

lable; y finalmente, que se ha reflejado como absolutamente intrascendente en muchos casos²⁷. Por no mencionar el hecho de que, en una sociedad plural, los modelos de comportamientos y de hábitos sociales no pueden ser reducidos a la uniformidad, so pena de asfixiar ese mismo pluralismo y los derechos fundamentales personales que lo expresan.

Para acabar. La Sentencia del Tribunal Supremo, si se pone en conexión con lo establecido en la Directiva 2000/78, resulta en exceso superficial y despreocupada. No es que, como se ha visto cumplidamente, la Directiva sea un instrumento normativo particularmente exigente o rígido; pero, sin duda, requiere que las diferencias de trato (en este caso, por razón de edad) se justifiquen de manera más exacta y buscando en sus razones los rasgos, repetidamente subrayados, de objetividad, razonabilidad, proporcionalidad y adecuación. Y no tanto, como hace el Supremo, teniendo prioritariamente presentes los intereses a los que la discriminación atiende, sino los derechos que limita o lesiona cuya protección es la finalidad de la norma comunitaria.

²⁷ Merece recordar el conflicto que enfrentó, hace años, a los trabajadores de la banca con sus empresas en razón de la exigencia de estas de que los empleados vistieran con corbata y chaqueta incluso en periodo estival; y que los argumentos empresariales se basaban sobre todo en la imagen de la empresa que, a su juicio, quedaría dañada en cuanto al mensaje de estabilidad, solvencia y seriedad si se permitía a los trabajadores acudir en magas de camisa. O también cómo algunas empresas norteamericanas han decidido alterar las exigencias de vestimenta, cambiando la formal por la más informal, al empuje de las modas o de la necesidad de ofrecer una nueva imagen, en este caso, más juvenil y dinámica

LA DIRECTIVA 78/2000/CE Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZONES IDEOLÓGICAS: UNA AMPLIACIÓN DEL MARCO MATERIAL COMUNITARIO

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Sevilla

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad de Huelva

EXTRACTO

La expresa prohibición de toda discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación por razones ideológicas o de conciencia establecida en el art. 1 de la Directiva 2000/78 constituye un importante hito en el lento proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el seno de la Unión. Aunque sea de forma indirecta, esta prohibición representa, con todas las limitaciones que se quiera, un importante paso adelante en esta lenta evolución. El presente trabajo intenta analizar los principales elementos de la mencionada Directiva, deteniéndose fundamentalmente en su ámbito subjetivo y en su campo de aplicación y destacando su indudable conexión en cuanto a técnicas normativas con las directivas y la jurisprudencia comunitaria emanadas en relación con la discriminación por razón de género. Finalmente se analizan en profundidad las posibles excepciones a este principio y, en especial la relativa a las Iglesias y otras entidades u organizaciones de tendencia, destacando la progresiva recepción de este tipo de empleadores en el Derecho comunitario. Y por último se aborda igualmente el impacto que la presente Directiva pudiera tener sobre otras cuestiones ligadas directa o indirectamente a esta cuestión como la objeción de conciencia laboral o los problemas de vestimenta y apariencia exigidos por empresas y que pudieran chocar con las lícitas creencias religiosas asumidas por el trabajador.

ÍNDICE

1. Introducción
2. La discriminación por razones ideológicas la Directiva 2000/78: una primera aproximación
3. El ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78
4. Excepciones al principio de prohibición de discriminación por razones religiosas o de convicción: el art. 4 y los "requisitos profesionales": 4.1. Empresas de tendencia y discriminación ideológica; 4.1.1. La tutela dual de la tendencia y su progresiva recepción colectiva e individual en el ordenamiento comunitario; 4.1.2. El marco organizativo de la excepción: las actividades profesionales de las iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base la religión o convicciones de una persona; 4.1.3. Deberes de buena fe y lealtad, trabajadores neutros y trabajadores de tendencia.; 4.1.4. Naturaleza de la excepción: su carácter de posibilidad condicionada; 4.2. Tareas de tendencia en empleadores neutros
5. Algunas cuestiones aparentemente no abordadas: objeción de conciencia, tiempos de trabajo y apariencia física; 5.1. Objeción de conciencia y compatibilidad ideológica como requisito profesional.; 5.2. Tiempos de descanso, apariencia física y vestimenta
6. Los mecanismos de tutela de la prohibición de discriminación
7. El impacto de la Directiva en el actual ordenamiento español

1. INTRODUCCIÓN

"Según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Juez comunitario (véanse en particular, el dictamen del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996, Rec. P. I-1759, apartado 33 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 1997, Krenzow, C-299/95 Rec. P. I-2629, apartado 14). A este respecto, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia se inspiran en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. Dentro de este Contexto el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos reviste un significado particular... Por otra parte, a tenor del apartado 2 del art. F del Tratado de la Unión Europea, "la Unión respetará los derechos fundamentales tal como se garantizan en el [CEDH] y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario"¹.

¹ STCE-1ª. 22 octubre 1997, asunto Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) y Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven (FNK) acumulados, apartado 53.

Con estas palabras, el Tribunal de Justicia de la Comunidad (en adelante TJCE), resume las técnicas que en una larga línea evolutiva de su jurisprudencia han contribuido a interiorizar en ésta principios y derechos —sobre todo, aunque no sólo, lo que podríamos llamar el derecho a un debido proceso y la amplísima serie dedicada a la prohibición de discriminación por razón de sexo²— en principio alejados de los propósitos fundacionales de la Comunidad y por ello difícilmente reconducibles a ellos y a la propia estructura jurídica e que se basa la Unión. Hay que reconocer que la tarea acometida por el Tribunal ha tenido poco ámbito material, si evaluado globalmente, pero el esfuerzo por "fundamentalizar" sus pronunciamientos es una constante de la jurisprudencia del TJCE³ y uno de los vectores de mayor importancia para fortalecer la tendencia al enriquecimiento de la posición subjetiva del ciudadano de la Unión con derechos y facultades que excedan del mero marco económico. Por un amplio periodo de tiempo puede decirse que ha sido el único impulso en esa dirección que se ha detectado en unas instituciones comunitarias mucho más apegadas al espíritu original de la UE de lo que permitan pensar sus declaraciones o sus proclamaciones, nuevamente con la sola excepción de la discriminación por razón de sexo.

A pesar de lo dicho, hoy resulta evidente que no vienen sólo del acervo jurisprudencial los impulsos orientados a acrecentar el alcance material de los derechos del ciudadano de la UE. Aunque la jurisprudencia del TJCE ha sido un termómetro de extraordinaria sensibilidad en esa dirección, el propio avance de la estructura de la Unión hacia un arquetipo no sólo económico, sino también político, va poniendo en evidencia la necesaria insuficiencia del derecho comunitario originario para asumir un proceso en que el status jurídico del ciudadano no ha quedado definido más allá de la mera reiteración de los principios aislados por la jurisprudencia (art. 6 TUE) o de la mera proclamación incompleta de las consecuencias del reconocimiento de la existencia de una ciudadanía de la Unión (artículo 17 TUE —actual, antiguo art. 8—).

Como se afirma en un Informe del Grupo de Expertos sobre Derechos Fundamentales designado por la Comisión Europea, a pesar del respaldo obte-

² Para un caso en que se argumenta sobre las tradiciones constitucionales comunes y el CEDH para apuntalar la resolución en su supuesto de discriminación por sexo, vid STJCE caso Kofisa, 11 enero 2001, apartado 46 y caso Coote, STJCE 22 septiembre 1998, apartado 23.

³ Véase a este respecto Sentencia Annibaldi, 18 diciembre 1997 apartado 18, que, en un proceso referido a "la organización común de los mercados agrícolas, que debe crearse en el marco de la Política Agrícola Común, deberá excluir toda discriminación entre productores o consumidores de la Comunidad", ámbito económico para el que concluye afirmando que "esta prohibición de discriminación no es sino la expresión específica del principio general de igualdad que forma parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario (véanse en particular las sentencias de 25 de noviembre de 1986. Klensch y otros, asuntos acumulados 201/85 y 202/85 Rec. P. 3477, apartado 9 y de 24 de marzo de 1994, Bostock, C-2/94, Rec. P. I/1995, apartado 23)".

nido por los trabajos de un primer Comité de Sabios designado en marzo de 1996, los resultados prácticos de éstos no han sido especialmente notables, por lo cual “la búsqueda de un reconocimiento explícito de los derechos fundamentales sigue revistiendo la máxima importancia y, de hecho, la adopción del Tratado de Amsterdam ha hecho aún más evidente esa necesidad. La ampliación de las tareas de la Unión Europea demuestra que el reconocimiento de los derechos fundamentales no es una política a largo plazo, sino una necesidad a corto plazo”⁴ en aras de la coherencia interna del entramado de la Unión. Esto resulta evidente en el marco de lo que genéricamente podríamos llamar derechos sociales —nuevamente con la excepción de la discriminación por razón de sexo, y si acaso con la libertad de circulación—, objeto, tradicionalmente, de “un sistema de referencias confuso y contraproducente”⁵, coetáneo con los conocidos avatares de su reconocimiento, y se hace especialmente patente con derechos exentos de contenido económico o sólo muy indirectamente relacionados con el mundo económico. Con las libertades clásicas, en otras palabras, admitidas, sólo algunas de ellas, al “sistema de carácter esencialmente pretoriano” de que se ha hablado más arriba⁶.

La sucesión de Consejos (Colonia, Tampere, Feira, Niza, por ejemplo) con referencias a la elaboración de la Carta ha permitido, en Niza, la adopción de su texto, aunque sólo sea como Declaración Solemne,⁷ una figura conocida en este ámbito, con una innegable proyección política y un efecto de contagio sobre el obrar comunitario de consecuencias hoy por hoy impredecibles. Dentro del texto de esta versión disminuida de la Carta, vamos a centrar nuestra atención en el art. 10, según el cual, y bajo la rúbrica “*Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*”, se reconoce que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado; a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de ritos. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

Siendo éste el más extenso nivel de reconocimiento, por más que con la limitada eficacia de que se ha hablado antes, no deja de llamar la atención la modernidad del texto comunitario, intentando abarcar en su más amplia acepción los contenidos de la llamada globalmente “libertad ideológica”, y su contraste con el texto realmente positivizado en el ámbito del derecho origi-

⁴ Documento “Afirmación de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar”, informe del grupo de expertos sobre derechos fundamentales, Bruselas, febrero 1999, pág. 6.

⁵ “Afirmación...”, pág. 9.

⁶ Comunicación de la Comisión sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Bruselas, 13 septiembre 2000, COM (2000) 559 final, apartado 10.

⁷ 2000/C 364/01.

nario —art. 6 TUE—. De este modo, las referencias que podemos encontrar en éste último al derecho enunciado en la Carta son decididamente indirectas: lleno de cautelas en torno a la limitación de las competencias Comunitarias, que revelan el claro recelo de los Estados ante una materia que incide en su más clara esencia como Estados de Derecho. De ahí que el art. 13 del TCE (versión consolidada) establezca que “el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de...religión o convicción”.

En el precepto llaman la atención varios aspectos pero, por lo que ahora nos interesa, nos centraremos en dos de ellos:

- el primero, que el ámbito del mismo va más allá de la libertad religiosa, abarcando en apariencia la totalidad de los aspectos diversos de la cosmovisión individual. La referencia a la religión o la convicción, como vertientes de creencias diferenciadas conduce directamente a la libertad ideológica, como el único derecho de libertad que se menciona entre las diversas causas de discriminación que, (siguiendo la pauta de la mayor parte de los Tratados internacionales en la materia), tasa el texto comunitario.

Como es sabido, en el contexto de las causas de discriminación existen dos grandes bloques: el de aquéllas que se relacionan con caracteres inherentes al ser humano, sobre los que éste no tiene posibilidad de elección (la raza, el sexo, etc.) y aquel otro que se relaciona con el ejercicio de derechos fundamentales, de modo que la interdicción de discriminación por dicho ejercicio constituye un elemento de tutela adicional del derecho fundamental de que se trate, hasta el extremo que en no pocas ocasiones la prohibición de discriminación se considera integrada en la esencia misma del derecho —la doctrina del Tribunal Constitucional español al respecto es una muestra de ello—⁸. Pues bien, como se ha anticipado, sólo la libertad ideológica pertenece a este segundo grupo en el TUE, siendo el resto de causas de discriminación citadas pertenecientes al primero descrito. Ello da a la libertad ideológica una particular trascendencia en el medio comunitario; un aire de adelantado en la tarea de introducción de los derechos fundamentales en las instituciones europeas.

- El segundo elemento sobre el que queremos llamar la atención hace referencia al mecanismo seguido para la tutela de la libertad ideológica. Resulta evidente que la tutela otorgada en el Tratado es eminentemente indirecta. En efecto, el punto de partida del TUE hacía concebir esperanzas en sentido contrario, al anunciar que “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales... y tal y como resultan de las tradiciones

⁸ Por todos M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986.

constitucionales comunes a los Estados miembros" (art. 6 TUE), pero el conjunto de avatares sobrevenidos con posterioridad ha conducido a que la tutela de los derechos fundamentales —de algunos, obviamente— se monte sobre la pauta de una figura ampliamente conocida en el marco comunitario, la discriminación y la tutela antidiscriminatoria, lo que proporciona al derecho de libertad ideológica una cierta inespecificidad, una pérdida de identidad que no puede dejar de tomarse en consideración a la hora de evaluar cualquier desarrollo normativo posterior. En otras palabras: la tutela que se dispensa a la luz del art. 13 TCE no es la propia y específica del derecho de libertad ideológica, tal como se desprende del CEDH y de las "tradiciones constitucionales comunes" de los Estados miembros (esto es, conforme a la aproximación jurisprudencial y del art. 6 TUE), sino la propia de la lucha contra la discriminación, una tutela fundada en la igualdad en último extremo, que no garantiza directamente contenidos sino fórmulas de protección, de reacción frente a vulneraciones que quiebren el principio de igualdad, por muy intensas que éstas últimas sean.

Con tales observaciones preliminares, se entienden en cierta medida con mayor claridad las vicisitudes de desarrollo del art. 13 TCE. Dentro de ellas, la primera serie de acciones tiene su sede, como es sabido, en el ámbito de la lucha contra la discriminación por motivos étnicos o xenófobos, acciones que culminan en la Directiva 2000/43 CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. La Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006)⁹ se mueve obviamente en la misma línea; dejando al margen la lucha contra la discriminación por razón de sexo, que será objeto de acciones específicas, pretende erigirse en un marco general de acción contra las discriminaciones, cualquiera que sea su causa motivadora, con fundamento en un principio básico: todos los supuestos de discriminación obedecen —salvo excepciones extremas— a patrones similares, de ahí que puedan ser extendidos en favor de unos las medidas de tutela experimentadas en relación con otros¹⁰.

De alguna manera, el Programa de acción es tributario de esta idea, y resulta manifiesta la influencia de los programas elaborados hace ya más de 20 años en el ámbito de la discriminación por sexo, tanto como la absoluta indefinición de su ámbito de aplicación, que origina declaraciones generales relativas

⁹ 2000/750/CE, DOCE L 303, de 2 diciembre 2000.

¹⁰ "El programa debe abordar los motivos de discriminación exceptuando la discriminación por razón de sexo, tema del que ya tratan acciones comunitarias específicas. *Los diversos motivos de discriminación pueden tener características similares y se puede luchar contra ellos con medios parecidos*", (el subrayado es nuestro) con la expresa salvedad, por sus peculiaridades, de la discriminación por discapacidad, apartado 7 de las Consideraciones generales de la Decisión del Consejo.

a todas las causas de discriminación con la salvedad de la discriminación por discapacidad. Esto, que puede ser bueno desde la perspectiva global de la lucha por la igualdad, puede perjudicar la precisión y la exactitud de las medidas adoptadas en función de las especificidades de cada causa de discriminación, como se verá, quedando el conjunto sumido en una preocupante vaguedad. En este contexto, el análisis, la cooperación transnacional y la sensibilización son los pilares sobre los que se asientan las acciones comunitarias (art. 3), destacando el impulso de transversalidad para garantizar la eficacia de las políticas de los Estados a través de su coherencia interna en todos los frentes (art. 8) y la búsqueda de la implicación de "todas las partes afectadas" en la implantación y desarrollo de las acciones comunitarias, en una dinámica grupal que, si siempre es importante en la lucha contra la discriminación, resulta especialmente adecuada en el marco de algunas de estas causas: la libertad ideológica es un perfecto ejemplo de ello.

2. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZONES IDEOLÓGICAS Y LA DIRECTIVA 2000/78: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

Simultáneamente a la Decisión de que se acaba de hablar, se aprobaría la Directiva 2000/78CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹¹, aparentemente, un desarrollo normativo básico de los principios en que aquélla se funda. En efecto, con una base normativa tan múltiple como relativamente poco convincente e inestable, recuerda la Directiva al efecto en su Introducción preceptos de estructura y contenidos tan diversos como el art. 6 TUE (apartado 1), "el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres" (apartado 2), el art. 3.2 TCE, la Declaración Universal de Derechos Humanos, La Convención de las Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Convenio 111 de la OIT (apartado 4), la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los Trabajadores (apartado 6), las prescripciones sobre el empleo del TCE y las Directrices para el empleo del año 2000 (apartados 7, 8 y 9). En definitiva, toda una serie exhaustiva de preceptos de escasa relevancia en el ámbito comunitario en sentido estricto, y entre las que sorprende el silencio que en cambio se guarda sobre su coetáneo Plan de acción para la lucha contra la discriminación.

La Directiva 2000/78, en su texto, comienza recortando la amplitud con que parece diseñarse su ámbito objetivo, si tan sólo se atiende a sus enunciados introductorios o a su título y, en un terreno tan crucial como las causas de

¹¹ DOCE L 303 de 2 de diciembre de 2000.

discriminación, enuncia las siguientes: “*motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación*” (art. 1).

Ciñendo ahora el análisis a la discriminación así descrita, es clara en la Directiva su orientación doctrinal, de resumen de doctrina elaborada y probada en el marco de la discriminación por razón de sexo: así sucede con la definición de discriminación, directa o indirecta (art. 2), el concepto de acoso (art. 2.3); de alguna manera, también con su ámbito de aplicación, que se cuida de perfilar y excluir supuestos que han generado no pocos problemas prácticos en el ámbito de la discriminación por sexo (art. 3); lo que ha de entenderse por “condiciones de empleo y ocupación” (art. 4); el reconocimiento limitado de la acción positiva (art. 7); el principio de norma mínima (art. 8); y las normas procesales de tutela, en el ámbito de la existencia de recursos y legitimación (art. 9), en el ámbito de la carga de la prueba (art. 10) ó la protección contra represalias (art. 11); ó la potenciación del diálogo con las organizaciones representativas de los intereses de los afectados (art. 14). Así las cosas, no puede percibirse en la Directiva intención alguna de restringir logros conceptuales ya alcanzados en el ámbito de la discriminación por razón de sexo; si acaso, un intento de prevenir conflictos aplicativos y de adaptar esos mismos logros a los nuevos supuestos incorporados de discriminación, con éxito variable.

Como ya se ha dicho más arriba, de entre todas las causas de discriminación enunciadas en la Directiva y en sus inmediatos precedentes, la discriminación por razón de ideología o convicción religiosa tiene matices especiales, en la medida en que se encuentra asociada al ejercicio de un derecho fundamental que expresamente la Unión no ha reconocido —salvo la referencia forzosamente indirecta del art. 6 TUE—: la libertad ideológica en sentido amplio, y cuya tutela se concentra en el ámbito de la estricta igualdad. La primera pregunta que cabe hacer es, pues, hasta qué punto esta característica añade especialidades o dificultades a la tutela antidiscriminatoria, y hasta qué punto la Directiva se hace cargo de ellas. En efecto, el alcance de una tutela que se basa sobre un dato accesorio al ejercicio del derecho (como es la igualdad en el ejercicio de éste, por importante que sea) tiene por fuerza un alcance imperfecto, con amplios términos de imprecisión, pues presupone necesariamente las condiciones de ejercicio del derecho mismo, que al menos hasta el momento han sido fijadas en otra sede; una sede en la que, precisamente, por la arquitectura normativa de sus Tratados, la Unión no estaría, al menos en teoría, legitimada para intervenir. Lo que sucede es que al permitir regular los supuestos de violación, al establecer las hipótesis en las que la ablación del derecho podría ser considerada discriminatoria se estarían fijando también aún indirectamente los límites internos del ámbito del derecho y, por tanto, su grado de cobertura y extensión. En definitiva bajo la cobertura aparente de regular la discriminación, por razones ideológicas, asistimos a un auténtico trasvase competencial que permite aunque sea parcial y negativamente definir y regular buena parte del ejercicio de un derecho fundamental, al menos en el ámbito laboral al que se refiere el art. 13 y la propia Directiva.

Desde esta perspectiva, la apariencia que en principio arroja la Directiva es que proporciona una defensa puramente pasiva de un derecho —la libertad ideológica— cuya definición y alcance se presuponen fuera de ella, probablemente en el ámbito de los ordenamientos de los Estados miembros, siendo sólo las desigualdades originadas por su ejercicio el objetivo de la tutela comunitaria; una apariencia, ésta, en línea con la referencia de la Declaración de la CIG núm. 11 sobre el respeto de la Unión y sobre todo el “*no prejuicio*” sobre el estatuto reconocido “*en virtud del derecho nacional, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros.*”, así como el respeto al “*estatuto de las organizaciones filosóficas y no confesionales*”. Así las cosas, la tutela de la libertad ideológica quedaría —al menos en apariencia— insanablemente fracturada: una parte, positiva y orientada a fijar los márgenes de ejercicio del derecho de libertad ideológica, se presupondría por la Directiva y correspondería determinarla a los respectivos países miembros, con acuerdo a sus respectivas Constituciones y a los Tratados que hayan podido firmar al respecto; la otra, limitada al ejercicio del derecho de que se trata en términos de igualdad estaría atraída al ámbito de competencia del derecho comunitario. Lo que sucede es que, en realidad, nada impide a la Directiva o a los operadores jurídicos a los que corresponde su aplicación dar un paso más y ampliar su campo de actuación a determinar los supuestos que constituyen una violación a este derecho y que, por tanto, podrían llegar a ser considerados como actos de discriminación. Y si ello ocurriese, o el propio Tribunal hiciera una interpretación activista de la misma, podríamos asistir a un fenómeno de traslación del ámbito regulador de este derecho que quizás no estaría en la lógica del mero art. 13 y de la perspectiva, estrictamente antidiscriminatoria, que late en el mismo.

En definitiva, la apariencia sentada por los términos en que se concibe la tutela antidiscriminatoria parece convincente, pero entendemos que debe ser parcialmente desechada. En efecto, no puede desconocerse que, según el art. 6 TUE, los derechos fundamentales son una de las bases de la Unión, en los términos previstos en el CEDH y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Por leve que sea la fuerza vinculante del precepto resulta como menos arriesgado ignorar su existencia y su significado en relación con otro, el 13 TCE, que adopta uno de esos derechos fundamentales para basar en él una prohibición de discriminación. El texto del CEDH constituye, pues, un elemento crucial para determinar el alcance del legítimo ejercicio del derecho con base al cual puede emerger una discriminación prohibida; un mínimo positivo, con contenido material, para revestir de sustancia la prohibición¹² —eminente-

¹² No es obstáculo para lo dicho el tratamiento de “norma mínima” del art. 8 de la Directiva 2000/78, referido en todo caso a la tutela antidiscriminatoria, y por tanto, a supuestos en que esté en juego el principio de igualdad, y no tanto al “contenido” del derecho de libertad ideológica, punto éste al que la referida Directiva no hace alusión expresa alguna.

mente formal— de discriminación. De este modo, a nuestro juicio, se revela uno de los aspectos más llamativos de la prohibición comunitaria: ser la vía de introducción de, al menos, algunos derechos fundamentales en el marco del derecho de la Unión, en textos positivados, y no sólo en el marco forzosamente frágil de la doctrina judicial.

Dicho lo anterior, debe reiterarse que, aún teniendo un contenido positivo mínimo en relación con el derecho que nos ocupa, la tutela que se le otorga a su ejercicio es en teoría antidiscriminatoria y ello supone que, una vez aislado un supuesto de hecho de despliegue del derecho de libertad ideológica, debe quedar necesariamente comprometido en el caso un factor de igualdad para que en sentido estricto pueda entenderse atraída la carga normativa de la Directiva 2000/78. Si este segundo elemento no se da, quedará excluida de aplicación la norma, incluso —al menos en teoría— si en el caso se ha vulnerado el derecho al que teóricamente trata de proteger.

Con lo que se acaba de decir se entra en otro de los apartados que deben ser subrayados en esta parte preliminar, en concreto, el alcance de la conducta prohibida por la Directiva, que resulta esencial para ver reflejado en negativo el del derecho garantizado. Como se ha dicho, uno de los instrumentos fundamentales para la concepción misma de la norma comunitaria es la amplia experiencia alcanzada por la normativa y la jurisprudencia comunitarias a la hora de definir lo que sea discriminación por razón de sexo. Y el efecto de este reflejo lo proporciona el art. 2 de la norma, en que se recoge la noción de discriminación directa e indirecta aplicable conjuntamente a todas las causas de esta conducta que se han tasado previamente. Y todo ello en los términos más amplios desde el punto de vista de los actos que pueden generar la discriminación, pues se abarcan las normas, en sentido amplio (disposición), así como los comportamientos no normativizados, (criterio o práctica); y en los términos más avanzados a los que se ha llegado a la hora de definir el fenómeno en la discriminación por razón de sexo, sobre todo por lo que hace referencia a la recepción normativa del concepto de discriminación indirecta —de todos es sabido el penoso camino jurisprudencial que condujo a él en materia de discriminación por sexo— y la consagración de la inversión de la carga de la prueba enunciada en el art. 10, tan sólo muy recientemente acoplada a la discriminación por razón de sexo.

Dejando de lado por ahora el tratamiento de la carga de la prueba, ha de recordarse que la noción de discriminación adoptada abarca tratamientos desiguales concretos y puntuales tanto como resultados discriminatorios, en los que el factor comparativo queda más difuminado o, en sus aspectos más concretos, no existe en absoluto, como es propio de la discriminación indirecta. Se incorpora a la discriminación indirecta, por sus peculiares características, una excepción, que es la justificación del trato desigual: “(que) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios” (art. 2.2.i) Dir. 2000/78). Legitimidad de los fines de la medida y necesidad y adecuación de los medios que la ponen en práctica son términos suma-

mente amplios que abren una sensible brecha en la tutela dispensada, que pueden ser interpretados de modo que dejen en la nada el alcance de ésta. Para soslayar ese riesgo, nuevamente, el precedente de la discriminación por razón de sexo puede ser extremadamente útil, poniendo de manifiesto una jurisprudencia del TJCE en que la justificación de la medida y la proporcionalidad de los medios son evaluados conforme a un criterio de *strict scrutiny* que reduce a medios muy pocos los términos de la alternativa de exclusión.

Finaliza el elenco de las definiciones la Directiva aludiendo a una figura que, nacida en el marco del Derecho norteamericano, ha sido objeto de reiterada atención en instancias comunitarias, si bien no ha llegado a traducirse en una prohibición expresa en normas: el acoso. Obviamente, la figura del acoso que se acaba de mencionar es el acoso sexual, el que tiene al sexo como elemento detonante de la presión singular o ambiental, pero la Directiva acomete un meritorio intento de trasvase desde ese ámbito al de las diversas causas de discriminación que contempla. Desde este punto de vista, el acoso discriminatorio es “un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro” (art. 2.3). Destaca en esta definición, en primer lugar, el reconocimiento de la posibilidad de que la noción de acoso sea perfilada en los ordenamientos de los Estados miembros, si bien ello no parece que sea una autorización para que éstos desvirtúen el alcance de la conducta prohibida; una vez más, la norma mínima parece ser el mecanismo interpretativo más correcto para concretar este enigmático pasaje. Sentado esto, la definición de acoso que se proporciona parece ser, especialmente, la de acoso ambiental, que es la más apropiada al tipo de causas de discriminación que se manejan en el caso; lógicamente, trayendo a este precepto la delimitación general del art. 1 de la Directiva, acoso ambiental “en el ámbito del empleo y la ocupación”, lo que delimita el marco en que la práctica de acoso puede producirse, así como, en buena parte, el círculo de sujetos que pueden ponerlo en práctica: el empresario, los compañeros de trabajo o, incluso, clientes, si bien, en estos dos últimos casos, el tratamiento laboral se reconduce a la tolerancia empresarial frente a este tipo de conductas, conducta indebidamente tolerante que por ello mismo ha de calificarse como discriminatoria a su vez. Comoquiera que sea, importa destacar desde aquí que el recurso seguido por la Directiva ya fue utilizado en el ámbito del acoso sexual para proyectar sobre éste los mecanismos de tutela elaborados para la discriminación por razón de sexo. En la actualidad, y para este último ámbito, ya no hay duda de que el acoso es un comportamiento, más que discriminatorio, contrario a la dignidad humana, necesitado de una tutela autónoma y con problemas de interpretación y aplicación propios. Problemas semejantes son de prever en el seno del acoso regulado en la Directiva 2000/78, y, más, en el margen de un derecho tan lleno de matices como la libertad ideológica, cuyo despliegue puede dar lugar, si contemplado sólo desde

la perspectiva de la lucha contra la discriminación, a problemas de difícil solución por darse supuestos en los que propiamente la igualdad no se encuentra comprometida.

En fin, traer esto a colación en el ámbito que nos ocupa ocasiona múltiples problemas adicionales, sin duda el más conocido sea el vinculado con empresas ideológicamente caracterizadas, de las que se hablará con posterioridad y a ello nos remitimos.

Un último elemento a valorar en el análisis del ámbito de esta Directiva es el referido a las eventuales limitaciones que en el ámbito de los derechos que regula se autoriza a hacer a los Estados "*medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos*" (art. 2.5). Resulta difícil prevenir qué tipo de medidas pueden auspiciar restricciones de esta índole (que por lo demás son frecuentes en los Tratados internacionales en materia de derechos humanos) si se tiene en cuenta que el trato igual de que se habla se predica del ámbito laboral; de ese modo cabe la duda de si las restricciones generales al derecho de libertad ideológica pueden tener repercusión laboral (por ejemplo, despido por pertenecer a una organización ilegalizada, sin que exista repercusión negativa en el trabajo derivada de la pertenencia a ella). A nuestro juicio el texto de la Directiva debe ser en principio interpretado en el sentido de que quedan referidas a los Estados las limitaciones al ejercicio de la libertad ideológica que pueden ser empleadas válidamente en el juicio de igualdad previo a detectar la discriminación, en la línea de respeto al estatuto de las organizaciones ideológicas dado por cada Estado. A lo dicho ha de añadirse sin embargo, para garantizar el mínimo contenido material del derecho que se desprende de lo dispuesto en el art. 6 TUE, que no puede sistemáticamente ser interpretado este texto en el sentido de autorizar el efecto restrictivo de la limitación incondicionada de los derechos que reconoce con la sola invocación de las razones expuestas. Aunque éste sea un factor de importancia innegable, no genera el enlace con la materia del empleo y la ocupación en que se mueve la Directiva; de ahí que, aún partiendo de las limitaciones de régimen general establecidas en cada Estado, haya otros factores que deban tenerse en cuenta: la necesidad, la adaptación al ámbito laboral ó la proporcionalidad de las medidas adoptadas o que se adopten en aplicación de este precepto al ámbito laboral constituyen elementos interpretativos imprescindibles a la hora de su transposición.

3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/78

El art. 3 de la Directiva aborda el ámbito material de lo que sea el "*empleo y la ocupación*" a efectos de la Directiva en unos términos amplios, que en buena parte recuerdan los logros alcanzados por la sucesión de Directivas relativas a la discriminación por sexo, con la sola exclusión de los regímenes

públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de Seguridad Social o de protección social" (art. 3.3) en línea con la laboralización que durante tiempo ha dominado el alcance de lo que sea discriminación retributiva por razón de sexo en el art. 141 TCE, desconociendo los avances experimentados en este campo —avances que se han llegado a plasmar en la correspondiente Directiva— e implicando un retroceso material de su campo de aplicación que no es comprensible y desde luego no es seguido ni siquiera por otras normas coetáneas en materia de discriminación¹³.

Así las cosas, el radio de acción de la Directiva se extiende en primer lugar al acceso al empleo y la ocupación laborales, así como a la actividad por cuenta propia o la actividad profesional (art. 3.1.a), con las excepciones que al respecto se previenen en el art. 4 de la citada norma, con las que implícitamente se relaciona la específica referencia a los criterios de selección y las condiciones de contratación, en los que, se supone, es irrelevante —y por tanto ilícita la investigación al respecto— la adscripción ideológica del trabajador salvo en empresas o tareas ideológicamente caracterizadas. Un mandato de amplitud y contundencia semejantes se extiende también a los casos de promoción, "*independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional*". Asimismo se abarca a las condiciones de empleo y trabajo, con expresa referencia a las condiciones económicas del despido y a la remuneración (art. 3.1.c) y se culmina la referencia de los campos profesionales con la mención de la formación y el reciclaje, en todas sus vertientes, incluida "*la experiencia práctica*" (art. 3.1.b).

Finaliza la descripción en positivo del campo de aplicación de la Directiva con la referencia incluyente a "*la afiliación o participación en una organización de trabajadores o empresarios o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una ocupación concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas*" (art. 3.1.d). En relación con la discriminación asociada a la integración en organizaciones profesionales, la prohibición se concibe en términos absolutos, de modo que en apariencia no sería legítimo restringir el acceso a alguna de estas organizaciones por la profesión de una idea concreta, ignorando la posibilidad de que estos grupos, en el ejercicio de su libertad asociativa —muy especialmente los sindicales— opten por caracterizarse ideológicamente y marcar con ello un requisito de pertenencia con vinculabilidad superior a las meras declaraciones de principios para los aspirantes a la afiliación. No parece que sea correcta esta interpretación, a no ser que interfiera

¹³ En este sentido, la solución que proporciona la Directiva 2000/43, de 29 de junio, DOC L 180, de 19 de julio, es radicalmente opuesta, como se desprende del art. 3.1, cuyos apartados e) y f) incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva, respectivamente "*la protección social, incluida la Seguridad Social y la asistencia sanitaria*" y "*las ventajas sociales*". Sorprende la solución propuesta, y su contraste con la Directiva 2000/78, máxime teniendo en cuenta las veces en que el origen racial o étnico puede encontrarse unido a determinadas opciones ideológicas, sobre todo religiosas, en cuyo caso ambas Directivas corren peligro de neutralizarse.

excesivamente la consagración del principio de no discriminación con el derecho de los grupos a establecer libremente sus estatutos y formular su programa de acción en los términos fijados en el art. 2 del Convenio núm. 87 de la OIT, vertiente ésta que no parece que la Directiva quiera abordar. La noción de discriminación que al efecto se ha de manejar ha de ser más matizada, en el sentido de excluir cualquier condicionante de la afiliación por motivos ideológicos que no guarde un manifiesto y razonable vínculo con la finalidad profesional del grupo de que se trate, siendo esta última el metro de licitud de los recortes de una igualdad que en principio ha de considerarse como el objetivo dominante.

Finalmente, la referencia a las prestaciones que puedan proporcionar las organizaciones a las que se pertenezca puede entenderse hecha, desde luego, a las prestaciones y servicios que se desprendan de la pertenencia a una organización sindical, patronal, profesional, etc., pero también a organizaciones aseguradoras de base profesional y a las prestaciones dispensadas por las mismas, permaneciendo legitimadas sólo las diferencias de trato —a través de su exclusión del ámbito de la Directiva— en los regímenes públicos de Seguridad o protección social.

El campo de aplicación de la Directiva se define también en negativo, desde la perspectiva que nos ocupa. Una parte de esa definición será objeto, por su importancia, de un análisis posterior más detenido. Aquí vamos a hacer referencia a la exclusión prevista en el art. 3.2 de la Directiva, derivada de la coordinación de ésta con la política de la Unión y de los Estados en materia de nacionalidad. Una política que puede ser especialmente trascendente en la práctica si se tiene en cuenta la normalidad con que la procedencia nacional o el origen étnico pueden hallarse vinculados con opciones ideológicas —sobre todo, aunque no sólo, religiosas—, de modo tal que cualquier diversificación por razones de nacionalidad puede generar una distinción por razones ideológicas, y proporcionar un título adicional a quien la sufre para pedir el trato igual. La Directiva no pretende alterar ese estado de cosas, ni proporcionar asideros para reclamaciones de igualdad provenientes de nacionales de terceros Estados o apátridas que profesen una confesión religiosa mayoritaria o dominante, revistiendo como ideológica una diferencia basada en la nacionalidad. De ahí la contundencia con la que afirma que “no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad”, y se aplicará al margen “de las disposiciones y condiciones por las que se regulen la entrada y residencia de nacionales de terceros países y apátridas...y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas”. Un texto éste que puede ser censurable, pero que revela con especial claridad las dificultades con las que ha de abrirse paso la tutela antidiscriminatoria asociada a un derecho fundamental que no se reconoce expresamente en el marco de una estructura transnacional de las características de la Unión Europea¹⁴.

¹⁴ Por las mismas razones, y quizás con mayor evidencia, vid. el art. 3.2 de la Directiva 2000/43, de 29 de junio, DOCE L 180, de 19 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, textualmente idéntico al que nos ocupa.

4. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZONES RELIGIOSAS O DE CONVICCIÓN: EL ART. 4 Y LOS “REQUISITOS PROFESIONALES”

En este marco general, las dos únicas excepciones generales¹⁵ expresamente recogidas en la Directiva 2000/78/CE frente a la prohibición de discriminación por razones ideológicas o de convicción se concentran en el art. 4 Directiva; un precepto éste que, bajo el título genérico de “requisitos profesionales” contempla dos hipótesis entre las que media, seguramente, una relación básica de género a especie.

Así, en el primero de ambos párrafos se establece de forma genérica que “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” —y por lo que aquí se refiere a la libertad religiosa y de convicciones— “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”. Es ésta una exclusión tradicional y similar en su redacción y contenido a la contemplada en la serie de directivas sobre discriminación por razón de sexo.

En cambio, en el segundo punto se permite de forma mucho más específica a los Estados miembros mantener aquellas legislaciones o prácticas nacionales vigentes el 27 de noviembre de 2000 y que consideren no discriminatorias las “diferencias de trato basadas en la religión o convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o en el contexto en que se desarrollan dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética...” asumida por las “actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona”; excepción ésta a la que se añade, de forma bastante menos matizada, el derecho de estas mismas “igle-

¹⁵ Dejamos a un lado, claro está, por su extrema peculiaridad, la regla especial recogida en el art. 15 de la directiva sobre determinados empleos en Irlanda del Norte y según el cual “1. Para hacer frente a la infrarrepresentación de una de las principales comunidades religiosas en los servicios policiales de Irlanda del Norte, las diferencias de trato en materia de contratación en dichos servicios, incluido el personal de apoyo, no constituirán discriminación, en la medida en que dichas diferencias de trato estén explícitamente autorizadas por la legislación nacional. 2. Con objeto de mantener el equilibrio de las posibilidades de empleo para el cuerpo docente en Irlanda del Norte, contribuyendo al mismo tiempo a superar las divisiones históricas entre las principales comunidades religiosas existentes, las disposiciones de la presente Directiva en materia de religión o de convicciones no se aplicarán a la contratación de cuerpo docente en las escuelas de Irlanda del Norte, en la medida en que ello esté explícitamente autorizado por la legislación nacional.”

sias y ... demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones" a "exigir ... a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización", siempre y cuando las disposiciones de la propia directiva "sean respetadas" y que actúen "de conformidad con las disposiciones constitucionales nacionales".

4.1. Empresas de tendencia y discriminación ideológica

Comenzando nuestro análisis por el último de los párrafos antes mencionados, expresamente pensado para la libertad ideológica, es obvio que éste tiene como peculiar elemento de vertebración su clara relación con un mismo tipo de empleador: las iglesias y demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona. E igualmente parece evidente que con estas expresiones —ciertamente no muy claras o diáfanas— la Directiva parece intentar referirse si tan siquiera sea parcialmente a un colectivo de entidades que tradicionalmente han venido identificándose como empresas u organizaciones de tendencia, siguiendo así la terminología fundamentalmente alemana que de forma lenta pero inexorable ha ido asumiendo mayoritariamente la doctrina del resto de países de la Unión.

4.1.1. La tutela dual de la tendencia y su progresiva recepción colectiva e individual en el ordenamiento comunitario

En la inmensa mayoría de dichos países, tales empleadores se caracterizan básicamente por la presencia acumulativa de tres rasgos fundamentales. El primero, por su carácter de manifestación del pluralismo político, sindical, religioso y, en sentido amplio, ideológico de toda sociedad; en segundo lugar, por su naturaleza de cauce o instrumento a través del cual se exteriorizan, ejercitan y manifiestan derechos fundamentales individuales y colectivos de protección constitucional, lo que en ocasiones convierte a algunas de ellas en el epicentro de sistemas normativos o auténticos ordenamientos autónomos o independientes del Estado; y, en tercer lugar, y lo fundamental, porque las mismas sirven de soporte para una actividad dirigida directa y predominantemente a la difusión de un determinado sistemas de valores, creencias e ideas¹⁶.

En cualquier caso, la principal peculiaridad de tales entes a los efectos que aquí interesan es que los mismos requieren y exigen normalmente para que la

¹⁶ Dada la necesaria brevedad de este comentario, baste remitirnos al excelente trabajo de F. BLAT GIMENO, *Relaciones Laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986, y al más reciente de F. JAVIER CALVO GALLEGO, *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, CES, Madrid, 1995, a cuya bibliografía en general nos remitimos. Igualmente de interés sobre el tema M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Libertad ideológica y prestación de servicios", en *Relaciones Laborales*, 1985, II, p. 431;

difusión de su ideología sea creíble y, por tanto, eficaz, una cierta coherencia y unidad interna que implica un elevado grado de uniformidad en la exteriorización del mensaje. Por ello —y con independencia de que exista o no un mayor o menor grado de democracia interna en la toma de decisiones— lo cierto es que estas entidades, una vez adoptada su orientación, exigen habitualmente un acatamiento más o menos rígido a la misma y, por tanto, una adecuación de sus portavoces a tales dictados tanto en su actividad representativa como en aquellos aspectos desligados en principio de ésta pero que, por su conocimiento o alcance público, pueden provocar que la prestación sea de imposible o ineficaz cumplimiento¹⁷.

Mientras esta exteriorización se produce a través de órganos, miembros o afiliados que se vinculan con la organización por meros nexos mercantiles, asociativos o simplemente religiosos distintos a los laborales nada cabría plantear a estos efectos. Las dinámicas internas de los grupos exigen normalmente este sometimiento de las minorías a las mayorías, y, por tanto, legitiman las posibles consecuencias negativas endogrupales por una falta de sintonía ideológica entre un miembro y su organización¹⁸; siempre, claro está, que esta discordancia sea real, exteriorizada y con ella no se traten de encubrir auténticas discriminaciones fundadas en criterios diferentes al que constituye la base de la organización. Los problemas, a los efectos que aquí interesan, se producen cuando como consecuencia de la progresiva ampliación del campo de actuación del contrato de trabajo¹⁹ y de la paulatina extensión de actividades de tales sujetos, este vínculo entre el sujeto difusor y la organización se termina plasmando en una relación laboral, a la que progresivamente se le otorgan derechos, ya sean de participación colectiva, ya sean constitucionales inespecíficos — como éste de libertad religiosa y de conciencia— que en su visión más amplia podrían entrar en contradicción con la orientación asumida por el ente, también en ejercicio del mismo derecho constitucional.

Esta necesidad de tutela de la tendencia (*Tendenzschutz*), en la que se mezclan no siempre con acierto, la defensa del pluralismo, de derechos constitucionales de la organización y las siempre difíciles relaciones de coordinación entre el ordenamiento estatal y otros independientes como los de las entidades religiosas, se manifiesta de este modo, no sólo frente a los poderes públicos

¹⁷ Sobre el carácter bifronte de las organizaciones ideológicas, producto del pluralismo pero con cadencias autoritarias en su organización interior, M. PEDRAZZOLI, "Aziende di tendenza", en *Digesto delle discipline Privatistiche*, Sez. Commerciale, II, UTET, 1987, p. 109.

¹⁸ En general, A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'ideologia nei rapporti privati*, Eugenio Jovene, Napoli, 1980.

¹⁹ Para un caso concreto, M. PÉREZ PÉREZ, "El sindicato, empleador", en *Actualidad Laboral*, 1994, n. 41, pág. 641 y sig. En general, sobre el espacio del contrato de trabajo en las empresas de tendencia, en especial, en sindicatos, partidos políticos, asociaciones ideológicamente orientadas y las iglesias o confesiones religiosas F.J. CALVO GALLEGO, *Contrato de trabajo ...*, cit., pág. 132 y sig.

(*tutela vertical*) sino también frente a terceros privados (*tutela horizontal*). Y es que también estos últimos podrían condicionar su mensaje o sus reglas de funcionamiento interno mediante imposiciones externas inadmisibles para el grupo y sus mecanismos de formación interna de la voluntad, ya sea mediante medidas de participación y cogestión colectiva que condicionaran o limitaran las medidas laborales conectadas a la difusión de la tendencia, ya sea por la imposición de una nueva orientación ideológica propia del individuo pero inadmisibles para la empresa o entidad. Por ello esta tutela horizontal se va a desarrollar en los países occidentales desde una doble perspectiva. La primera y original, peculiar de aquellos países en donde mayor incidencia han tenido mecanismos participativos y cogestionales, limitando o reduciendo las posibilidades de actuación de tales instrumentos de democracia industrial, sobre todo cuando pudieran entrar en conflicto con la libre orientación de la organización²⁰. Y en segundo lugar, y de forma más tardía —sin duda por el carácter posterior del reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ámbito laboral—, exceptuando a estas mismas empresas o, de forma más definida, a determinadas tareas de las mismas de las progresivas reglas que prohibían indagaciones precontractuales sobre aspectos de la vida privada del trabajador, o de tratamientos peyorativos tanto en el acceso como en la permanencia en la empresa por causas religiosas o ideológicas en sentido amplio²¹. Y todo ello sin olvidar, claro está, la necesaria modalización que en este mismo ámbito sufrían determinadas cláusulas generales como la buena fe o la diligencia²² y que provocaban incluso serias dudas sobre la supuesta especialidad de estos portadores de tendencia o *tendenzträger*²³.

²⁰ Éste sería, el caso, por ejemplo, de la exclusión de las empresas de tendencia en el art. 2 de la Ley de cogestión sueca de 1977 (MBL) de 10 de julio de 1976 —la “aim and direction clause” o las respectivas exclusiones en las leyes de participación y cogestión en la empresa alemanas —§ 118 y 1 Abs IV de la BetrVG de 15 de enero de 1972 y de la MbG de 4 de mayo de 1976—. Sobre estas dos regulaciones F. SCHMIDT, *Law and Industrial Relations in Sweden*, Almquist & Wiksell, Stockholm, 1977, p. 95 y ss. y 234; A. VICTORIN, “Codetermination in Sweden: The Union Way”, en *Journal of Comparative Law and Securities Regulation 2 (1979) 11-114*, p. 429; ANDERMAN, NEAL, SIGEMAN, VICTORIN, *Law and Weaker party, An anglo-sweden Comparative Study*, Vol. I. *The swedish experience*, Professional Books, LTD, p. 149 E. FREY, *Der Tendenzschutz im Betriebsverfassungsgesetz 1972*, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft MBH, Heidelberg, K. FITTING, F. AUFFARTH, H. KAISER, *Betriebsverfassungsgesetz Handkommentar*, München, 1977, p. 1179, 1 in fine; K. FITTING, O. WLOTZKE, H. WIBMANN, *Mitbestimmungsgesetz mit Wahlordnungen*2, Verlag Franz Vahlen, München, 1978,

²¹ Por poner sólo un ejemplo, véase M.G. MATTAROLO, *Il rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza. Profili generali*, Cedam, Padova, 1983

²² F. SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1983.

²³ En el caso alemán, la especialidad se manifiesta en el fuerte incremento de los deberes accesorios deducidos del contrato, y en especial del de lealtad que lo asemeja a la rela-

Por ahora sólo nos interesa destacar como esta doble perspectiva de tutela en el plano colectivo y en el individual, no fue, como a veces se ha sostenido, una peculiaridad única y exclusiva del ordenamiento alemán²⁴. Un breve repaso por la realidad comparada demuestra como aún hoy es posible encontrar normas de éste o similar estilo en otros países como Austria o Suecia²⁵. Y que incluso en países mediterráneos como Italia, Francia o la propia España, es posible encontrar normas como el art. 4 de la Legge 108 italiana²⁶ o el art. 6.2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR en adelante)²⁷ que centran, eso sí, la tutela de la tendencia en un plano más individual, ligado a los posibles despidos por causas ideológicas de algunos de sus empleados. Con todo, en esta segunda vertiente han sido sobre todo decisiones y corrientes jurisprudenciales las que a veces de forma sumamente polémica —baste recordar el famoso caso Cordero en Italia²⁸— han venido a admitir, con todas las matizaciones que se quiera, una peculiar modalización, una cierta aceptación de tratamientos peyorativos ligados a la ocupación y el empleo en este tipo de organizaciones o, al menos, y como veremos, en algunas de las tareas en ella desarrolladas²⁹.

ción existente entre el funcionario público y el Estado. En este sentido, baste observar como, por ejemplo, W. DAÜBLER aborda en su manual — *Das Arbeitsrecht I11*, Hamburg, 1990— las peculiaridades de los trabajadores de las Iglesias en el mismo apartado en el que analiza las peculiaridades de los funcionarios y empleados públicos. Desde otra óptica relacionada con las profundas divergencias existentes entre la subordinación tradicional y la de los portadores de tendencia, M. PEDRAZZOLI, “Aziende di tendenza”, cit., pág. 109

²⁴ Vid. W. DAÜBLER, *Das Arbeitsrecht I11*, Hamburg, 1990, p. 591: “Der hier skizzierte Tendenzschutz ist eine deutsche Besonderheit. Weder die französische noch die italienische oder die englische Rechtsordnung kennen eine vergleichbare Beschränkung”.

²⁵ Vid. F. J. CALVO GALLEGO, *Contrato de trabajo ...*, cit., pág. 34 y sig., n. 64 a cuya referencia bibliografía nos remitimos.

²⁶ Sobre dicho precepto y su peculiar conexión con la tutela de la tendencia, F.J. CALVO GALLEGO, “Alcune riflessioni sul concetto di organizzazioni di tendenza e sulla costituzionalità dell’art. 4, Legge 108/90” en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1994, n.2.

²⁷ G. MORENO BOTELLA, “El carácter propio de las entidades religiosas y sus consecuencias en el derecho laboral español”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, 1987, n. 123, Vol. 44, p. 531.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano de 29 de diciembre de 1972, n. 195.

²⁹ En este sentido, en la jurisprudencia alemana véanse BAG 25 abril 1978 en *Arbeit und Recht*, 1978, p. 185 y en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, p. 2116 y ss. —es justificado el despido de una docente en un centro católico por su matrimonio con un divorciado, dada la imposibilidad de un correcto cumplimiento de sus deberes contractuales—; LAG Hamm 3 noviembre 1977 en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, p. 850 —despido de una profesora de un centro católico que convivía con un sacerdote—; LAG Düsseldorf 25 maggio 1960 en *Entscheidungen in Kirchensachen*, 5, Vr. 30, —despido de una docente trabajadora de un jardín de infancia perteneciente a una comunidad evangélica, por obligarse a educar a sus hijos según la fe católica— sentencia del *Bundesarbeitsgericht* del 31 de enero de 1956(). El supuesto, un poco rocambolesco, consistía en el despido por parte de un hospital católico de un pintor que, tras su divorcio, había contraído nuevas nupcias con una mujer de la que anteriormente había tenido un hijo. Se trataba, por tanto, de una

Desde esta perspectiva no debe resultarnos extraño que un ordenamiento como el comunitario, resultado en múltiples ocasiones de la formalización del mínimo común normativo de los ordenamientos internos de los Estados miembros haya llegado a recoger finalmente ambos aspectos en su propia normativa. Es más, resulta incluso llamativo comprobar como esta doble tutela ha ido apareciendo en el mismo orden cronológico en el que este mismo tipo de protección surgió en alguno de los países miembros. Y es que al igual que en Alemania, en el derecho comunitario esta tutela surgió en primer lugar en el plano colectivo, al permitir el art. 8.3 de la Directiva de la Directiva 94/45/CE de 22 de septiembre sobre constitución de un Comité de empresa europeo que “cada Estado miembro (pueda) establecer disposiciones especiales a favor de la dirección central de las empresas y establecimientos situados en su territorio que persigan, directa y sustancialmente, un objetivo ideológico relativo a la información y a la expresión de opiniones siempre que en la fecha de adopción de la presente Directiva dichas disposiciones particulares existieren ya en la legislación nacional”; una autorización ésta que, por cierto, no ha dejado de plasmarse en determinados transposiciones de algunos de los Estados Miembros³⁰, cuya trascendencia quizás se haya minimizado en exceso en nuestro país.

Mientras que sólo seis años más tarde surge el art. 4.2 D. 2000/78/CE que se vincula sobre todo a la segunda vertiente de esta tutela horizontal de la tendencia: esto es, a la posible modalización o excepción de la prohibición de discriminación por razones religiosas o de convicciones tanto en la ocupación como en el empleo en relación con este tipo de empleadores. Y es que sólo cuando al amparo del art. 13 del Tratado se comienza a vislumbrar la posibilidad de regular la protección de estos derechos fundamentales inespecíficos en el seno de las empresas europeas surge la correlativa necesidad de señalar esta excepción a una regla general antes inexistente.

Cuestión distinta es que la redacción del precepto haya sido especialmente confusa y de más que difícil comprensión. Y es que esta última norma carece, desde luego, de la enorme claridad y perfección técnica que poseía el art. 8.3 D. 94/45; un artículo éste, no cabe olvidarlo, elaborado sobre la base —basta

hipótesis en la cual el trabajador difícilmente podría ser considerado como un *Tendenzträger*. Sin embargo, el Tribunal Federal alemán consideró que, según la moral y la costumbre de la época, el empleador no podía ser obligado a mantener esta relación laboral, dada la influencia de la vida privada del trabajador sobre el propio contrato. Esta interpretación ha sido mantenida en 1985 por el Tribunal Federal Constitucional en relación con las manifestaciones del trabajador contrarias a las opiniones de la Iglesia *BverfG Der Betrieb*, 1985, pág. 2103. En sentido contrario, véase LAG Saarbrücken, 29 octubre 1975 en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, p. 645 que ha denegado la legitimidad del despido de una directora de un jardín de infancia católico por su matrimonio con un divorciado.

³⁰ Así por ejemplo el art. 34 de la *Europäisches Betriebsräte-Gesetz-EBRG* en Alemania y, drásticamente, art. 5 de la Ley para la institución de un comité de empresa europeo en Suecia.

observar la terminología— que proporcionaban las normas alemanas sobre cogestión y participación en la empresa, de larga tradición y depuración científica y jurisprudencial. Por el contrario, la farragosa y a veces enormemente confusa redacción del art. 4.2 plantea enormes problemas no ya sólo sobre los límites de esta excepción, sino también sobre la propia delimitación de las organizaciones a las que va dirigida. De ahí que le prestemos una cierta atención en las páginas que siguen.

4.1.2. El marco organizativo de la excepción: las actividades profesionales de las iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o convicciones de una persona

Desde esta perspectiva, y a fuerza de ser sinceros, parece evidente que lo único que resulta indiscutible dentro de este precepto es que en dicha exclusión tan sólo quedan incluidas “las actividades profesionales de las iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona”. Ahora bien, lo que ya no resulta en absoluto claro son los límites concretos de cada uno de estos términos, los requisitos necesarios para justificar el trato peyorativo a ciertos empleados e incluso el grado de lealtad ideológica que estas mismas entidades pueden exigir al resto de sus trabajadores. Pero vayamos por partes.

En primer lugar, parece evidente que aunque el art. 4.2 D. 2000/78 en su versión castellana se refiera exclusivamente al término “Iglesia” —al igual, por cierto, que los textos en otras lenguas como la alemana o italiana³¹— esta norma no parece estar destinada a tutelar única y exclusivamente a las distintas comunidades cristianas que, con su concreta denominación católica o protestante, se definen estrictamente como tales. Es cierto que normalmente han sido estas concretas confesiones las que por su mayor tradición histórica e implantación, o por la constante defensa de su independencia jurídica frente al ordenamiento estatal, han generado mayor número de conflictos o cuestiones en Estados miembros como Alemania, Italia o España. Es cierto, por tanto, que seguramente serán estas mismas organizaciones las que por su trascendencia e implantación mayor y más frecuente uso hagan de la misma. Pero todo ello no parece razón suficiente para excluir de esta misma tutela a cualquier otra confesión o comunidad no cristiana para cuyas actividades profesionales quepa exigir al trabajador como requisito profesional, esencial y legítimo una cierta conexión ideológica de dicho individuo con el correspondiente credo o confesión.

A nuestro juicio, un mínimo respeto a la igualdad de todas las confesiones y creencias y al hecho de que sus normas internas y de funcionamiento han de configurarse como auténticos ordenamientos independientes reconocidos constitucionalmente por múltiples Estados de la Unión, debiera conducirnos, como

³¹ Kirchen, no Religionsgemeinschaft, Chiesa no confessione religiosa.

decimos, a trasladar esta misma posibilidad a otros credos o entidades religiosas no cristianas como, por ejemplo, las Comunidades israelitas o las Comunidades islámicas, por mencionar sólo dos entidades con las que el Estado Español ha suscrito ya Acuerdos. Es más, quizás sería razonable —aunque la cuestión dista de ser clara— considerar que esta misma protección podría reclamarse por cualquier confesión sin necesidad de que éstas se encuentren inscritas en ningún registro público estatal³², se haya suscrito con las mismas algún acuerdo o, incluso, sin necesidad de que anteriormente poseyeran un especial arraigo derivado del número de sus creyentes. Bastará con que desarrollen actividades que les permitan ser reconocidas como tales públicamente en los Estados miembros y que, como veremos, dicha excepción ya estuviera recogida o asumida en la práctica dentro del concreto ordenamiento del que se trate. Y es que incluso, parecería lógico admitir que esta misma excepción habría de aplicarse a otras confesiones u organizaciones religiosas que en un futuro pudieran implantarse en territorio de la Unión y que reclamasen del respectivo Estado un trato similar al que ya reciben con anterioridad a la Directiva algunas de estas confesiones tradicionales. En general siempre que se trate de la plasmación organizativa de una determinada creencia³³ nos encontraremos ante el supuesto de hecho del que parte esta excepción, estrechamente conectada —como recuerdan los propios Considerandos de la Directiva— con la escueta Declaración n. 11 sobre el Estatuto de las Iglesias y las Organizaciones no confesionales, adjunta al Acta Final del Tratado de Amsterdam, y de acuerdo con la cual la Unión Europea respetaría y no prejuzgaría el estatuto jurídico reconocido en virtud del derecho nacional de los estados miembros a estas mismas organizaciones.

Por el contrario, bastante más complejo se presenta, en segundo lugar, la interpretación que deba darse al término “*actividades profesionales*” realizadas

³² Y es que como recuerda S. BUENO SALINAS, “El ámbito del amparo del derecho de libertad religiosa y las asociaciones”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1985, Vol. I, pág. 191 y 194 “La inscripción en el Registro del Ministerio de Justicia no es criterio último y definitivo para considerar a un ente como confesión religiosa y acreedor del amparo del derecho de libertad religiosa, toda vez que sólo nos habla de su personalidad jurídica ante el ordenamiento estatal”. Vid., no obstante, la STC 46/2001 de 15 de febrero, Fundamento Jurídico 7º, en el que quizás, a fuerza de destacar la trascendencia de la inscripción a efectos de considerar discriminatoria la denegación de la misma, quizás se acabe limitando en demasía la posición jurídica de aquellas confesiones que en ejercicio de su libertad no soliciten su inscripción. Como señala el voto particular de dicha Sentencia “las entidades religiosas se sitúan al margen y por encima de cualquier Registro oficial de ellas. No necesitan la concesión estatal de personalidad jurídica”.

³³ Sobre las características que definen al hecho religioso “acto de fe, de práctica cultural e implicación moral”. S. BUENO SALINAS, “El ámbito ...”, cit., pág. 186. En la jurisprudencia STS de 11 de junio de 1989 (RJ 5349). De enorme importancia es la reciente STC 46/2001 de 15 de febrero

por dichas Iglesias u organizaciones cuya ética se base en la religión. Una primera interpretación, la más simple y directa dada la confusa terminología del precepto, podría conducirnos a creer que con dicha referencia se trataría de abarcar fundamentalmente otras actividades de estos mismos entes no estrictamente religiosas, como serían las obras caritativas, de atención u orientación, de cuidado, alojamiento y fundamentalmente hospitalarias que han llegado a alcanzar una notoria importancia cuantitativa en otros países de la Unión Europea y que en sentido estricto no pueden considerarse como “iglesia”. Esta primera interpretación reflejaría así la realidad de algunos países europeos en los que buena parte de estos problemas se han generado en tales entes³⁴, o incluso de la propia normativa española que, como veremos más tarde, ha permitido el establecimiento de cláusulas de salvaguardia de su identidad religiosa y carácter propio no sólo en las Iglesias y Confesiones, sino también en “*las instituciones creadas por aquellas para la realización de sus fines*”. Pero no es posible dejar de señalar que esta primera interpretación plantea algunas dudas. La primera es que seguramente la mayor parte de estas organizaciones colaterales podrían y deberían subsumirse de forma más correcta y adecuada en el segundo tipo de entes a los que hace referencia este párrafo y sobre los que volveremos a continuación: esto es, las organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión, haciendo esta interpretación algo redundante. Igualmente a esta misma conclusión podría conducirnos el hecho de que estas actividades profesionales delimiten el ámbito de la excepción tanto en el caso de las Iglesias como en de las organizaciones cuya ética se base en la religión. Pero sobre todo, y en tercer lugar, porque como demuestra el uso de esta misma expresión en el párrafo primero del mismo artículo —e incluso en la misma denominación del precepto—, con la expresión “*actividades profesionales*” la directiva parece intentar referirse —aunque de forma realmente oscura— a las concretas prestaciones realizadas de forma profesional, estable y retribuida, incluidas en su ámbito de aplicación, y que normalmente escapan del ámbito estrictamente regulado por las reglas asociativas, eclesásticas o canónicas.

Desde esta segunda perspectiva, seguramente la más correcta, la conclusión sería que con esta expresión lo que la Directiva pretendería hacer es referirse exclusivamente a aquellas prestaciones o tareas realizadas profesionalmente a través de una relación normalmente laboral para estas Iglesias o sus entidades colaterales —que, en sentido estricto, no son Iglesia— que, de este modo, quedarían incluidas, en la medida de lo posible, en el segundo colectivo sobre el que después volveremos. De este modo, la referencia a actividades profesionales quedaría así destinada a centrar la protección de la directiva al único ámbito al que va expresamente referido: esto es, a las relaciones profesionales surgidas en el seno de estos entes pero que se rigen por el derecho privado, excluyendo en cambio, porque las mismas ni tan siquiera caen dentro

³⁴ Por poner sólo algún ejemplo W. DÄUBLER, *Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1994, pág. 913 y sig.

del ámbito de aplicación de la regla general —art. 1— a aquellas otras relaciones de culto que en ejercicio de la libertad religiosa de la organización y de la voluntad del individuo hayan quedado lícitamente excluidas de la normativa estatal —normalmente laboral— para ser reguladas a través de otras normas eclesiásticas o confesionales propias de cada organización. Estas relaciones y su estatuto quedarían así normalmente excluidas del ámbito no sólo de la directiva, sino incluso de los mismos ordenamientos estatales de los países miembros, al quedar reguladas por las normas internas de la confesión.

Por otra parte, no menos compleja se presenta en segundo lugar la interpretación del otro colectivo expresamente recogido en el art. 4.2 D. 2000/78: esto es, de las “*otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o en las convicciones de una persona*”. Y ello, sobre todo, porque la difícil delimitación de este segundo concepto puede llevar a ampliar o a restringir extraordinariamente el ámbito de la exclusión.

En este sentido, una primera cuestión que cabe plantear es si esta referencia a las convicciones de una persona como realidad distinta de la religión puede incidir directamente sobre la tradicional discusión —clásica en otros ordenamientos como el alemán— sobre la inclusión o no en esta protección de otras entidades agnósticas o ateas. A nuestro juicio el texto actual de la directiva y, sobre todo, la expresa referencia a este segundo colectivo, parece abrir esta posibilidad, aún con todas las cautelas que se quiera, otorgando así la misma protección o, si se prefiere simétrica, a aquellas organizaciones que en ejercicio de su libertad religiosa negativa o, si se prefiere ideológica en sentido amplio, optan por rechazar esta posibilidad³⁵. Y es que parece indudable que también en estas organizaciones agnósticas o esencialmente ateas las convicciones de determinados sujetos pueden convertirse en un requisito profesional esencial, legítimo y justificado, que, en caso de contravenir públicamente la orientación de su entidad, puede provocar la pérdida del empleo o la ocupación.

Pero los problemas no quedan aquí. Y ello porque según el diccionario de las RAE éstas “convicciones” serían el conjunto de ideas religiosas, pero también éticas o políticas a la que uno está fuertemente unido; esto es, el conjunto de creencias o valores que inspiran a cualquier individuo y configuran su ideología. Y el problema surge porque así interpretada, dicha mención podría provocar la incorporación a esta excepción no sólo de las confesiones religiosas, filosóficas o agnósticas, sino también de organizaciones políticas o incluso de cualquier tipo de organización que sea expresión de una determinada cosmovisión, de un conjunto de creencias, valores o ideales que quieran refle-

³⁵ Resulta de interés recordar la interpretación que del art. 18.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ha realizado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, plasmado en el Comentario general de 20 de julio de 1993, a cuyo tenor tal precepto “protege las creencias teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencias; los términos creencia o religión deben entenderse en sentido amplio”.

jarse o trasladar como mensaje propio de dicha organización: en definitiva, de toda organización ideológica en sentido amplio. A nuestro juicio, la única solución posible a este dilema es hacer en este punto el art. 4.2 tributario de la interpretación que se dé al mismo término en el art. 1 D. 2000/78/CE. Mientras mayor sea la amplitud de uno, más lo será del otro y viceversa. Y así mientras mayor sea la protección dispensada al individuo por el primero, mayor será el campo de la excepción establecida en el art. 4.2, incluyendo por tanto en el mismo a las organizaciones en las que se plasme colectivamente la correspondiente libertad, en la medida, claro está, en que ésta puedan exigir a determinados empleados una cierta orientación ideológica como requisito profesional, legítimo y justificado de su actividad profesional. Con todo, no nos gustaría dejar de señalar, como estas “convicciones” parecen identificarse con una visión general, con un sistema abierto o cerrado, flexible o rígido sobre la sociedad o la divinidad, del que debe excluirse lógicamente y necesariamente la concreta orientación ideológica que al final toda empresa o empresario posea u ostenta.

En cualquier caso, y para no extendernos en demasía, tan sólo querríamos realizar algunas puntualizaciones más sobre el ámbito de esta última expresión. En primer lugar, que aunque se hable siempre de organización, es evidente que la directiva nunca exige la ausencia total de un posible ánimo de lucro, aunque éste sea el supuesto más común o normal. Por tanto parece que en la misma podrán subsumirse tanto las organizaciones lucrativas como las no lucrativas, y tanto las organizadas empresarialmente como las que no, si bien se hecha en falta alguna mención a la necesidad de que este fin religioso o de convicciones sea público, predominante y principal. Y ello porque, aunque la Directiva utilice una terminología confusa, es obvio, en segundo lugar, que lo que se protege con ella es la necesaria orientación religiosa, ética o moral de la organización adoptada como reflejo de la de su propietario o titular y no —y esto es lo importante— la que éste pudiera tener y que intentara imponerse a sus empleados aunque no tuviera punto alguno de conexión con la actividad de la empresa. Y es que como ha recordado hasta la saciedad la doctrina alemana, lo importante es la orientación pública de la empresa y sus “productos” y no la convicción u orientación personal de su propietario. De ahí, por último, que bajo esta excepción sólo puedan quedar incluidas aquellas organizaciones que actual y no históricamente sean reflejo de una determinada orientación religiosa o de unas determinadas convicciones. Y que en cambio, sí puedan quedar subsumidas aquellas entidades formativas e informativas de iglesias y confesiones, mientras resulta más dudosa la inclusión de otras que aún siendo de titularidad eclesiástica no posean esta conexión específica con la plasmación o consecución de sus fines.

Por último, la referencia al posible carácter público de estas entidades quizás pueda causar sorpresa entre operadores jurídicos españoles dado que en nuestro ordenamiento la Administración Pública debe ser neutral ideológicamente. Pero no debe olvidarse que en otros ordenamientos centroeuropeos sí cabe otorgar el carácter confesional a determinados centros públicos. De ahí

simplemente la mención que, por otra parte, refleja en buena parte la concreta inspiración nacional de la que es en buena parte deudor el art. 4.2 de la presente directiva.

4.1.3. Deberes de buena fe y lealtad, trabajadores neutros y trabajadores de tendencia

Desde esta perspectiva, el art. 4.2 D. 2000/78/CE aborda la problemática laboral individual propia de estas organizaciones desde un doble plano, coincidente al menos en apariencia con la tradicional distinción entre tareas neutras y de tendencia que ha venido a generalizarse en los principales ordenamientos occidentales. Y es que si bien la Directiva permite en primer lugar a estas entidades exigir de forma genérica e indeterminada “a las personas que trabajen para ellas” “una actitud de buena fe y lealtad hacia la ética de la organización”, “actuando —eso sí— de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales”; limita, en segundo lugar, la posibilidad de que determinados tratamientos diferenciados por razones religiosas o de convicciones no sean considerados discriminatorios a aquellos supuestos en los que “por la naturaleza de la actividad profesional concreta de la que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización”.

Esta distinción demuestra, en primer lugar, que tales entidades no son, como ha veces se ha pensado, un campo global y automáticamente excluido de las reglas generales antidiscriminatorias contenidas en la Directiva. No todo tratamiento peyorativo por razones religiosas o de convicción resulta admisible en este tipo de entidades. Y es que tal posibilidad queda claramente limitada, incluso en la propia Directiva —aunque en ésta sea de forma más genérica y abierta— a lo que se han venido a denominar tradicionalmente en nuestra doctrina como tareas de tendencia.

En general este tipo de tareas se han venido a caracterizar en la mayor parte de los países de la Unión por el contenido ideológico o de marcado carácter representativo de la prestación a desarrollar; por el hecho de que la deuda de actividad a la que se obliga al trabajador esté íntimamente ligada a la consecución, realización y determinación de los fines ideológicos o religiosos de la organización. De ahí que sea este matiz o cualificación ideológica, esta “naturaleza de la actividad profesional” en la terminología de la Directiva, la que normalmente exija una cierta coincidencia ideológica entre el portador de la misma y la entidad para la que sirve. Y ello por dos razones básicas. La primera porque cualquier disidencia más allá de lo permitido por la propia organización en la ejecución de la prestación —y tendremos que estar por tanto a la peculiaridad en este punto de cada grupo— podría considerarse básicamente como un incumplimiento de las obligaciones asumidas contractualmente que permitiría lícitamente resolver el contrato. Y en segundo lugar, porque también la pública exteriorización de comportamientos incompatibles con tales creencias fuera del lugar y tiempo de trabajo podrían comprometer o incluso impedir la credibi-

lidad del mensaje haciendo éste inútil e imposible la propia ejecución de la prestación principal. Sería así nuevamente este matiz ideológico de la deuda de actividad la que exigiría al trabajador de tendencia una actuación pública extralaboral compatible al menos con su prestación. Y ello ya sea a través del genérico deber de buena fe o a través de la simple diligencia preparatoria de la obligación principal. Es en este campo, en definitiva, donde el “contexto en el que se desarrolle” la actividad profesional —el segundo criterio asumido por la Directiva— cobra mayor importancia. Y ello porque será en definitiva la valoración social y la misma compatibilidad con las enseñanzas de la confesión —cuestión ésta de siempre difícil valoración por un órgano judicial estatal— la que determine si dichas actuaciones son o no compatibles con el correcto cumplimiento de la prestación³⁶.

En definitiva, es este matiz ideológico de la deuda el que convierte a la coincidencia o compatibilidad ideológica entre el individuo y la organización en un requisito profesional legítimo, que justificará la distinción sólo cuando ésta sea esencial, esto es, necesaria para la correcta ejecución de la prestación y, por tanto, para la credibilidad del mensaje. Y de ahí que esta orientación ideológica del individuo pueda ser, en primer lugar, indagada válidamente por el empleador sin que el candidato pueda mentir u ocultar la misma ya que forma parte de su capacidad y aptitud para el trabajo; que, en segundo lugar, dicha coincidencia pueda ser igualmente valorada en el proceso de selección o ser causa válida de extinción del contrato durante el periodo de prueba; y que finalmente, su sobrevenida incompatibilidad pueda dar lugar en casos extremos a la extinción del contrato, aunque ésta seguramente sea la cuestión más compleja y la que quizás hubiera debido merecer una mayor atención por parte de la normativa comunitaria.

En este sentido, quizás convendría destacar que, obviamente, no toda discrepancia ideológica en sentido amplio entre el individuo y la organización ha de permitir o justificar estas medidas empresariales. Las discrepancias surgidas en el fuero interno del empleado, las dudas o incompatibilidades no exteriorizadas ni en su prestación ni en su actividad pública extralaboral, o que todo lo más, sólo se han exteriorizado en su círculo familiar o íntimo, y que por tanto, no han tenido trascendencia social, no parece que puedan justificar nunca tales actuaciones. Y ello porque tales dudas ni afectaron al cumplimiento de sus obligaciones ni han impedido la eficiencia del mensaje. El derecho, en definitiva, no puede valorar ni actuar sobre las creencias o convicciones que permanecen acalladas en el fuero interno, en la más profunda conciencia del trabajador³⁷.

³⁶ Más ampliamente sobre esta cuestión M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Libertad ideológica ...”, cit., pág. 431 y sig.; F.J. CALVO GALLEGO, *Contrato de trabajo ...*, cit., pág. 153 y sig.

³⁷ En la jurisprudencia española véase S.T.C. 47/1985 de 27 de marzo, B.O.E. n. 94 de 19 de abril, F.jco. 3°. En la doctrina española, por todos, J. APARICIO TOVAR, “Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas”, en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profesores Bayón Chacón y Del peso y Calvo*,

En segundo lugar, es obvio que esta excepcional posibilidad no debe servir como una peculiar patente de corso para que este tipo de empresas discriminen por otros motivos distintos a las creencias que constituyen su justificación. La distinciones o tratamientos peyorativos sólo son admisibles cuando éstos estén basados en incumplimientos contractuales o en la imposibilidad sobrevenida, sea culpable o no, de ejecutar las obligaciones deducidas del programa contractual. De ahí, por tanto, que no puedan considerarse en absoluto legítimas otras distinciones basadas en convicciones ajenas o extrañas a la concreta ideología de la que es soporte la organización. A ello seguramente quiere hacer referencia la propia Directiva cuando expresamente señala que esta excepción “no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo”. Cuestión distinta será la dificultad de prueba que en ocasiones esta limitación puede plantear y a la posibilidad, en ocasiones ciertamente problemática, de que un órgano estatal entre a valorar la compatibilidad o no de las actuaciones del empleado con la concreta ideología del empleado.

En tercer lugar, tampoco cabe olvidar como en la valoración de tales actos, sobre todo, extralaborales, habrá de tenerse siempre en cuenta la distinta carga ideológica que puede ostentar la prestación o la relevancia pública o interna del empleado, así como la conciencia social y del grupo. Y es que no todas las tareas de tendencia presentan esta misma cualificación o una misma intensidad “ideológica”, ni existe, por tanto, una tajante separación, como una estricta dicotomía, entre estas tareas ideológicas y las que después denominaremos neutras. No todo es blanco o negro, sino más bien una variada y riquísima gama de grises. De ahí que sean estos aspectos, la distinta carga ideológica de la prestación, su relevancia pública, e incluso el contexto y permisividad social y de la propia confesión o grupo, el que produzca una distinta intensidad de los deberes de comportamiento extralaborales que habrán de ser valorados caso por caso según las circunstancias concurrentes y el grado de compromiso ideológico que la prestación exija del empleado.

En cualquier caso, lo que quizás llame más la atención es que la directiva se limite a justificar estos actos peyorativos, sin establecer o mencionar si quiera una hipotética y correlativa obligación empresarial de intentar al menos readaptar la prestación a los cambios sobrevenidos en la ideología del trabajador. Esta razonable adaptación de la prestación, presente en otros sistemas como el norteamericano³⁸ —que, por cierto, reserva igualmente un trato laboral

Madrid, 1980, p. 296: “Las divergencias ideológicas por sí mismas son irrelevantes y sólo pueden ser tenidas en cuenta en la medida que tales divergencias se manifiesten ... incapacitadora de la prestación debida”; M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Libertad ideológica ...”, cit., p. 427: “Sólo en casos verdaderamente excepcionales podrá plantearse la oponibilidad de los derechos del trabajador y la organización, cuando trascienda al exterior el conflicto de forma tal que impida pura y simplemente el cumplimiento del contrato”.

³⁸ Vid. R PALOMINO LOZANO, “Objeción de conciencia y relaciones laborales en el Derecho de lo Estados Unidos”, en *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1991, pág. 908; S. DEL REY GUANTER, “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, en AAVV., *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, (coord. M.R. ALARCÓN CARACUEL), Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 50 y sig. a cuya bibliografía nos remitimos.

especial a este tipo de confesiones religiosas³⁹— hubiera podido establecerse como carga necesaria, todo lo limitada y condicionada que se quiera, para este tipo de actos. Pero la directiva ha preferido omitir toda referencia al mismo, lo que no debe entenderse como su rechazo, sino simplemente como el deseo de no exigir tal condición a todos los países miembros.

Finalmente, y por lo que se refiere al segundo párrafo del art. 4.2 D. 2000/78 es obvio que la referencia a la buena fe y lealtad del conjunto de los trabajadores no debe interpretarse como un inadmisibles deber de que todo empleado deba asumir expresa y públicamente las convicciones y creencias de la entidad, o que los mismos estén sometidos a un deber de lealtad que les obligue a someter la totalidad de sus intereses a los objetivos propios y específicos de la organización con independencia del contenido ideológico, representativo o no de su prestación. Es cierto que en aquellas prestaciones con contenido ideológico y representativo, dicha coincidencia ideológica ha de existir necesariamente para la credibilidad externa del mensaje. Pero en el resto esta coincidencia o incluso compatibilidad ideológica no parece necesariamente un requisito legítimo, justificado y necesario. Por ello con ambas expresiones la Directiva más bien parece querer hacer referencia a un genérico deber de no dañar pública e intencionadamente la imagen o creencias de la organización propio de todo empleado. Se trataría, por tanto, de aplicar igualmente a este tipo de empresas las reglas generales aplicables a cualquier otra organización, con la peculiaridad del fin esencialmente ideológico que subyace en la misma, sin que de ello pueda deducirse un sometimiento que vaya más allá de las reglas generales presentes en el ordenamiento y, en nuestro caso, de la genérica buena fe como elemento de heterointegración contractual y de limitación en el ejercicio abusivo de los derechos.

4.1.4. Naturaleza de la excepción: su carácter de posibilidad condicionada

Finalmente, no parece posible terminar este comentario sin antes mencionar un aspecto básico y que en buena parte condiciona todo el contenido de la directiva. Y es que en este aspecto, la Directiva no pretende en absoluto uniformar rigidamente las normas o prácticas nacionales, sino tan sólo respetar situaciones preexistentes, estableciendo todo lo más topes máximos que dada su amplitud no parece que vayan a suponer graves problemas de adaptación en los distintos países miembros.

En este sentido, no cabe olvidar que esta excepción aparece más como una mera posibilidad abierta de forma condicionada a los Estados miembros, que

³⁹ Vid. D. LAYCOCK, “Towards a general theory of the religion clauses: the case of Church Labor relation and the right to Church Autonomy” en *Columbia Law Review*, Vol. 81, Noviembre de 1981, no. 7, p. 1373 y ss, y D. L. WILLEN, “NLRB regulation of religiously-affiliated schools: the Board’s current jurisdictional test”, en *Industrial Relations Law Journal*, vol. 13, 1991, p. 38 y ss.

como una auténtica imposición exigible de forma inevitable a los mismos. El art. 4.2 de la Directiva no pretende establecer de forma directa y necesaria la legitimidad de tales actos. Muy al contrario, lo único que hace en este punto el precepto —en estrecha conexión con el art. 8.2 del mismo cuerpo normativo— es autorizar a los Estados miembros para que éstos libremente puedan mantener legislaciones que legitimen tales actos, siempre que tales legislaciones o prácticas nacionales ya existiesen en el momento de adopción de la citada Directiva. En caso contrario, en el supuesto de que tales normas o prácticas no existiesen, dicha excepción nunca sería admisible, fosilizando a favor de los empleados de estas empresas la situación preexistente. De ahí la importancia de la situación legal y las prácticas nacionales existentes en tal fecha en cada uno de los Estados miembros. Y del mismo modo, parece lógico que tampoco la preexistencia de tales normas impondría necesariamente su mantenimiento, quedando esta opción a la libre voluntad de los correspondientes órganos estatales que podrían así decidir su mantenimiento o su mera supresión. Esta es la única conclusión que cabe extraer del art. 8 de la propia Directiva cuando señala su carácter “mínimo” y, por tanto la posibilidad de que los estados miembros puedan adoptar disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad.

En cualquier caso, llama la atención la referencia expresa a las denominadas prácticas nacionales, ausente en otras excepciones similares como la establecida en el art. 8.3 de la Directiva 94/45/CE de 22 de septiembre. Seguramente con ella se quiere hacer mención no sólo a posibles normas convencionales vigentes en dicho momento, sino también y sobre todo a orientaciones jurisprudenciales específicas y propias en esta materia. Y ello porque en este campo, la práctica indica que la mayor parte de países occidentales carecen de una regulación heterónoma, específica y global para estos supuestos, delimitándose el concreto marco normativo en una serie de decisiones judiciales que buscan y concretan en cada caso el delicado equilibrio de intereses presente en estos casos.

4.2. Tareas de tendencia en empleadores neutros

Por otra parte, y como ya hemos señalado, la limitación de esta excepción a algunas de las empresas de tendencia, y en especial a Iglesias y otras confesiones, plantea algunos problemas cuando nos enfrentamos a supuestos peculiares como lo son, por ejemplo en nuestro país, las prestaciones materialmente religiosas desarrolladas en empleadores en teoría exquisitamente neutros. Y ello porque el principio de colaboración con la Iglesia Católica y determinados preceptos de los Acuerdos con la Santa Sede han hecho que el Estado español haya acabado siendo el “empleador” de sacerdotes en las Fuerzas Armadas, Hospitales y —sobre todo desde una perspectiva numérica— de docentes de religión católica, cuya subsunción o no en esta excepción plantea por tanto algunos problemas⁴⁰.

⁴⁰ Por todos, J. DE OTADUY GUERIN, Régimen jurídico español del trabajo de eclesiásticos y de religiosos, Madrid, 1993.

Dejando a un lado que seguramente en algunos de estos casos estamos ante una de las más claras manifestaciones de la insuficiencia de la figura unilateral del empresario, a nuestro juicio es obvio que dichas tareas deben incluirse expresamente en la excepción general contemplada en el primer párrafo del art. 4 de la Directiva; como de hecho también debieran serlo todas las restantes prestaciones en las que esta cualificación religiosa, filosófica o ética sea un requisito justificado, legítimo y esencial aunque el empleador sea en esencia exquisitamente neutro o incluso utilice empleados de muy distinta o incompatible orientación con el fin de satisfacer las distintas “necesidades”, por ejemplo religiosas, de sus clientes. Y ello porque también en estos casos la coincidencia ideológica, la compatibilidad entre el mensaje del sujeto es un criterio necesario para el correcto cumplimiento de una obligación contractual plenamente legítima y justificada.

En cualquier caso, lo que quisiéramos destacar es que todos estos casos vienen a demostrar que, al menos a nuestro juicio, la excepción específica de las empresas de tendencia no es sino una concreción de un problema más amplio o general; un caso concreto que, paradójicamente, recibe mayor atención que el supuesto esencial. Y ello porque si bien es obvio que la mayor parte de estos problemas ideológicos surgen en las empresas de tendencia, que, además, en algunas de ellas subyace también la dificultad de coordinar ordenamientos autónomos e independientes, no lo es menos que los conflictos ideológicos y su solución son en realidad un problema más general, tradicionalmente englobado bajo la problemática objeción de conciencia, y que se relaciona más con la incompatibilidad entre la legítima prestación a la que el empleado viene obligado contractualmente y sus legítimas creencias. En otras palabras: es obvio que los más frecuentes conflictos ideológicos y religiosos entre el trabajador y sus deberes laborales legítimamente impuestos se producirán en este tipo de empresas; de hecho ésta es la razón por la que normalmente se menciona —como es el caso— a estas empresas como la excepción más relevante a la regla general de irrelevancia laboral de la ideología del empleado o candidato. Pero no cabe olvidar que la contradicción entre las legítimas obligaciones laborales y la religión o ideología del trabajador también puede producirse más allá de estas organizaciones, en entidades que sin ser en sentido estricto religiosas, o ni tan siquiera de tendencia, requieran una concreta prestación ideológica justificada, esencial y no arbitraria por el empleador, o en las que el contenido de aquella pueda chocar, originaria o sucesivamente con las creencias o ideología del trabajador. Por ello incluso podríamos decir que en este caso las empresas de tendencia —o, rectius, las tareas de tendencia— no serían sino una simple especificación de un problema más general que sin embargo omite en gran parte la directiva: el conflicto entre la ideología del trabajador y sus obligaciones o deberes laborales.

5. ALGUNAS CUESTIONES APARENTEMENTE NO ABORDADAS: OBJECCIÓN DE CONCIENCIA, TIEMPOS DE TRABAJO Y APARIENCIA FÍSICA

5.1. Objeción de conciencia y compatibilidad ideológica como requisito profesional

Este aparente silencio podría en principio interpretarse, de forma ciertamente apresurada, como la teórica necesidad de aplicar a estos casos la regla general de prohibición de discriminación. En estos casos, cabría pensar que una persona habría sido tratada de forma menos favorable que otra en situación análoga por uno de los motivos contemplados en el art. 2.1 de la directiva: en este caso, su libertad religiosa o de conciencia que le impediría cumplir con una obligación laboral, previamente asumida, plenamente legítima y justificada. De este modo, acabaría por admitirse una especie de excepción contractual que impediría cualquier reacción de la contraparte ante incumplimientos que pretendieran ampararse en la ideología del deudor.

Y, sin embargo, no pensamos que del texto de la Directiva quepa extraer tal conclusión. En realidad, en este caso ni tan siquiera pensamos que exista tal silencio legal. Y es que de hecho, nada impide considerar que en tales supuestos la normal compatibilidad ideológica entre el empleado y su prestación constituye igualmente un requisito profesional, implícitamente admitido por ambas partes al dar a conocer el empleador la prestación y al asumir el empleado su realización. Dicha compatibilidad se convierte así en una característica profesional esencial y determinante en la medida en la que su ausencia podría provocar la incapacidad ideológica del sujeto para realizar su concreta deuda. Por ello, bastaría con que el objetivo de la prestación fuese legítimo —lo que facilitaría la lícita objeción ante órdenes ilegales— para considerar lícita esta distinción por la vía genérica del art. 4.1 de la directiva. Cuestión distinta sería obviamente su calificación en el derecho interno de cada país.

De este modo, la directiva 2000/78 en nada impediría una interpretación que, permitiendo la modalización de los derechos fundamentales laborales inespecíficos por las lícitas obligaciones deducidas del contrato, considerase meros incumplimientos contractuales la inactividad del deudor motivada por la incompatibilidad sobrevenida u originaria de la misma con sus creencias o convicciones. Y que por tanto asumiese la doctrina aparentemente mayoritaria en los países occidentales y que, salvo determinadas excepciones legales como la atención sanitaria en los supuestos de interrupción del embarazo, parte de una regla general similar a la aplicada en las empresas ideológicas; esto es, que las creencias ideológicas o las convicciones religiosas del empleado no permiten a este exonerarse impunemente de los correspondientes deberes laborales que voluntariamente haya aceptado, siempre que estos sean legítimos y no contrarios a la ley, a la dignidad o la libertad del ciudadano⁴¹.

⁴¹ En España, baste con recordar la tan mencionada STC 19/1985 de 13 de febrero y las STS de 30 de octubre de 1978 (RJ 3937) y de 3 de mayo de 1978 (RJ 1881). En la

Sin poder detenernos más en un tema que desborda las limitadas posibilidades de este comentario, tan sólo nos gustaría resaltar como tal posibilidad de distinción se reconoce incluso cuando dicha incompatibilidad se haya producido por la sobrevenida alteración de las creencias del sujeto, si bien en estos casos no son pocos —y entre ellos nos incluimos— los que postulan la necesidad de que la empresa intente al menos como deber deducido también de la buena fe una razonable adaptación de la misma que impida finalmente que el conflicto ideológico acabe en un mero incumplimiento contractual⁴².

5.2. Tiempos de descanso, apariencia física y vestimenta

En cualquier caso, llama igualmente la atención que la directiva no contemple o haga mención alguna a los problemas que para todos estos colectivos puede plantear la aplicación indiscriminada de una normativa laboral que, en ciertos aspectos, sólo puede justificarse por la larga tradición católica que ha impregnado dicha regulación hasta nuestros días; o, desde otra perspectiva, los

doctrina, mantiene una posición clásica M. ALONSO OLEA *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T/III, Civitas, Madrid, 1986, p. 51. En este mismo sentido, U. SCHEUNER, "Fundamental rights ...", cit., p. 265: "He cannot normally invoke equality of the freedom of conscience against freely entered contractual obligations (e.g. a worker in an arms factory cannot withhold his labour because he objects to war; if he has conscientious objections he must find another job". De forma más matizada, W. DÄUBLER, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 623 y sig.. En Italia la posición mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia —Sentencia de la Pretura de Milano de 19 de diciembre de 1981, en *Lavoro e Previdenza Oggi*, 1982, 2, p. 350 y ss., y también en *Giustizia Civile*, 1982, I, p. 1077— era que "no existe, salvo la ley 194 de 22 de mayo de 1978, para el personal sanitario y auxiliar —posteriormente se han firmado algunos acuerdos en este sentido con organizaciones religiosas— ninguna norma general que atribuya la facultad de rechazar la prestación laboral cuando ésta entre en contradicción con las convicciones políticas, religiosas o sindicales del empleado. En el mismo sentido, Pret. Milano de 25 febbraio 1982, en *Il Diritto del Lavoro*, II, p. 252 y ss. y también en *Orientamento della Giurisprudenza del Lavoro*, 1982, p. 231 y ss.. En la doctrina, A. FONTANA, "Obiezione di coscienza in fabbrica?", en *Il Diritto del Lavoro*, 1982, II, p. 253 y ss.; ID. "Ancora sull'obiezione di coscienza nei luoghi di lavoro", en *Il Diritto del Lavoro*, 1983, II, p. 182-184; G. MANNACIO, "Rifiuto del dipendente di svolgere lavoro ritenuto contrario alla propria ideologia. Sanzione disciplinare-legittimità" en *Informatore Pirola*, 1982, p. 1851 y ss.; ID., "Rifiuto del dipendente di svolgere lavoro ritenuto contrario alla propria ideologia. Sanzione disciplinare-legittimità", nuevamente en *Informatore Pirola*, 1983, p. 392; F. ONIDA, "L'obiezione di coscienza nelle prestazioni lavorative", en AAVV, *Rapporti di lavoro e fattore religioso*, Jovene Editore, Napoli, 1988, p. 232; A. VITALE, "Obiezione di coscienza e rapporto di lavoro" en *Giustizia Civile*, 1982, p. 1081.

⁴² Vid. S. DEL REY GUANTER, "Contrato de trabajo ...", cit., pág. 50 y sig.; W. DÄUBLER, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 623-624. Hemos abordado con algo más de profundidad este problema en *Contrato de trabajo ...*, cit., pág. 247 y sig. De extremo interés a estos efectos —aunque aborde la cuestión de una forma algo colateral— la STC 99/1994 de 11 de abril.

problemas que igualmente puede suscitar la presencia bastante extendida en nuestras empresas de cánones de apariencia física o vestimenta que podrían llegar a ser incompatibles con ciertos aspectos de sus creencias y que en buena parte reproducen una determinada visión ideológica presente en nuestra sociedad. Ejemplos de todo ello serían, por citar sólo algunos casos, la imposición casi generalizada del domingo como día de descanso semanal y, por tanto, la obligación de trabajo los sábados, la frecuente recepción de fiestas cristianas como festivos oficiales, o la obligación de rasurado o de vestimenta —o de ausencia de ésta en el caso del chador— exigibles en ciertas actividades o empresas bajo la genérica remisión a su derecho a fijar una determinada imagen corporativa en la que, elementos extraños o, si se nos permite, incluso “exóticos” podrían llegar a suponer un problema para su clientela.

En este punto, lo único que señala la directiva en su art. 7 es que el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al Derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1. Pero en cambio, ni impone expresa y directamente una adaptación, o al menos, un intento de adaptación de estas reglas generales de tiempos de descanso por parte del empresario —previa petición justificada de alguno de sus empleados, obviamente— como sucede ya en determinados Acuerdos del Estado Italiano con confesiones religiosas⁴³, ni se señala claramente la solución que deba darse a estos conflictos, por ejemplo, de apariencia o vestimenta, en los que la controversia se plantea no ya tanto con un hipotético derecho a la propia imagen del trabajador⁴⁴ —ineficaz a estos efectos— o de discriminación por razón de género, como ocurre normalmente en los Estados Unidos⁴⁵ sino, y sobre todo, con su específica y concreta libertad religiosas o de creencias y convicciones. Es más, la ausencia de toda referencias a

⁴³ Art. 3 del Acuerdo entre el Estado Italiano y la Comunidad Israelita italiana “La República italiana reconoce a los hebreos el derecho a observar el reposo sabático Los hebreos que dependan del Estado, de entes públicos o privados o que ejerzan una actividad autónoma o comercial ... tienen derecho a disfrutar, si así lo requieren, del reposo del sábado como descanso semanal. Este derecho se ejercerá en el cuadro de la flexibilidad de organización del trabajo. En los demás casos, las horas laborales no trabajadas el sábado serán recuperadas en domingo o en otros días laborables, sin derecho a compensación extraordinaria” —apud S. DEL REY GUANTER, “Contrato de trabajo ...”, cit., pág. 50.-.

⁴⁴ STC 170/1987. En la doctrina, F. PÉREZ DE LOS COBOS, “Sobre el derecho a la propia imagen” en *poder Judicial*, 1988, n. 10, pág. 75 y sig. Entre nuestros Tribunales Superiores de Justicia véase las distintas soluciones adoptadas en la STSJ de Baleares de 25 de junio de 1994 (AS 2621) y STS de 12 de febrero de 1986 (RJ 749) —licitud del despido por barba— y la STSJ de Madrid de 26 de marzo de 1992 (AS 1643).

⁴⁵ M. EVAN GOLD, *An Introduction to the Law of Employment Discrimination*, 1993, ILR Bulletin 68 ILR Press, Cornell University, pág. 8 B. LINDEMANN, P. GROSSMAN, *Employment Discrimination Law*, Vol. I, pág. 462 y sig. 1996, pág. 462 y sig.; 1996 *Guide to Fair Employment Practices*, CCH Incorporated, 45-1 y sig.

estas cuestiones resulta aún más llamativa si las comparamos con lo establecido en relación con los discapacitados en el art. 5 y el relativo derecho de adaptación de la prestación. Y ello quizás refleje una cierta visión de la Directiva que, en relación con este derecho, parece partir de un principio de neutralidad en la que el empresario debería “soportar” y no interferir en la actividad religiosa o ideológica de su trabajador sin conexión con su trabajo, pero en la que tampoco estaría obligado a facilitar su ejercicio intentando adaptar la prestación al más amplio disfrute de este mismo derecho fundamental.

Ahora bien, este silencio de la Directiva tampoco significa —al menos a nuestro juicio— que los trabajadores afectados por estas medidas carezcan de algunos medios de defensa en el plano comunitario, aunque estos sean limitados. Y es que podría igualmente plantearse hasta que punto la exigencia rígida e injustificada de estos tiempos de trabajo o de vestimentas o apariencias incompatibles con las creencias de estos individuos sin dar al menos una justificación objetiva y razonable, no podrían llegar a considerarse como una medida de discriminación indirecta; esto es, una medida que, aparentemente neutra, posee sin embargo efectos negativos y desproporcionados para un sector de la población identificado por su orientación religiosa o convicciones. Y ello porque si se admitiese esta nueva perspectiva, el empresario para eludir el carácter discriminatorio indirecto de tales actos vendría obligado a demostrar —art. 2.1 D. 78/2000— que dicha disposición, criterio o práctica podría justificarse objetivamente con una finalidad legítima —aseo, higiene, seguridad y salud, ...etc.- y que los medios para conseguir dicha finalidad han sido adecuados y necesarios⁴⁶, lo que abriría un cierto campo a un hipotético deber empresarial de adaptación o a una exigencia más limitada o reducida de tales rasgos o vestimentas. Pero en cualquier caso, tendremos que esperar a futuros pronunciamos del Tribunal de Justicia en esta materia, sin que las decisiones nacionales en esta sede permitan por el momento aventurar una adecuada protección a estos colectivos.

6. LOS MECANISMOS DE TUTELA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Ya por último, y con alcance común a todas las causas de discriminación contempladas en ella, los art. 9 a 13 de la Dir. 2000/78 enuncian una variada serie de medidas de tutela frente a la discriminación y —cabe añadir para el caso que nos ocupa— de los derechos tutelados aun indirectamente por ella.

⁴⁶ En relación con el derecho norteamericano M. A. PLAYER, *Employment Discrimination Law*, West Publishing, 1988, pág. 388 señala como “An employer may dictate clothing styles and impose rules regarding the growth of beards and the length of hair. If the proscribed attire is required by the employee’s religious beliefs, the rule would be a form of religious discrimination as defined by § 791(j). It could be justified only by showing that allowing beards or nonconforming clothing posed an “undue hardship” on the employer’s business”

La primera serie de mecanismos de tutela son fundamentalmente preventivos, y se insertan en la promoción del diálogo social y la negociación colectiva de contenido no discriminatorio, en el sentido más típico con que los términos se van consolidando en el ámbito comunitario (art. 13)⁴⁷, y en parecidos términos cabe hablar del deber de divulgación de la normativa existente al efecto en cada Estado y en los lugares de trabajo especialmente (art. 12). El diálogo con organizaciones no gubernamentales “*que tengan, con arreglo a las organizaciones y prácticas nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación*” es, en este sentido, algo más original, en la línea con las previsiones que para el obrar de la Comisión se contienen en el art. 3.1.b) de la Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2000, ya citada, y que abre el campo de los llamados a dialogar, no sólo a organizaciones finalista-mente orientadas a la lucha contra la discriminación, sino también y dadas las características de la libertad ideológica, a organizaciones que constituyen la vertiente colectiva de la libertad ideológica cuyo ejercicio se preserva con la prohibición de discriminación.

Con carácter reparador y fundamentalmente procesal se articulan las medidas reguladas en los arts. 9 a 11 de la Directiva, que traen a su ámbito, una vez más, los resultados de la experiencia adquirida en el campo de la lucha contra la discriminación por razón de sexo dentro de la propia Unión Europea. Tal es el sentido del reconocimiento general del compromiso de los Estados de *implantar medios de solución extrajudicial o judicial de conflictos* en los que pueda conocerse sobre pretensiones en las materias contempladas en la Directiva (art. 9). Tal es, asimismo, el sentido de la consagración de una legitimación colectiva para la defensa de esos mismos derechos, que incumbirá a las organizaciones que posean interés legítimo en las materias sobre las que versa la Directiva (supuestos estos en los que se encuentran comprendidas tanto ONGs cuya finalidad sea la lucha contra la discriminación como organizaciones que porten en sí mismas la ideología, como dimensión colectiva de la libertad ideológica y religiosa), una intervención en el proceso, parece, orientada tanto a la defensa de intereses propios como basada en el apoderamiento voluntario de la persona o personas afectadas por la diferencia de trato; sobre esta voluntariedad hace especial hincapié la norma comunitaria. En principio, nada se establece acerca de la naturaleza de estos procedimientos, que podrán ser los ordinarios o creados especialmente con esta finalidad, si bien, en este último, caso, la Directiva pone cuidado en recordar expresamente la necesidad de salvaguardar la celeridad.

El ejercicio de las acciones expuestas no podrá traer como consecuencia perjuicio alguno para el actor, así lo prevé la Directiva cuando impone la necesidad de articular sistemas de tutela frente a represalias consistentes en “*el*

⁴⁷ Vid. art. 18 de la Directiva, sobre la posibilidad y los plazos para la transposición de la Directiva a través de Convenios Colectivos en el ámbito específico de actuación de éstos.

despido o cualquier otro trato desfavorable” (art. 11) por el recurso ante los Tribunales o las autoridades competentes. Dichos sistemas —como por lo demás también ha sucedido en relación con la discriminación por razón de sexo— quedan remitidos a la práctica y a la legislación de cada Estado miembro, admitiéndose de esa forma una amplia variedad que puede abarcar desde mecanismos procesales de alivio de la actividad probatoria de quien alegue la existencia de una represalia hasta la implantación de periodos de impunidad subsiguientes al ejercicio del derecho de reacción cuya tutela se pretende, y en todo caso, la nulidad del acto u omisión del empresario en que consista el concreto acto de represalia o la adaptación de las medidas que procedan para volverlo ineficaz⁴⁸.

Culmina la Directiva este apartado procesal especificando reglas de reparto de la carga de la prueba en el ejercicio de las acciones que procedan ante los jueces o Tribunales ó ante las autoridades competentes de cada país miembro (art. 10). La técnica seguida por la norma —una vez más, con el precedente de la discriminación por razón de sexo— es la descripción de una distribución de la carga de grado medio, que no excluye una inversión total de la carga de la prueba (art. 10.2), pero que tampoco la impone. De este modo, a las alegaciones y a la prueba de la parte demandante que permitan presumir que ha existido una discriminación, sucederá la necesidad de que la parte demandada demuestre “*que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato*”, se entiende que evidenciando la justificación de su conducta, ajena a toda finalidad discriminatoria. Este fenómeno probatorio se proyectará sobre todos los procedimientos en los que se alegue la existencia de alguna discriminación por motivos ideológicos, incluidos aquéllos otros en los que el demandante sea una organización colectiva en los términos del art. 9.2, y con la exclusión obligatoria de los procesos penales, por el juego necesario de la presunción de inocencia (art. 9.3) y la exclusión eventual, supeditada a la libre elección de cada Estado, de “*los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente*” (art. 10.5).

7. EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA EN EL ACTUAL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Finalmente, sólo queda por señalar el posible impacto de la directiva sobre el Derecho español. En principio, y en líneas generales no parece que la misma vaya a obligar a ningún cambio dentro de nuestro sistema legal o en las prácticas convencionales o jurisprudenciales de nuestro sistema.

⁴⁸ La indemnización de la víctima es otro de los ámbitos posibles previstos como de reacción general del Estado frente a la discriminación por cualquiera de las causas contempladas por la Directiva. Una indemnización, y, en general, un conjunto de sanciones, que han de ser “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*” (art. 17).

La prohibición de discriminación por razones religiosas o políticas en los art. 17.1 y 4.1.c) ET, unida a la eficacia horizontal y directa del art. 14 ET y el desarrollo de la misma en la LOLR 7/1980 de 5 de julio, constituyen de por sí un abigarrado grupo normativo que no parece requerir modificación alguna para transponer ni los principios ni las ideas básicas contempladas en la misma. La tutela multidireccional, en todos los aspectos de la relación laboral y el empleo diseñada en la Directiva aparece ya suficientemente cubierta en nuestro ordenamiento, del mismo modo que la experiencia de la discriminación por razón de sexo ya ha incorporado a nuestro ordenamiento otros conceptos tomados de esta misma fuente por la Directiva, como la discriminación indirecta o las acciones positivas.

En realidad, esta misma inspiración de toda la Directiva es la que igualmente, hace que la misma apenas presente aspectos novedosos en materias de recursos y cumplimiento. Tanto la Ley de Procedimiento Laboral como las respectivas normas procesales contemplan mecanismos rápidos y sumarios para luchar contra cualquier posible violación de tales derechos. Y algo similar cabría decir en relación con la carga de la prueba, la protección contra represalias o el uso del diálogo social. Estos mecanismos procesales o de tutela e información ya han sido interiorizados legal o jurisprudencialmente en nuestro país y no parece que la transposición de esta Directiva requiera alteración alguna del marco actualmente vigente en nuestro sistema.

En cualquier caso, lo que sí es posible constatar es que en nuestro país existía y aún existe a la fecha de aprobación de la Directiva una práctica consolidada que dentro de numerosos límites, equilibrios y correcciones, permite a determinadas empresas ideológicamente orientadas realizar lícitamente tratamientos peyorativos a sus trabajadores de tendencia por razones ideológicas públicamente conocidas e incompatibles con su prestación. Seguramente esta excepción es mucho menos amplia que en otros países de la Unión en los que —al menos aparentemente— se basa el art. 4.2 de la Directiva. Buena prueba de ello es la timidez del art. 6.2 LOLR o las restricciones de algunas Sentencias del Tribunal Constitucional⁴⁹, sobre todo si las comparamos con su homólogo alemán. Pero ello no impide que existan estos supuestos, que pueden encuadrarse claramente dentro de las excepciones del art. 4.2, e incluso del art. 4.1 cuando se trata de portadores de tendencia en empresas neutras, y que por lo tanto, nada obstaculice —aunque tampoco imponga desde una perspectiva estrictamente comunitaria— su mantenimiento en nuestro país.

Por último ya hemos señalado como nuestro sistema tampoco posee reglas claras sobre los problemas generados por la objeción de conciencia o las limitaciones que la vestimenta o apariencia física pueda suponer desde la perspectiva de la libertad ideológica y religiosa. Lo único que existe es una línea juris-

⁴⁹ Buena prueba de ello es la STC 106/1996 de 12 de junio. Un comentario de la misma en J. GORELLI HERNÁNDEZ, "Libertad de expresión, ideario de la empresa y despido", en *Actualidad Laboral*, 1997, n. 6.

prudencial clásica que, al menos en relación con los tiempos de descanso, legitimó un despido disciplinario por los consiguientes incumplimientos del trabajador⁵⁰ —lo que no dejó de ser criticado, a nuestro juicio acertadamente, por un sector de nuestra doctrina—, y, al menos desde el año 1992 una serie de acuerdos con tres confesiones religiosas en los que se incluye normalmente la posibilidad de descansos semanales alternativos, o incluso de fiestas laborales alternativas, "siempre que medie acuerdo entre las partes", lo que desde luego dista bastante de reflejar ni tan siquiera un mínimo deber de adaptación de la prestación a las necesidades ideológicas de estos empleados⁵¹, un punto éste cuya deficiencia si merecería una evaluación legal integradora.

⁵⁰ STC 19/1985 y la doctrina jurisprudencial ya citada.

⁵¹ Véanse los respectivos art. 12 del Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Entidades Evangélicas de España, del Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Comunidades Israelitas de España y del Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España refrendados por las Leyes 2, 35 y 36/1992 de 10 de mayo.