciones nacionales de rango constitucional. Veámoslo sin más preámbulos.

Para empezar, el art. 8.1. de la Directiva se cuela de lleno en los asuntos acumulados *WABE* y *MH Müller*, pero con la particularidad de que los contextos son bastante diferentes. En el asunto *WABE* la cuestión de la mejor protección se plantea en conexión con la doctrina del juez constitucional nacional relativa a la exigencia de “un riesgo suficientemente concreto” como premisa para la restricción del derecho fundamental en este caso a la libertad religiosa^[26]. Por su parte, en *MH Müller*, como ya ha habido ocasión de mencionar, la misma cuestión se plantea en relación con la exigencia de que la opción de neutralidad se extienda a cualesquiera signos, sin consideración a lo reducido de su tamaño. El caso es que la acumulación de estos dos asuntos, como ya se indicó, permite a la Gran Sala tratar el tema del superior nivel de protección desde la sola perspectiva de *WABE*, o sea, la exigencia nacional de un riesgo suficientemente concreto,

[26] Pregunta 2 b).

dejando sin respuesta la perspectiva del tamaño de los signos^[27].

Al igual que ocurría con la invocación de los derechos de la CDF y del CEDH, el Abogado General trata esta cuestión desde su perspectiva de separación radical entre el objetivo de la igualdad de trato y la garantía de la libertad religiosa, de tal modo que el art. 8.1. de la Directiva carecería aquí de relevancia. Lo esencial es que la igualdad de trato no sufra daño.

La Gran Sala se aparta de nuevo aquí de las Conclusiones. La invocación de la jurisprudencia constitucional nacional va a ser traducida como insuficiencia del simple deseo de los clientes de un entorno neutro. El TJUE va a insistir en la condición de la Directiva como “marco general” compatible con un margen de apreciación por los Estados miembros. De este modo, las disposiciones constitucionales nacionales pueden permitir un mayor rigor en los requisitos de la opción empresarial de neutralidad religioso/ideológica, y ello concretamente “al examinar el carácter adecuado de

[27] El Abogado General no necesita tratar la cuestión del tamaño de los signos desde la perspectiva del art. 8.1 de la Directiva desde el momento en que, como se ha visto, se muestra a favor de la opción empresarial por la neutralidad reducida a los signos vistosos y de gran tamaño.

una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones”^[28].

A partir de aquí, la cuestión de la mejor protección (art. 8.1 de la Directiva) se plantea de nuevo en el asunto *SCRL*. Ocurre, sin embargo, que la presentación de los términos en los que en este asunto se invoca el referido precepto exige ya, como premisa, ocuparse de otra cuestión que allí se plantea, la de si cabe tratar autónomamente la discriminación basada en la religión, en concreto, separadamente de la discriminación basada en las convicciones.

5. Una discusión acaso no tan bizantina: Copulativas y disyuntivas

La Directiva 2000/78 se dirige específicamente contra la discriminación, en términos literales, “por motivos *de religión o convicciones*, de discapacidad, de edad o de orientación sexual”^[29]. La cuestión que, de modo hasta cierto punto sorprendente, se ha planteado es la de si los Estados miembros pueden tratar como motivos de discriminación diferentes

[28] Punto 4 del fallo.

[29] En este sentido, la Directiva es continuación de las directivas referidas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (posteriormente refundidas en la Directiva 2006/54) y de la inmediatamente precedente Directiva 2000/43, de 29 de junio, relativa a la igualdad de trato independientemente de su origen racial o étnico.

la religión, por un lado “y” las convicciones, por otro, eventualmente con fundamento en el reiterado art. 8.1 de la Directiva: dicho burdamente, si los motivos son cuatro o pueden ser cinco^[30]. En concreto, ¿puede interpretarse la conjunción disyuntiva “o”, eventualmente con apoyo en el reiterado art. 8.1 de la Directiva, en el sentido de la conjunción copulativa “y”?^[31] No va a ser sencilla la explicación de lo que será la primera de las preguntas en *SCRL*.

Para empezar habría que preguntarse cómo es que se hace esta pregunta en este asunto cuando ya el TJUE la ha respondido en *WABE* y *HM Müller*. Así es, en efecto. En los puntos 47 a 51 de dicha sentencia se desarrolla toda una argumentación que comienza con la declaración, con insistencia en la repetida partícula copulativa “o”, de que “a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78, los términos “religión” y “convicciones” se consideran “las dos caras de un mismo y único motivo de discrimi-

[30] “1) ¿Debe interpretarse el artículo 1 de la Directiva en el sentido de que la religión y las convicciones son las dos caras de un mismo criterio protegido o, por el contrario, en el sentido de que la religión y las convicciones son dos criterios distintos, a saber, por un lado, el de la religión, que comprende las convicciones inherentes a la misma y, por el otro lado, el de las convicciones, del tipo que sean?”

[31] El tribunal de origen explica cómo, más allá de que la legislación nacional diga literalmente “religión o convicciones”, en la práctica este enunciado se interpreta como dos motivos distintos.

nación”, para terminar concluyendo cómo tal circunstancia no impone el que la comparación deba abordarse a partir del exclusivo contraste entre las personas con convicciones religiosas o ideológicas y las carentes de ellas. Hay que tener en cuenta que todos estos pasajes se encuentran integrados en el seno de la respuesta a la primera pregunta en *WABE*, relativa a si la opción de neutralidad puede constituir un supuesto de discriminación directa cuando se halla implicada la observancia de un precepto religioso, todo ello sin conexión alguna con dicha pregunta. De hecho, en la propuesta del Abogado General de respuesta a esta misma pregunta no cabe encontrar referencia alguna a la supuestamente espinosa cuestión.

La explicación a esta dificultad es tan sencilla como la siguiente. Cuando el Tribunal de lo Laboral de Lieja, en la primera mitad de 2020 eleva su cuestión prejudicial en *SCRL* (C-344/2020), todavía *no existe* la Sentencia de 15 de julio de 2021 en los asuntos *WABE* y *MH Müller*. La propia Abogada General Laila Medina en el asunto *SCRL* hace notar esta circunstancia^[32]. Lo que de este modo hace la Gran Sala es *adelantar* la respuesta a una cuestión prejudicial pendiente, que sin embargo ya ha efectuado su entrada en el TJUE, y

[32] Punto 22.

por tanto es conocida por él. Desde luego, no es la primera vez que el Tribunal de Justicia adelanta su respuesta a una cuestión que tiene pendiente de resolver o, bien que la trata combinadamente en idéntica fecha en el marco de una estrategia jurisprudencial que no es difícil de captar^[33]. De este modo, cuando ya la Sala Segunda responde a la cuestión en el asunto *SCRL*^[34] parece como si el tribunal de Lieja ignorase una reciente jurisprudencia del TJUE, siendo así que su pregunta estaba planteada desde antes. Una explicación, ciertamente no completa, de por qué la Gran Sala contesta a lo esencial de *SCRL* en *WABE* y *MH Müller* es que ello le va a permitir la remisión a una Sala, la Segunda en el caso, el tratamiento del asunto *SCRL*^[35]. En otras palabras, el *obiter* contenido en *Wabe* y *MH Müller* podrá ahora transformarse sin dificultad en la *ratio decidendi* de la Sala Segunda en el asunto *SCRL*, lo que nos permite ya centrarnos en este asunto.

Ya hemos señalado cuál era la primera de las preguntas en el asunto *SCRL* y cómo la Sala

[33] Para lo primero, asunto *ASJP* (C-64/16), Sentencia de 27 de febrero de 2018; para lo segundo, asuntos *Johann Åkerberg Fransson* (617/10), de 26 de febrero de 2013, y *Stefano Melloni* (C-399/11), Sentencia de igual fecha.

[34] Puntos 24-29.

[35] A la vez que limitar las conclusiones en este asunto a la segunda de las preguntas allí planteadas.

puede darle respuesta con relativa facilidad con apoyo en el referido *obiter* anterior. Pero esa no es la única pregunta. La cuestión prejudicial se completa con otras dos, de las cuales la primera de ellas tiene carácter subsidiario. En efecto, de forma similar a como se hacía en el asunto *WABE y MH Müller*, plantea la posibilidad de obviar una respuesta negativa a la primera mediante la invocación del ya conocido art. 8.1 de la Directiva, es decir, la posibilidad abierta a los Estados Miembros de proporcionar una mejor protección de la igualdad de trato. Y será interesante notar cómo el Tribunal ha pedido a la Abogada General que sus Conclusiones se ciñan a esta sola pregunta.

Por fin, en una tercera pregunta el tribunal belga plantea hasta seis supuestos diferentes como acaso calificables de discriminación directa. A través de esta pluralidad de hipótesis el tribunal nacional pretende confrontar al TJUE con diferentes escenarios que por sí mismos podrían ser calificados de discriminación directa. No es cuestión de mencionar cada uno de ellos^[36]. Baste decir que su sentido general es el de destacar la singularidad de la prohibición de llevar, precisamente el *hiyab* en el lugar de trabajo por comparación con otros signos externos.

[36] Van del contraste con el caso de trabajadores sin religión o convicciones al contraste con el uso no prohibido de la barba.

Interesa de nuevo aquí comenzar con un elemental comentario de las Conclusiones de la Abogada General. Ya se ha señalado cómo el TJUE le ha pedido que ciña su labor a la segunda de las preguntas, es decir, la relativa a la incidencia del art. 8.1 de la Directiva. Las Conclusiones así lo harán, pero ello no impedirá llevar a cabo un ejercicio de argumentación, realmente tortuoso, en torno a la relevancia de la primera pregunta, es decir, de las consecuencias de interpretar “religión o convicciones” como uno o dos motivos de discriminación^[37]. En todo caso, las Conclusiones de la Abogada General merecen ser leídas con atención en la medida en que reflejan inquietudes hasta ahora no presentes en la jurisprudencia sobre el velo islámico. Sobre todo, lo que importa es que da una última clave del tratamiento autónomo del motivo religión: se vuelve de este modo mucho más espontánea la apreciación de esta discriminación con el carácter de directa^[38].

[37] Imposible resumir aquí el hilo argumental de las conclusiones en el apartado B de su análisis (puntos 34-51). A partir de una larga digresión sobre las formas de comparación, ya sea intergrupo o intragrupo y sus diferentes consecuencias, las Conclusiones vienen en definitiva a poner de manifiesto cómo el tratamiento autónomo del motivo *religión*, en todo caso desligado del motivo *convicciones*, es posible apreciar con más exactitud las consecuencias para una trabajadora de la opción empresarial por la neutralidad indumentaria.

[38] Lo que debe ser puesto en conexión con la diversidad de hipótesis desplegadas en la tercera de las preguntas.

Dicho todo lo anterior, las Conclusiones se plantean por fin si los Estados miembros, con apoyo en el margen de apreciación que se deriva del art. 8.1 de la Directiva pueden dar un *tratamiento autónomo* al motivo basado en la religión. La respuesta contenida en ellas tiene dos dimensiones, que deben ser tratadas diferentemente. La primera de ellas se refiere a la cuestión de principio, tal como se acaba de enunciar, que la Abogada General responde afirmativamente. Lo hará con detenimiento^[39], invocando una categoría o, cuando menos, un término, el de ética, de aparición no precisamente frecuente en las Conclusiones y aun menos en las Sentencias del TJUE. Esto le permite hacer referencia a la posible incidencia de *prejuicios sociales*, pero también a poner en cuestión la fórmula de la “particular molestia” empleada en el asunto *WABE* a la hora de aplicarla a las consecuencias de la neutralidad indumentaria en el caso del velo islámico. Es aquí donde se integra el pasaje que he situado en la cabecera del apartado con el que se cierran estas páginas. En definitiva: los Estados pueden, según ella, tratar la religión como motivo *autónomo* de discriminación.

Ahora bien, hay una segunda dimensión en su respuesta, que hace que la anterior conclu-

[39] Puntos 52 a 67.

sión no sea definitiva, en todo caso por lo que hace a la legislación belga. El último apartado de las Conclusiones se dedica a la Ley General contra la Discriminación por medio de la cual Bélgica ha implementado la Directiva. La Abogada General observa en este punto cómo el legislador belga ha reproducido la fórmula disyuntiva “religión o convicciones”, lo que tiene como consecuencia que no se pueda sostener que este Estado Miembro haya hecho uso de la posibilidad que le ofrece el art. 8.1 de la Directiva en orden a introducir un tratamiento autónomo del motivo basado en la religión. Y es que, para que ello fuera así se hace preciso que el legislador nacional hubiera abordado “esa diferenciación en el momento de la adopción o posterior modificación de la norma por la que se transpone la Directiva 2000/78 en cada Estado miembro”^[40].

Con esto va siendo hora de fijar la atención en lo que la Sala resuelve. Ya conocemos el modo como, con toda sencillez, se responde a la primera pregunta en aplicación de lo adelantado en *WABE y MH Müller*: se trata de un único e inescindible motivo^[41]. Es interesante cómo tras esta respuesta la Sala salta a la tercera pregunta, es decir, al momento en el que

^[40] Punto 68.

^[41] Puntos 24-29.

el tribunal nacional suscita una pluralidad de hipótesis como posibles situaciones de discriminación directa. E igualmente interesante es la respuesta que se ofrece. En ella, el TJUE se muestra imperturbable. A través de una respuesta que tiene algo de petición de principio^[42], se declara cómo, desde el principio de esta jurisprudencia, se ha considerado que la opción empresarial de neutralidad *no* integra un supuesto de discriminación directa, sin que implícitamente vengan a desvirtuar esta consideración las distintas hipótesis enunciadas en la pregunta, que por lo demás no merecen atención específica.

Es así como se llega, por fin, al análisis de la pregunta relativa a la incidencia del art. 8.1 de la Directiva. Ya hemos visto la respuesta diferenciada de la Abogada General. En este punto, la Sala hace la opción de comenzar destacando el carácter de la Directiva como “marco general” por principio favorable permitir que los Estados miembros operen con un nítido margen de apreciación que les permita tener en cuenta el contexto específico de cada uno de ellos. Esto conduce, por ejemplo, a que en la ponderación entre los diversos derechos implicados los Estados puedan otorgar mayor relevancia a la libertad religiosa que a la liber-

[42] Cfr. punto 58.

tad de empresa, siempre que ello se desprenda de su Derecho interno^[43]. Ahora bien, sin apartarse en esto de la Abogada General, éste no sería el caso de la legislación belga.

A partir de aquí la Sentencia aborda la cuestión tal como la plantea el tribunal de origen, es decir, no en función del margen de apreciación inherente a una Directiva que configura un “marco general”, sino específicamente en función de su art. 8.1. El margen de apreciación tiene sus límites, de tal modo que éste no puede conducir a que los Estados Miembros *escindan* los motivos de discriminación que son objeto de la Directiva, “so pena de desvirtuar el texto, el contexto y la finalidad del motivo” en cuestión y con ello el efecto útil de la Directiva^[44]. Un “enfoque segmentado” del motivo tendría como consecuencia crear subgrupos de trabajadores, con menoscabo del referido “marco general”^[45]. Todo lo cual le lleva a concluir que tampoco con base en el art. 8.1 de la Directiva puede un Estado miembro escindir el motivo basado en la “religión o las convicciones”, lo mismo si se hace en la legislación nacional o en la interpretación que de ella los órganos judiciales lleven a cabo.

[43] Punto 52.

[44] Punto 54.

[45] Punto 55.

Al final de toda esta historia se mantiene la incógnita acerca del *horror* con el que el TJUE contempla la hipótesis de la religión como un motivo autónomo de discriminación. Da la sensación como si, para el tribunal, por esta vía se abriese la posibilidad de considerar la opción empresarial de la neutralidad indumentaria en cuanto aplicada al velo islámico como fuente de una discriminación de carácter directo. Pero todo esto es a la postre, hasta donde se me alcanza, confuso. En definitiva, la respuesta en el asunto *SCRL* parece una llamada al orden dirigida al juez nacional, en el sentido de no buscar vías alternativas que lleven a concluir una interpretación de la prohibición del velo como discriminación directa y por tanto casi imposible de legitimar.

6. *Hace su entrada el empleador público: El asunto Commune d'Ans*

El más reciente de los asuntos relativos al velo islámico aporta la gran novedad de versar sobre una opción de neutralidad indumentaria adoptada, no como hasta ahora por un empleador privado, sino por un empleador público, en este caso un ente local, el ayuntamiento belga de Ans. El asunto *OP contra Commune d'Ans*^[46] tiene en efecto el

[46] Asunto *OP contra Commune d'Ans* (C-148/22), de 28 de noviembre de 2023.

gran interés de ser la primera ocasión en la que el TJUE ha de abordar una prohibición de neutralidad religiosa/ideológica decidida por un ente público^[47]. Esta circunstancia, debidamente destacada por el Abogado General Anthony Collins desde el primer momento y que motiva el que, una vez más, el asunto se confíe a la Gran Sala, tiene la capacidad de cambiar mucho las cosas. Ante todo, porque hace desaparecer por completo de este escenario el derecho fundamental a la libertad de empresa, tan presente desde *G4S Secure Solutions*, con toda la compañía de los *clientes* de la empresa. El ejercicio de ponderación entre la libertad religiosa y la libertad de empresa deja así de tener sentido. Ahora bien, en compensación aparecen otras categorías con un alcance práctico no muy disimilar al de la libertad de empresa, como el principio de neutralidad del servicio público o, por utilizar el lenguaje del Abogado General, “la necesidad de protección de los derechos y las libertades de los ciudadanos, que implica el particular respeto de todas las convicciones filosóficas o religiosas”^[48].

[47] Este será el objeto de la primera pregunta. El objeto de la segunda y última de las preguntas, de interés no menor a la primera, la posible concurrencia de una discriminación por motivos de sexo, será tratado en el siguiente apartado.

[48] Punto 64.

Esta no es, sin embargo, la única peculiaridad del asunto. El ente local ha impuesto la neutralidad indumentaria en *todas* sus dependencias, con independencia de que sus empleados se hallen o no en contacto directo con el público, lo que es relevante desde la perspectiva del asunto *G4S Secure Solutions*. Es lo que el ayuntamiento califica como el objetivo de conseguir un “entorno administrativo totalmente neutro”, siendo el objeto central de la primera pregunta^[49]. La otra peculiaridad es la relevancia que en este asunto adquiere el contraste entre la norma y su aplicación. Es de tener en cuenta que hay bastantes pruebas de que el ayuntamiento ha procedido con arreglo a lo que en la cuestión prejudicial se califica, con cierta sorna, de “neutralidad de geometría variable”, dando a entender que el ente local se encuentra lejos de hacer una aplicación de la norma de manera general y consecuente^[50].

A la hora de dar respuesta a la primera de las preguntas en orden lógico, es decir, la de si los poderes públicos tienen algún género de

[49] “¿Puede interpretarse el artículo 2, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva en el sentido de que autoriza a una Administración pública a organizar un entorno administrativo enteramente neutro y, por ende, a prohibir el uso de signos propios de cualquier tipo de convicción a todos los miembros del personal, están o no en contacto directo con el público?”.

[50] Lo que da lugar a que Suecia haya propuesto en sus observaciones que se aprecie aquí un supuesto de discriminación directa.

restricción a la hora de imponer una política de neutralidad religiosa/ideológica el TJUE se encuentra con una oposición radical por parte de Francia, quien, en las observaciones por ella presentadas en el asunto, llega a plantear la cuestión en términos de identidad nacional, todo ello con una cierta simpatía de principio por parte del Abogado General. No obstante, las Conclusiones descartan que, como sugiere Francia, el supuesto pueda tener el carácter de un “requisito profesional esencial y determinante” susceptible de imponerse a la apreciación de la existencia de una discriminación directa^[51].

Comenzando por dichas Conclusiones, cabe decir de modo muy conciso que, una vez negada sin dificultad la presencia de una discriminación directa, el examen de la eventual concurrencia de una discriminación indirecta es objeto de una argumentación particularmente minuciosa toda vez que la justificación del objetivo de un “entorno administrativo totalmente neutro”, con la consiguiente afectación de los empleados que no se encuentran en contacto directo con el público, va a suponer un apartamiento de la doctrina establecida desde *Samira Achbita*. Para complicar más las cosas, esta política de neutralidad, que se califica de neutralidad “excluyente”, no es el Estado

[51] Puntos 86-92.

Miembro quien la adopta, el cual está lejos de haber inscrito en su Constitución un principio de neutralidad, sino que quien lo hace es un ente local concreto, y ello en un contexto en el que otros ayuntamientos, que son objeto de cita, han optado por una política de diferente signo, calificada de “neutralidad inclusiva”^[52]. Se hará pues preciso que el ente local en cuestión justifique específicamente su necesidad de adoptar esta política. Y está también, por no alargarnos más, la circunstancia de la presencia de claros indicios de la referida neutralidad “de geometría variable”, extremo este que el Abogado General remite a la comprobación del órgano judicial. En definitiva, y con una serie de condiciones, las Conclusiones se mostrarán a favor de la opción de neutralidad excluyente en todas las dependencias del ente público^[53].

La Gran Sala no se ha apartado esencialmente de la propuesta del Abogado General. De una parte, excluye que la norma municipal suponga una discriminación directa, a menos que se constate que no se ha exigido su cumplimiento de manera consecuente y sin excepciones^[54]. La

[52] Sobre esta tipología, ver el punto 66 de las Conclusiones. En concreto, la neutralidad inclusiva supone la permisividad generalizada en el modo de vestir o en los signos que se exhiban.

[53] Punto 77.

[54] Punto 28.

exigencia de neutralidad indumentaria en *todo* el espacio administrativo podría venir legitimada por un principio de neutralidad del servicio público que la Gran Sala deduce del art. 9 de la Constitución belga, así como en los principios de imparcialidad y de neutralidad del Estado. Cada Estado miembro, comprendidas las entidades infraestatales, gozan de un margen de apreciación en la respectiva concepción de la neutralidad del servicio público. Será, en definitiva, este margen de apreciación, rodeado de un determinado número de condiciones, el que permita al TJUE aceptar la legitimidad del “entorno administrativo enteramente neutro”^[55].

7. El género, ¿una discriminación discriminada?

La declaración más explícita surgida *del seno* del TJUE en relación con la eventual presencia de una discriminación por razón de género en el contexto que nos ocupa vendría a ser la que a continuación reproduzco: “...si los empresarios imponen como política general normas internas de neutralidad, en realidad las mujeres musulmanas...sufirán...una grave desventaja en cuanto a la posibilidad de convertirse en trabajadoras. A su vez ello puede dar lugar a apartarlas del mercado de trabajo,

^[55] Punto 41, esencialmente reproducido en el fallo.

fuente de desarrollo personal y de integración social, lo cual supondría una discriminación que va más allá de la religión y que se extiende además al género...considero importante subrayar que esa doble discriminación es una posibilidad real...”.

El problema de la anterior declaración es que, como sus mismos términos dejan entrever, no estamos aquí ante frases extraídas de una Sentencia, sino de unas Conclusiones, en este caso las de la Abogada General, en el asunto *SCRL*^[56]. De hecho, resulta inútil buscar consideraciones de este tipo en las sentencias aquí examinadas. En definitiva, la realidad, dicho sea ya, es que el TJUE ha conseguido hasta ahora evitar el examen de la opción empresarial de neutralidad religiosa/ideológica desde la perspectiva de una discriminación, sea directa o indirecta, por motivo de género.

Con ello nos encontramos ante la paradoja de que la manifestación más venerable del principio de igualdad de trato en el empleo, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, con su consiguiente configuración como posible motivo de discriminación^[57], puede decirse que resulta hasta el presente ella mis-

[56] Punto 66.

[57] Desde la Directiva 76/207/CEE.

ma *discriminada* por comparación con los motivos de discriminación contemplados en la Directiva 2000/78. En definitiva, el TJUE sigue sin abordar el tema. Pero esta ausencia de doctrina es interesante ya en consideración al modo como el tribunal, primero en *WABE* y *MH Müller* y últimamente en *Commune d'Ans*, ha evitado hasta ahora pronunciarse al respecto^[58].

Se da la circunstancia de que, específicamente en el asunto *WABE*, el Tribunal de lo Laboral de Hamburgo plantea en sus preguntas, por dos veces, tanto en el contexto de una discriminación directa como de una discriminación indirecta, la hipótesis de una discriminación, literalmente, por razón “de religión o de sexo”^[59], siempre limitando la cuestión prejudicial de interpretación a la Directiva 2000/78 y sin específica argumentación respecto del segundo de los motivos de discriminación citados.

[58] Con ocasión de mi anterior comentario sobre la materia, tuve la oportunidad de hacerme eco de un pasaje de las Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott en el asunto *Samira Achbita G4S Secure Solutions* en el que, aun sin mayores consecuencias, apuntaba la hipótesis de una discriminación por razón de género con repercusión en el preceptivo control de proporcionalidad. Pp. 65-66. Punto 121 de las referidas Conclusiones.

[59] Vid. supra nota 8, donde la pregunta por una discriminación indirecta se enuncia explícitamente respecto de “trabajadoras”.

En las Conclusiones del Abogado General en el referido asunto se contiene un pasaje que, en sus primeras líneas, podría llevar a pensar que la perspectiva de la discriminación por motivos de género va a ser objeto de consideración. Merece la pena reproducirlo *in extenso*:

“Si bien corresponderá al tribunal remitente comprobar este extremo, procede señalar que, según las apreciaciones de ese órgano jurisdiccional, la norma controvertida en el asunto C-804/18 afecta, desde un punto de vista estadístico, casi exclusivamente a trabajadoras que llevan un pañuelo debido a su fe musulmana, de modo que el Tribunal de Justicia partirá de la premisa de que esta norma constituye una diferencia de trato basada indirectamente en la religión”^[60].

“*Trabajadoras que llevan un pañuelo debido a su fe musulmana*”: Si prescindimos del elemento étnico, sobre el que en mi anterior comentario me permitía llamar la atención^[61], en estas pocas palabras se resume la intensidad de la discriminación indirecta, tal como es descrita por el órgano remitente y que se acepta como punto de partida (“premisas”), todo ello sin prejuzgar aún su posible legitimidad

[60] Punto 59.

[61] P. 66.

en función de otros elementos. Se trata, por supuesto y por definición, de personas situadas en una relación de trabajo *dependiente*, se trata –“casi exclusivamente”- de *mujeres* y se trata –de nuevo casi exclusivamente- de personas practicantes de una religión determinada, la musulmana. Sin que tampoco deba pasarse por alto la circunstancia modal expresada con el vocablo *debido* (“debido a su fe musulmana”), aludiendo así a un deber, se entiende de carácter religioso.

Todo esto llevaría a entender que el Abogado General va a abordar la discriminación por razón de género como un supuesto de discriminación indirecta que requerirá la consiguiente justificación. Ocurre, sin embargo, que las mismas Conclusiones despachan en escasas cuatro líneas la mención expresa del tribunal nacional a una eventual discriminación por razón de género: Ni este motivo, se dice, se encuentra incluido en la Directiva 2000/78 ni la resolución de remisión contiene elementos suficientes para examinar la cuestión desde esta perspectiva^[62]. La respuesta de la Gran Sala, en

[62] Punto 59: “...Sin embargo, de una parte, tal discriminación no es objeto de la Directiva 2000/78, único acto jurídico mencionado en la cuestión prejudicial. Por otra parte, considero que la resolución de remisión no contiene elementos de hecho suficientes para examinar si existe o no una discriminación por razón de sexo en un asunto como el del litigio principal...”. La respuesta se completa con una nota a pie de página indicando

plena coherencia con la propuesta del Abogado General, es simple: la cuestión prejudicial versa explícita y exclusivamente sobre la Directiva 2000/78, la cual no tiene en su punto de mira la discriminación por razón de género, que por el contrario es hoy el objeto de la Directiva 2006/54^[63].

Como puede anticipar, el enfoque de la cuestión en el asunto *WABE y MH Müller* se ha visto confirmado y desarrollado muy recientemente en el asunto *Commune d'Ans*. La segunda y última de las preguntas allí dirigidas al TJUE concernía específicamente a la discriminación por motivo de género. La cuestión prejudicial plantea esta perspectiva, no ya de pasada, sino frontalmente: el objetivo de un entorno administrativo totalmente neutro, ¿podría ser legítimo “aun cuando esta prohibición neutra parece afectar mayoritariamente a las mujeres y, en consecuencia, podría constituir una discriminación encubierta por razón de género?”.

que este motivo de discriminación es por el contrario objeto de otra Directiva, en concreto la 2006/54.

[63] “Con carácter preliminar, por lo que respecta a la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, a la que se alude en esta cuestión, ha de indicarse que, como señaló el Abogado General en el punto 59 de sus conclusiones, este motivo de discriminación no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, único acto del Derecho de la Unión mencionado en dicha cuestión. Por lo tanto, no procede examinar la existencia de tal discriminación” (punto 58).

La pregunta es tan nítida que ya no podrá ser despachada por el Abogado General en cuatro líneas como tampoco por la Gran Sala de manera tan expeditiva. El desarrollo de las respectivas respuestas es más extenso que el contenido en el asunto anterior, pero la conclusión alcanzada es la misma. De hecho, el Abogado General ha antepuesto en su respuesta el tratamiento de esta segunda cuestión^[64], extendiéndose en consideraciones sobre el sentido de la cuestión prejudicial como instrumento de cooperación entre el juez nacional y el juez europeo, lo que a su vez requiere por parte del primero la definición del entorno fáctico así como la exteriorización de las razones precisas que hacen necesaria la interpretación del Derecho de la Unión. Nada de esto habría hecho, en su criterio, el juez nacional, el cual “se ha basado únicamente en algunos argumentos invocados por OP, sin precisar cuáles son”. Y ya por último, recuerda de nuevo que la discriminación por motivos de género no forma parte de la Directiva 2000/78. La Gran Sala, con un lenguaje parcialmente diferente, no se apartará en definitiva de las Conclusiones, cuyos argumentos reitera, ahora con invocación expresa de los requisitos formales que el Reglamento de Procedimiento exige y, como es lógico, recordando que la Directiva

[64] Puntos 31-39.

2000/78 no es la que en este punto habría que haber citado.

Desde luego, llama la atención que el Tribunal de lo Laboral de Lieja incurra a comienzos de 2022 en el mismo error que el cometido por el Tribunal de lo Laboral de Hamburgo cuatro años antes en el asunto WABE, es decir, no ampliar la cuestión a la 2006/54, teniendo en cuenta la respuesta dada en este extremo por el TJUE seis meses antes al planteamiento de su propia cuestión. Con independencia de lo cual, es llamativo el modo como se argumenta la negativa a tomar en consideración una pregunta formulada esta vez en términos tan inequívocos. Sobre todo teniendo en cuenta que el TJUE ha desarrollado una jurisprudencia que va en un sentido mucho más permisivo, tal como resulta de la propia Sentencia en *G4S Secure Solutions*^[65].

[65] Punto 33: “...según reiterada jurisprudencia, el hecho de que el órgano jurisdiccional remitente haya formulado una cuestión prejudicial refiriéndose únicamente a determinadas disposiciones del Derecho de la Unión no impide que el Tribunal de Justicia le proporcione todos los criterios de interpretación que puedan serle útiles para resolver el asunto del que conoce, aun cuando no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones... (sentencia de 12 de febrero de 2015, *Oil Trading Poland*, C-349/13, EU:C:2015:84 y jurisprudencia citada)”.

8. Consideración final

El uso de una prenda de cabeza por parte de trabajadoras musulmanas, específicamente en el desempeño de su trabajo, con frecuencia en cumplimiento de un mandato religioso, ha concluido exigiendo la intervención del Tribunal de Justicia. La prohibición del uso de esta prenda en el lugar de trabajo, en el contexto de la opción del empleador por la llamada neutralidad indumentaria, ha conducido a que el juez nacional se haya visto precisado del auxilio interpretativo del TJUE respecto de la normativa europea relevante al caso, muy concretamente de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo y la ocupación, dirigida específicamente a luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.

La jurisprudencia, de indudable alcance constitucional, generada por el TJUE con el singular apoyo de sus Abogados Generales ha puesto de manifiesto la opción estratégica de aquél por una prudente intervención de mínimos, facilitada en particular por el carácter de marco general de la Directiva. Dicho con concisión, la referida opción empresarial ha sido convalidada, como parte de una política adoptada de forma consecuente, alejada de toda

forma de discriminación que pudiera considerarse específica respecto de estas trabajadoras. Sin duda, queda pendiente el examen del problema desde la perspectiva género, en el que el TJUE ha conseguido evitar entrar por el momento con un argumento, en definitiva formal, escasamente convincente. Por fin, la adopción de una política de este tipo por parte de entes públicos nacionales, que el TJUE apenas acaba de empezar a abordar, deja ya entrever la necesidad de mantener o incluso reforzar el ámbito de decisión propio de los Estados.

AUTORES

Joseph H.H. Weiler. Es University Professor, Joseph Straus Professor of Law, de la New York University. Tiene una Cátedra Jean Monnet en esta misma Universidad en la que dirige el Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law and Justice. Ha sido Presidente del Instituto Universitario Europeo de Florencia y es director de *International Journal of Constitutional Law* y *European Journal of International Law*. Es miembro de la *American Academy of Arts and Sciences*. En 2022 recibió el Premio Ratzinger.

Pedro Cruz Villalón. Pedro Cruz Villalón es catedrático emérito de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y anteriormente de la Universidad de Sevilla. A lo largo de su carrera académica ha centrado su interés en la historia constitucional comparada, en la Constitución española de 1978 y en la dimensión constitucional de la Unión Europea. Ha sido Letrado, Magistrado y Presidente del Tribunal Constitucional. Ha sido abogado general en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es Presidente de honor de la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo (AEDEur).