

LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL EN LAS EMPRESAS*

- Resumen:

Esta ponencia se centra en analizar y hacer una delimitación precisa sobre la fundamentación jurídica de la gestión de la diversidad cultural en las empresas. Ello con objeto de promocionar y advertir sobre su necesaria implantación, más allá de las prácticas empresariales unilaterales y voluntaristas, que se siguen demostrando insuficientes. A modo de introducción se identifican brevemente los elementos que perfilan la identidad cultural y su incidencia en las situaciones de desigualdad, discriminación, explotación y exclusión de las personas en el mercado de trabajo. Ello se hará mediante el análisis de los informes oficiales que recogen estadísticas al respecto.

Del estudio de los datos se extraen dos principales ideas: en primer lugar, que cuando se trata el tema de la diversidad cultural en el ámbito laboral resulta inevitable centrarse en las personas inmigrantes. No obstante, y debido a que el objeto de esta ponencia es la gestión de la diversidad cultural en las empresas y no analizar la problemática relacionada con los asuntos legales de la inmigración, situaremos nuestro punto de partida cuando la persona, independientemente de su nacionalidad, se encuentra realizando una actividad productiva en situación administrativa regular. En segundo lugar, se observa que el tratamiento de la diversidad cultural en el ámbito laboral exige un abordaje jurídico que parta la estrecha relación entre la raza, el origen étnico y la religión como causas de discriminación que se fusionan o adicionan dependiendo de la realidad social existente. A las que, además, se suman otras como el género, la orientación sexual, la discapacidad, o el estatus socioeconómico, el nivel formativo, etc. De esta forma se concluye que resulta indispensable considerar los fenómenos de desigualdad compleja (discriminación múltiple o discriminación por asociación), puesto que la correcta consideración jurídica de estos fenómenos de movilidad o adición entre los factores de desigualdad o las causas de discriminación es muy trascendente en aras de garantizar la diligente tutela de los derechos fundamentales involucrados en la diversidad cultural de las personas trabajadoras.

En relación con la tutela jurídica de la diversidad cultural se encuentran involucrados varios de los derechos fundamentales de las personas previstos en nuestra Constitución, desde el derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art.14 CE), hasta derechos sustantivos como, el derecho a la igualdad (art.14 CE), el derecho de libertad religiosa y de culto (art. 16 CE) y otros de forma transversal como, el derecho a la vida,

* La presente ponencia se presenta exclusivamente como material didáctico (no se autoriza su difusión) y constituye una actualización y ampliación del siguiente capítulo de libro publicado por la investigadora: Jalil Naji, M., “La diversidad religiosa en el ámbito laboral: problemas y soluciones”, en, *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*, Martínez Fernández S. (coord.), Mella Méndez L. (dir.), Vol. 2: Cambios sociales y nuevos retos para la igualdad y la salud: España, Portugal, Francia, Italia, Brasil, edit. Peter Lang, Suiza, 2017, pp. 79-111, (ISBN 978-3-0343-2840-1).

a la integridad física y moral (art. 15 CE) y el derecho a la dignidad de la persona (art. 10 CE).

La forma de delimitar jurídicamente nuestro ámbito de estudio será concretando cuál es el contenido afectado. Esto es, se trata de delimitar jurídicamente cuál es el contenido esencial de tales derechos sobre el que se fundamenta la obligación de gestionar la diversidad cultural en las organizaciones productivas. Al respecto, si la gestión de la diversidad en las empresas trata de incentivar y tutelar las diferencias por razones culturales de las personas trabajadoras, significa que lo que se busca es dotar un marco que permita garantizar la faceta prestacional de los derechos sustantivos más que procurar prevenir las conductas antidiscriminatorias.

Sobre esta base, y en la medida también en que el estudio de la diversidad étnica en el entorno laboral se abordará específicamente por otra de las ponencias previstas en el curso, nos ha parecido idóneo centrar nuestra intervención en la obligación de gestionar la diversidad cultural en las empresas atendiendo especialmente al derecho fundamental de libertad religiosa y de culto (art. 16 CE). Esta preferencia se basa especialmente en que consideramos que de los diferentes bienes jurídicos involucrados en la gestión de la diversidad cultural en las empresas, el derecho fundamental a la libertad religiosa y su vinculación con el derecho a la seguridad y salud en el trabajo suponen el fundamento jurídico más sólido en aras a superar la perspectiva clásica del derecho antidiscriminatorio. La prohibición de discriminación por sí misma se viene demostrando ineficaz (como se especificará), para exigir a las organizaciones productivas la adopción de una postura proactiva (preventiva) de gestión de las diferencias culturales y que no se base exclusivamente en la reparación o en la no injerencia (neutralidad).

Con este objetivo, en primer lugar, se procederá a un breve recorrido por el contenido del derecho a la libertad religiosa y de culto, haciendo referencia a los principales pronunciamientos judiciales en el ámbito nacional, supranacional e internacional. Luego, se concretará como la convergencia entre el derecho fundamental de libertad religiosa y de culto (art. 16 CE) y el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), o más concretamente en nuestro ámbito, el derecho a la seguridad y salud laboral (arts. 40 y 43 CE), constituye el fundamento jurídico más preciso de la obligación de gestionar la diversidad cultural en la empresa.

La última parte de la ponencia se dedicará a la vía que se considera más idónea para la instauración de medidas dirigidas a gestionar la diversidad cultural en la empresa, que será la negociación colectiva a través del establecimiento de los planes de diversidad (planes de diversidad cultural, planes de diversidad de origen...). Finalmente, repasaremos cuál deberá ser el objeto al que deberán responder las medidas que se negocien, y citaremos, a modo de ejemplo, algunas medidas previstas en convenios colectivos sectoriales y de empresa que ya están abordando la materia.

- Introducción:

A falta de una ley en nuestro ordenamiento jurídico que concrete la obligación de que las organizaciones productivas adopten políticas dirigidas a la consecución de la diversidad cultural en su seno, nuestro marco normativo se caracteriza por la desregularización cuasi absoluta en lo que concierne al ejercicio de los derechos relacionados con la diversidad cultural de las personas en la empresa. Con carácter general, no existen previsiones legales que busquen tutelar específicamente frente a la desigualdad laboral causada por las diferencias culturales de las personas, más allá de la prohibición de discriminación por razón nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art.14 CE). No obstante, la falta de concreción y desarrollo legal no significa que no exista fundamentación jurídica suficiente en lo que concierne a la obligación de que las empresas adopten políticas de gestión de la diversidad cultural consecuentes con el debido respeto a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Por esta razón, la presente ponencia se centra, en primer lugar, en analizar y hacer una delimitación precisa sobre la fundamentación jurídica de la obligación de gestionar la diversidad cultural en las empresas. Ello con objeto de promocionar y advertir sobre su necesaria implantación más allá de las prácticas empresariales unilaterales y voluntaristas que se siguen demostrando insuficientes.

A modo de introducción y con el objetivo de realizar una aproximación a los factores que conforman la diversidad cultural de las personas y a su repercusión en el ámbito laboral, resulta preciso identificar brevemente los elementos que perfilan la identidad cultural y su incidencia en las situaciones de desigualdad, discriminación, explotación y exclusión de las personas en el mercado de trabajo.

Al respecto, nos ha parecido pertinente empezar esta ponencia exponiendo los resultados un estudio publicado por el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (Ministerio de Igualdad), titulado: “Percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus potenciales víctimas en 2020”. El estudio responde al objetivo general de conocer la evolución en el tiempo de la percepción de la discriminación motivada por el origen racial o étnico experimentada por parte de las potenciales víctimas de dicha discriminación en lo relativo a su medida, intensidad, así como en los ámbitos, circunstancias y formas o manifestaciones concretas en que esta se produce, prestando especial atención al ámbito del empleo y la formación para el empleo.

Este estudio refleja que la tasa de discriminación laboral por origen racial o étnico ha disminuido de manera importante, del 34% en 2013 a 26% en 2020. No obstante, subraya que esta mejora se debe principalmente a que la población de los diversos grupos analizados estaría ocupando, en buena medida, puestos de trabajo que la población mayoritaria rechaza. Ya que si bien, tras la mejora de las condiciones económicas en España derivadas de la progresiva salida de la crisis económica, se podría haber esperado que disminuyera el nivel de racismo percibido por la población en el estudio, atribuible a la disminución de la percepción de “pelea por el recurso del empleo”, la disminución observada es leve, y se mantiene en un nivel medio (con una puntuación de 4,59, en un baremo de 1 a 10, siendo 10 el nivel máximo; quizá atribuible a la percepción de un racismo manifiesto en el rechazo en el ámbito del uso y disfrute de los servicios públicos (sanidad fundamentalmente, y prestaciones o ayudas públicas).

De las situaciones más prevalentes de desigualdad en el mundo del trabajo destacan aquellas que se relacionan con el acceso al empleo: el no ser escuchados cuando han ido a buscar un empleo (7%) y el ser rechazados durante una entrevista de trabajo (7%). Ambas situaciones motivadas por el origen étnico-racial. Los grupos que se perciben como más discriminados en el ámbito laboral son la población africana y afrodescendiente (42% en las personas de África no mediterráneas y 34% en afrocaribeñas y afrolatinas), las personas del grupo magrebí (34%), y la población gitana (30%).

Otra de las conclusiones es que la discriminación en el empleo es más común entre la población que reside en las grandes ciudades. Y que además, las personas que la sufren pueden estar sujetas a procesos frecuentes de negación y normalización como consecuencia de la precariedad que sufren. En este sentido, las personas que más discriminación dicen sufrir son las que trabajan de manera irregular (sin contrato) y las que cuentan con un bajo nivel educativo y de ingreso. Además, afecta con mucha intensidad al sector de personas empleadas del hogar, compuesto mayoritariamente por mujeres procedentes de países andinos y de Europa del este.

Una manifestación concreta de las desigualdades en el ámbito del trabajo es también la sobrecualificación que experimentan muchas de las personas en sus empleos (el 20% del total de la muestra considera que el nivel de cualificación de su puesto de trabajo se sitúa por debajo de su nivel formativo). Este hecho es especialmente patente en el caso de algunos de los grupos poblacionales con mayores niveles formativos, como son la población andina (asciende al 30%) y la de Europa del este (el 27% así lo señala). Esta situación, en parte, puede estar propiciada (tal y como se señala en el estudio), por la baja tasa de personas que tienen convalidados los títulos académicos de su país de origen (18%); un proceso difícil, largo y oneroso.

En relación con las condiciones del empleo y los derechos laborales, se observa que las situaciones de desigualdad más frecuentes son: tener los peores horarios y los trabajos más duros (5,7%); cobrar menos que otras personas que realizan el mismo trabajo (5,2%); la negación a hacer un contrato de trabajo (4,7%); y la obligación de realizar labores que no corresponden con el puesto de trabajo (4,1%). Quienes mayor trato discriminatorio sufren en este aspecto son las personas de África no mediterránea y magrebíes. Además, las personas que no cuentan con estudios o que tienen un nivel educativo básico se ven más afectadas por este tipo de situaciones.

Asimismo, el estudio refleja que los principales motivos por los que las personas explican las conductas de desigualdad sufridas por origen étnico son: los rasgos físicos y el color de piel y, a notable distancia, aunque ganando peso, los elementos culturales y las creencias y las prácticas religiosas. Por tanto, podemos referirnos a estos determinados rasgos o factores que conforman la diversidad cultural y que resultan susceptibles de tutela jurídica, especialmente en el ámbito laboral. Es precisamente en el trabajo donde las manifestaciones del racismo, la xenofobia y la discriminación de las personas se materializan en preocupantes situaciones de desigualdad laboral y explotación. Así lo ponen de manifiesto los datos estadísticos, que nos muestran como las minorías étnicas y raciales están sobrerrepresentadas en ocupaciones de alto riesgo para la salud laboral como la limpieza, el transporte, la agricultura o el trabajo informal. A modo de ejemplo:

- En España hay casi 600.000 personas trabajando en el sector de los cuidados y del hogar, en su mayoría mujeres migrantes que desarrollan su actividad en uno o varios domicilios particulares. Estas trabajadoras se acogen al Régimen Especial para Empleados de Hogar, el único que no contempla prestación o subsidio por desempleo. Por lo general, tampoco disfrutan de una Prevención de Riesgos Laborales efectiva, y sus contratos pueden extinguirse sin especificar causa alguna. A su vez, un informe publicado en 2018 por la organización Oxfam Intermón señala que más de un 25% de las trabajadoras de hogar y cuidados en España no están dadas de alta en la Seguridad Social, por tanto, no cotizan ninguna de las horas trabajadas. Entre las mujeres que tienen contrato de trabajo también existe muchas horas de trabajo no declaradas: los responsables del estudio realizaron una encuesta a 205 empleadas del hogar, de las que sólo el 8,8% cotizaba por todas sus horas de trabajo. Así, el estudio concluye que una de cada tres trabajadoras del hogar en España vive en condiciones que están por debajo del umbral de la pobreza.

- Otra materialización concreta es la preocupante situación que viven los manteros en España, que se encuentran en una situación especialmente vulnerable, sin Seguridad Social ni derechos laborales (ni de ningún tipo).

- O la extrema precariedad en la que se encuentran las personas trabajadoras temporeras en el campo. Mayoritariamente migrantes afrodescendientes, que trabajan en condiciones de explotación laboral y sin Seguridad Social.

- Por otra parte, según la Organización de las Naciones Unidas (ONU), España es uno de los principales países de destino de mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual. Además, el último informe de seguimiento del delito de trata de seres humanos realizado por la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado (UEFGE), muestra que en España una mayor parte de las víctimas de explotación sexual son mujeres migrantes procedentes de países africanos.

Todo ello pone de manifiesto que es casi inevitable cuando se trata el tema de la diversidad cultural en el ámbito del trabajo dirigir y centrar la mirada en las situaciones de explotación laboral que sufren las personas inmigrantes. No obstante, y ya que no es objeto de esta ponencia analizar la problemática relacionada con los asuntos legales de la inmigración sino la gestión de la diversidad cultural en las empresas, el punto de partida de nuestro estudio se sitúa cuando la persona, independientemente de su nacionalidad se encuentra realizando una actividad productiva amparada bajo el amparo (al menos, con carácter formal) del ordenamiento jurídico laboral. Es decir, en situación administrativa regular.

Ahora bien, no profundizar en la nacionalidad como causa de desigualdad, no significa que no reconozcamos que la principal tarea en aras a implantar la correcta gestión de la diversidad cultural en las empresas es atajar la discriminación institucional. Es decir, aquella que emana de las normas públicas vigentes y de las prácticas administrativas (marco institucional discriminatorio). En este sentido, mientras que la nacionalidad como condición jurídica antes que la condición de persona, sea la base a la ahora de atribuir y disfrutar derechos, en la práctica resultará muy complicado por no decir inviable construir una ciudadanía inclusiva.

- La diversidad cultural como causa desigualdad compleja:

La desigualdad laboral por motivos culturales es un fenómeno complejo, y se trata en la mayoría de las ocasiones de procesos de discriminación interseccional, donde se entremezclan estereotipos específicos sobre ciertos grupos de diverso origen étnico y racial, con otras características personales como el sexo, el género, la identidad sexual, el nivel educativo, el nivel de ingresos, la diversidad funcional, etc. Según los estudios especializados en la materia, las variables claves de estas manifestaciones de desigualdad son principalmente, el sexo y el estatus socioeconómico (aporofobia), correlacionado con el nivel educativo.

En la mayoría de las ocasiones se observa un fenómeno de discriminación múltiple, de manera que la probabilidad de sufrir discriminación por diversos motivos aumenta entre las personas que además de sufrir tratos desiguales que traen su causa en las diferencias culturales son vulnerables en atención a otras causas relacionadas con los estereotipos asociados al género, a la condición socioeconómica, a la diversidad funcional, etc. En este sentido, según los datos del informe citado anteriormente, las personas que han sido discriminadas por su origen étnico presentan una prevalencia mayor de discriminación por sexo (28%), identidad sexual (8%) y diversidad funcional (6%).

Desde esta perspectiva se exige que un abordaje jurídico preciso y eficaz de la diversidad cultural en el ámbito laboral parta la estrecha relación entre la raza, el origen étnico y la religión como causas de discriminación que se fusionan o adicionan dependiendo de la realidad social existente. Con esto último nos referimos, por ejemplo, a cuando una práctica discriminatoria por razón de raza u origen étnico esté en realidad encubriendo una discriminación por razón de la religión. Esto puede suceder especialmente cuando a un determinado grupo social se atribuye con automaticidad la pertenencia a una religión o creencia respecto de la que el grupo mayoritario tienen prejuicios negativos. En estos casos la libertad religiosa, que en esencia es un derecho atribuido a la persona (esfera individual), adquiere también una dimensión social. A estas causas, además se suman otras, como el género, la orientación sexual, la discapacidad, o el estatus socioeconómico, etc.

La correcta consideración jurídica de estos fenómenos de movilidad o adición entre los factores de desigualdad o las causas de discriminación resulta muy trascendente en aras de garantizar la tutela de los derechos fundamentales susceptible de vulneración. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se pronunció acerca de la conexión y movilidad existente entre las diferentes causas de discriminación. Concretamente, en la STEDH de 13 de diciembre de 2005 (caso Timichev c. Rusia), donde, partiendo de la noción originaria que diferencia entre la raza y el origen étnico como causas de discriminación, concluye que la discriminación fundada en el origen étnico, que viene definido, entre otros factores, por la pertenencia a una religión, constituye una discriminación racial. Por tanto, se trata en muchas ocasiones de factores indisociables en la práctica que a la hora de ser tutelados desde el ámbito jurídico debe tenerse en cuenta.

Por otro lado, debemos referirnos al supuesto en que se discrimina a una persona, aunque no forme parte del grupo protegido, caso que se puede considerar también bastante habitual. Aquí nos estamos moviendo en el marco de un tipo de discriminación que los tribunales también han tenido la oportunidad de abordar: la discriminación por asociación. El primer pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en

adelante, TJUE) sobre este tipo de discriminación se produce con la STJUE de 17 de julio de 2008 (Asunto C 303/06). Donde se reconoce la discriminación de la afectada por razón de la diversidad funcional de su hijo. De dicha sentencia se extrae que lo relevante a efectos de apreciar una posible discriminación por cualquiera de los motivos contemplados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE, no es que la persona trabajadora discriminada tenga diversidad funcional o no, sino que “la naturaleza discriminatoria de la conducta empresarial” esté basada en dichos motivos.

Otro caso en el que se produce discriminación por asociación, esta vez en el marco de la prohibición de discriminación por razón de la raza o del origen étnico, es el resuelto por STJUE de 16 de julio de 2015 (Asunto C-83/14). El conflicto surge entre una ciudadana búlgara (que vive en un barrio poblado mayoritariamente por población gitana) y una compañía eléctrica. La ciudadana ostenta un negocio en el barrio, y denuncia un trato discriminatorio por parte de la compañía eléctrica, ya que ésta ha decidido instalar los contadores eléctricos a una altura de 6-7 metros. La compañía toma esa decisión influida por la composición de la población, mayoritariamente de etnia gitana, ya que en el resto de la ciudad los contadores se han situado a una altura de 1,70 metros. El TJUE aprecia discriminación directa por razón de la raza o etnia, por resultar ésta perjudicada, aún cuando la ciudadana no pertenece a dicho colectivo.

Esta doctrina relativa a la discriminación por asociación ya ha sido acogida y aplicada por nuestros tribunales en el ámbito nacional. Entre otras, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en sentencia núm. 71/2020 de 29 de junio. El caso trata sobre una trabajadora, “con vínculo estatutario fijo como enfermera” de un hospital dependiente del Servicio Vasco de Salud, que solicitó el disfrute de permiso de dos días de duración por razón de la hospitalización de su hermana por razón de parto. La trabajadora fundamentó su solicitud en el art. 47 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en dicho Servicio, que regula las licencias “por enfermedad grave, hospitalización o fallecimiento de parientes”, en cuyo apartado 1. c) establece que: “En los casos de hospitalización, deberá aportarse certificado que justifique dicha circunstancia”. La empresa le denegó la solicitud argumentando de que no procedía tal permiso ya que “se habían aplicado los criterios de interpretación de dicha disposición acordados por la comisión paritaria del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo, en reunión celebrada el día 13 de febrero de 2004, según los cuales “se considera que existe hospitalización cuando ésta sea asimilada a la enfermedad grave y originada por esta”, y que “en el caso de parto, no se cumple con dicho requisito ya que la hospitalización no está originada por una enfermedad grave, sino por alumbramiento”. El TC resuelve acudiendo a la jurisprudencia del TJUE y también a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para argumentar, que estamos en presencia de una discriminación por asociación, es decir aquella que se sufre por una persona trabajadora por su relación con otra persona a la que se aplicaría una discriminación directa por razón de una de las causas o motivos recogidos en el art. 14 CE. Esto es según el TC, “los familiares sufren las consecuencias de una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE, de manera refleja, por su vinculación familiar con la mujer que está hospitalizada por parto”.

Una vez hechas las anteriores apreciaciones y retomando el tema que aquí nos, en relación con la tutela jurídica de la diversidad cultural resulta se encuentran involucrados varios de los derechos fundamentales de las personas previstos en nuestra Constitución, desde el derecho a la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o

cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art.14 CE), hasta derechos sustantivos como, el derecho a la igualdad (art.14 CE), el derecho de libertad religiosa y de culto (art. 16 CE) y otros de forma transversal como, el derecho a la vida, a la integridad física y moral (art. 15 CE) y el derecho a la dignidad de la persona (art. 10 CE).

La forma de delimitar jurídicamente nuestro ámbito de estudio será concretando cuál es el contenido afectado de dichos derechos. Esto es, se trata de ceñir jurídicamente cuál es el contenido esencial de tales derechos sobre el que se fundamenta la obligación de gestionar la diversidad cultural en las organizaciones productivas. Al respecto, si la gestión de la diversidad en las empresas trata de incentivar y tutelar las diferencias por razones culturales de las personas trabajadoras, significa que lo que se busca es dotar un marco jurídico que permita garantizar la faceta prestacional de los derechos sustantivos más que procurar, en exclusiva, prevenir las conductas antidiscriminatorias.

Sobre esta base, y en la medida también en que el estudio de la diversidad étnica en el entorno laboral se abordará específicamente por otra de las ponencias previstas en el curso, nos ha parecido pertinente centrar nuestra intervención en la obligación de gestionar la diversidad cultural en las empresas atendiendo especialmente al derecho fundamental de libertad religiosa. Esta preferencia se basa especialmente en que consideramos que, de los diferentes bienes jurídicos involucrados en la gestión de la diversidad cultural en el trabajo, el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto (art.16 CE), en conexión con el derecho a la seguridad y salud en el trabajo (arts. 40 y 43 CE) supone el fundamento jurídico más sólido en aras a superar la perspectiva clásica del derecho antidiscriminatorio. La prohibición de discriminación por sí misma resulta ineficaz (como se apreciará del repaso a los principales pronunciamientos judiciales), para exigir a las organizaciones productivas la adopción de una postura proactiva (preventiva) de gestión de las diferencias culturales y que no se base exclusivamente en la reparación o en la no injerencia (neutralidad).

Con este objetivo, en primer lugar, se procederá a un breve recorrido por el contenido del derecho a la libertad religiosa y de culto, mediante el repaso a los principales pronunciamientos judiciales en el ámbito nacional, supranacional e internacional.

- La tutela jurídica de la diversidad cultural en el ámbito laboral: Un recorrido por el contenido del derecho a la libertad religiosa y de culto

El derecho de libertad religiosa es un derecho fundamental autónomo reconocido en el artículo 16 de la Constitución Española, que como tal está dotado de un contenido esencial indisponible para el legislador. Del contenido esencial del derecho de libertad religiosa, tal y como se ha delimitado por el Tribunal Constitucional, se extraen las distintas facultades que lo componen y que responden a alguna de las dimensiones que integran la doble titularidad de la que está dotado.

En cuanto derecho subjetivo de titularidad individual, la STC de 13 de mayo de 1982 (Ref. 24/1982) sostiene que: “La libertad religiosa entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental, se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera *agere licere* del individuo(...); reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso”.

Como derecho objetivo, se configura a través una garantía institucional en su vertiente negativa que se traduce en que nadie pueda ser obligado por el Estado a declarar sobre su religión (obligación de no injerencia); y, por otro lado, de un aspecto positivo que obliga al Estado a garantizar que el derecho de libertad religiosa pueda ejercitarse por las personas eficazmente por lo que, en esencia, está dotado también de una faceta prestacional individual.

Además, se trata de un derecho de titularidad colectiva porque garantiza que los grupos religiosos puedan desarrollar sus actividades y fines inmunes de toda coacción. Ello conlleva, por tanto, una garantía institucional negativa, que exige una prohibición de injerencia, y una vertiente positiva que compromete al Estado a dotar de los medios necesarios a las organizaciones religiosas, y regular los requisitos necesarios para ser reconocidas a nivel estatal.

Sumándose a estas facultades, forma parte también del contenido esencial del derecho de libertad religiosa, el principio de igualdad. La STC de 13 de mayo de 1982 (Ref. 24/1982), respecto de la conexión con el principio de igualdad proclamado por los artículos 9 y 14, ha precisado que este prohíbe establecer cualquier tipo de discriminación en base a las creencias, así como la obligación de que la libertad religiosa sea disfrutada por todas las personas sin distinción alguna.

Por último, debemos explicitar que en consonancia con el resto de los derechos fundamentales, el de libertad religiosa no sólo opera en relación con los poderes públicos, sino que también se integra en las relaciones horizontales entre las que se incluye la relación laboral. Así se reconoce expresamente en la STC de 13 de febrero de 1985 (Ref.19/1985), que afirma que la vertiente negativa del derecho opera también frente a la empresa exigiendo de ésta la no injerencia ante las creencias religiosas de las personas trabajadoras. Por tanto, en la medida en que existe una faceta positiva de acción que forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad religiosa, la empresa está obligada a una actuación proactiva, de manera que no se puede limitar a respetar la libertad religiosa de las personas trabajadoras, adoptando una mera posición no intervencionista. Es decir, la eficacia horizontal del derecho en sí misma exigirá que se tenga en cuenta la diversidad religiosa existente en la plantilla a la hora de organizar la actividad productiva.

A diferencia de lo que ocurre en ámbito del derecho nacional e internacional, en el ámbito europeo la protección del derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral se articula en exclusiva a través del principio de igualdad y no discriminación. Concretamente, el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), prohíbe toda discriminación y en particular, entre otras, la que se produzca por motivos de religión. Esta prohibición de discriminación en el ámbito laboral se concreta en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyo objeto es el establecimiento de un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

En relación con la discriminación por razón de religión, son pocos los casos en que los tribunales nacionales superiores se han tenido que pronunciar sobre el ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el trabajo de forma que podamos extraer una doctrina

de referencia que resulte de aplicación general. Según el Informe conjunto de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo [COM (2014)2 final, Bruselas, 17 de enero de 2014], el 82% de las personas que sufrieron discriminación por motivos de religión o de creencias en el ámbito del empleo no lo denunciaron. Esto nos vuelve a advertir sobre lo sintomático de este hecho en relación con la precariedad del mercado laboral, que afecta especialmente a las minorías religiosas o culturales.

Uno de los pronunciamientos relativo a cuando las personas trabajadoras exigen que se tengan en cuenta sus creencias religiosas a la hora de disfrutar de los descansos durante la jornada de trabajo, del descanso semanal y de las vacaciones anuales, es la STJUE de 12 de noviembre de 1996 (Asunto C-84/94), donde el Tribunal anuló el segundo párrafo del artículo 5 de la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, el cual establecía expresamente que el descanso semanal incluiría el domingo, por entender que “no ha quedado acreditada la mayor vinculación del descanso dominical con la seguridad y salud de los trabajadores”. Con su razonamiento, el TJUE deja la determinación concreta de los días de descanso semanal a disposición de los Estados miembros. Frente a la no injerencia comunitaria, los ordenamientos jurídicos nacionales adoptan posturas heterogéneas que se caracterizan, en general, por la desregularización en el marco concreto del derecho del trabajo, como ocurre especialmente en nuestro país.

Más recientemente, sobre la interpretación la directiva europea en materia de prohibición de discriminación por motivos religiosos, y resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de los Civil y Penal de Austria, se ha pronunciado el TJUE mediante sentencia dictada por la Gran Sala, de 22 de enero de 2019 (asunto C-193/17). Las preguntas formuladas en la cuestión prejudicial fueron las siguientes:

“1) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, en particular el artículo 21 de la Carta] en relación con los artículos 1 y 2, apartado 2, letra a), de la Directiva [2000/78], en el sentido de que se opone, en un litigio entre un trabajador y un empresario en el marco de una relación laboral de Derecho privado, a una legislación nacional que dispone que el Viernes Santo solo es festivo, con un período de descanso continuado de al menos 24 horas, para los miembros de las Iglesias evangélicas de la confesión de Augsburgo y helvética, de la Iglesia católica antigua y de la Iglesia evangélica metodista y que el trabajador que trabaje en esa fecha pese a ser un día festivo para él tiene derecho, junto a la retribución correspondiente al día festivo no trabajado, a una retribución por el trabajo realizado, mientras que no sucede lo mismo con los trabajadores que no pertenecen a dichas Iglesias?;

2) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, en particular el artículo 21 de la [Carta] en relación con el artículo 2, apartado 5, de la Directiva [2000/78], en el sentido de que la legislación nacional descrita en la primera cuestión prejudicial, que solo concede derechos a un número relativamente reducido —en comparación con el conjunto de la población y con la adscripción mayoritaria a la Iglesia católica romana— de miembros de (otras) Iglesias, no se ve afectada por la citada Directiva al tratarse de una medida necesaria en una sociedad democrática para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, especialmente el derecho a la libertad de culto?;

3) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, en particular el artículo 21 de la [Carta] en relación con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva [2000/78], en el sentido de que la legislación nacional descrita en la primera cuestión constituye una acción positiva y una medida específica a favor de los miembros de las Iglesias mencionadas en la primera cuestión prejudicial, para garantizarles plena igualdad en la vida profesional y para prevenir o compensar las desventajas que se les ocasionen por motivos de religión, al concederles el mismo derecho a practicar su religión durante el tiempo de trabajo en una festividad importante para esa religión del que disponen la mayoría de los trabajadores en virtud de otra disposición nacional, ya que las festividades de la religión que profesa la mayoría de los trabajadores son por lo general días no laborables?

En el caso de que se estime que existe una discriminación en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva [2000/78]:

4) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, en particular el artículo 21 de la [Carta] en relación con los artículos 1, 2, apartado 2, letra a), y 7, apartado 1, de la Directiva [2000/78], en el sentido de que, en la medida en que el legislador no haya adoptado una legislación no discriminatoria, el empresario privado debe conceder a todos los trabajadores los derechos descritos en la primera cuestión en relación con el Viernes Santo con independencia de su confesión religiosa, o bien la legislación nacional expuesta en la primera cuestión prejudicial debe quedar inaplicada en su totalidad, de manera que los derechos descritos en la primera cuestión en relación con el Viernes Santo no se deben reconocer a ningún trabajador?”.

El TJUE da respuesta a las tres primeras cuestiones de forma conjunta, declarando en primer lugar, la existencia de discriminación directa por motivo de la religión. Puesto que, de la legislación controvertida en el litigio principal se desprende una diferencia de trato entre los trabajadores en función de su religión que se encuentran en situaciones análogas. Especialmente porque la concesión de este día festivo “no está sujeta al requisito de que el trabajador cumpla ese día alguna obligación religiosa determinada, sino que depende únicamente de la pertenencia formal de dicho trabajador a alguna de esas Iglesias. Este trabajador es libre, pues, de disponer a su conveniencia del tiempo correspondiente a ese día festivo, por ejemplo, para dedicarlo al descanso o al ocio”. Por consiguiente, “la situación de ese trabajador no se diferencia de la de los demás trabajadores que desean disponer de un período de descanso o de ocio un Viernes Santo sin poder beneficiarse, no obstante, del día festivo correspondiente”.

De igual forma, en relación con el complemento retributivo por trabajar en este día festivo, el TJUE concluye que, “la legislación nacional controvertida en el litigio principal produce el efecto de tratar de diferente manera, en función de la religión, unas situaciones análogas. Por tanto, establece una discriminación directa por motivos de religión, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78”.

En cuanto a la tercera cuestión planteada, según el TJUE no se trata de una medida necesaria para proteger la libertad de religión porque los trabajadores que no pertenecen a las Iglesias contempladas en la Ley sobre el Descanso Laboral pueden celebrar “una fiesta religiosa que no coincida con ninguno de los días festivos enumerados en el artículo 7, apartado 2, de la Ley sobre el Descanso Laboral, no mediante la concesión de un día festivo adicional, sino principalmente a través del deber de asistencia y protección de los empleadores para con sus empleados, que permite que estos últimos obtengan, en su caso,

el derecho de ausentarse de su trabajo durante el tiempo necesario para celebrar ciertos ritos religiosos”. De ahí que la legislación controvertida no va dirigida a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social (art. 7.1 Directiva 2000/78).

Y, dando respuesta a la cuarta cuestión prejudicial, el TJUE declara la eficacia entre particulares del art. 21 CDFUE y la facultad de los jueces de exigir su cumplimiento, aunque el derecho interno no les confiera la competencia para hacerlo. Concretamente, y aunque la Directiva no tiene efecto directo horizontal, el TJUE entiende que “la prohibición de toda discriminación basada en la religión o las convicciones tiene carácter imperativo como principio general del Derecho de la Unión. Establecida en el artículo 21, apartado 1, de la Carta, esta prohibición es suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión. Atendiendo al efecto imperativo que produce, el artículo 21 de la Carta no se distingue, en principio, de las diferentes disposiciones de los Tratados fundacionales que prohíben las discriminaciones basadas en diversos motivos, aun cuando tales discriminaciones se deriven de contratos celebrados entre particulares”.

Esto significa que “si se confirmara que las disposiciones nacionales no pueden interpretarse de manera conforme con la Directiva 2000/78, el tribunal remitente estaría no obstante obligado a garantizar la protección jurídica ofrecida a los trabajadores por el artículo 21 de la Carta y a dar pleno efecto a dicho artículo”. De modo que, hasta que el Legislador no restablezca la igualdad de trato, en aras al principio de igualdad, debe concederse “a las personas desfavorecidas las mismas ventajas de que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada”. Es el juez nacional el obligado a no aplicar cualquier disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador. Esto es, debe aplicar a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen que aquel del que disfrutaban las personas de la otra categoría. Y está obligado a ello con independencia de que en el Derecho interno existan o no disposiciones que le confieran la competencia para hacerlo.

Por otra parte, y respecto a los conflictos que giran en torno a la simbología o vestimenta religiosa, donde el derecho de libertad religiosa de la persona trabajadora se puede solapar con el derecho a la propia imagen. Digo solapar y no concurrir, puesto que la actitud empresarial que pretenda restringir el uso de símbolos y/o vestimentas religiosas, aunque incida de manera inequívoca en la apariencia física de la persona trabajadora, no vendría a priori censurado por el derecho a la propia imagen, ya que la represión en realidad no se dirige a la apariencia física de la persona trabajadora en sí, sino a la religión que se manifiesta a través de ella. Es decir, el derecho de libertad religiosa sería el afectado ya que manifestar las creencias propias a través de los símbolos o vestimentas de carácter religioso forma parte del contenido esencial de este derecho.

No obstante, la desregularización de los países mediterráneos y concretamente en España sobre el ejercicio de la libertad religiosa en el trabajo a través de símbolos o vestimentas de carácter religioso es plena. Por tanto, en la actualidad la solución a este conflicto suele articularse a través de la aplicación judicial del principio de igualdad y no discriminación. A pesar de que en nuestra CE se reconoce el derecho fundamental de libertad religiosa, no se ha desarrollado el contenido del derecho en el ámbito laboral a través de una ley específica. Como consecuencia de ello, por una parte, la tutela se debe articular por jueces y tribunales lo que ocasiona soluciones diversas en cada uno de los casos y nada

homogéneas. Por otra parte, al articularse la solución judicial a través del principio de igualdad y no discriminación, la desregulación incide en vaciar de contenido o de eficacia al propio derecho fundamental. Ello es, porque con carácter general, los tribunales han mantenido la tendencia de otorgar más eficacia a los derechos de los que es titular la empresa, cuyas facultades si que están previstas y desarrolladas en la normativa laboral. Finalmente, la ausencia de regulación normativa laboral sobre el ejercicio de las practicas religiosas en el trabajo, incide también de forma directa en el hecho de que las personas trabajadoras no se atrevan a denunciar las conductas discriminatorias ni a ejercitar sus derechos culturales o de libertad religiosa.

En España tuvo lugar un caso relacionado, cuando el pasado mes de octubre de 2009, una abogada musulmana, que acompañaba como asistente a otro letrado en juicio, es obligada por el Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a abandonar los estrados y a sentarse en la zona reservada al público por llevar velo. La letrada, a pesar de haber recurrido a diferentes órganos judiciales nacionales, mediando un cúmulo de infortunios procesales, pasando por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional, no obtuvo un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Ante esta situación, la abogada presenta demanda ante el TEDH el 12 de marzo de 2013, que le ha sido inadmitida con fecha de 26 de abril de 2016.

En el ámbito del derecho europeo, hasta el momento, existen dos pronunciamientos, y relativamente recientes del TJUE en cuanto al alcance de la prohibición de discriminación relacionada con el usos de vestimentas religiosas en el trabajo. La primera petición de decisión prejudicial fue presentada el 3 de abril de 2015 (Asunto C-157/15) por el Hof van Cassatie de Bélgica (en adelante, Tribunal de Casación Belga), con objeto de resolver el recurso planteado por la trabajadora Samira Achbita al ser despedida por su empresa “G4S Secure Solutions NV” (en adelante, G4S). La empresa, dedicada a la actividad de vigilancia y seguridad en el ámbito público y privado, tenía empleada a la trabajadora como recepcionista en virtud de un contrato indefinido. Consta que la trabajadora en el momento de la contratación ya profesaba la religión musulmana, que lleva velo desde hace más de tres años, aunque exclusivamente fuera de las horas de trabajo, ya que constituía una norma no escrita de la empresa la prohibición de portar símbolos religiosos.

El conflicto surge a raíz de una comunicación de la trabajadora, en abril de 2006, en que manifiesta a la empresa su intención de llevar velo también durante su prestación de servicios. G4S le indicó que ello no era posible debido a que era contrario a la política de neutralidad perseguida por la empresa. El 12 de junio de 2006 la trabajadora fue despedida por incumplir dicha prohibición y llevar velo al trabajo. A partir del 13 de junio esta política de neutralidad se plasmó en un acuerdo de empresa en el que se estableció: “Se prohíbe a los trabajadores llevar en el lugar de trabajo signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas y/u observar cualquier rito derivado de éstas”.

Ante el despido la trabajadora interpuso una demanda de daños y perjuicios contra la empresa ante el Juzgado de lo Social, él cuál desestimo la pretensión por entender que no existía discriminación directa ni indirecta. La decisión fue recurrida en apelación, desestimándose igualmente ya que, según el Tribunal, existe una cierta imposibilidad de calificar el despido como injustificado o discriminatorio puesto que la empresa, ante el panorama jurídico incierto existente en la materia, no tendría porque saber si la

prohibición impuesta a la trabajadora era ilícita o no. Así llegaría el caso hasta el Tribunal de Casación Belga, este se dirige al TJUE y le plantea la siguiente cuestión: “¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE [...] en el sentido de que la prohibición de llevar un velo como musulmana en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa si la norma en vigor en la empresa prohíbe a todos los trabajadores llevar en el lugar de trabajo signos externos de convicciones políticas, filosóficas y religiosas?”.

En STJUE (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, se concluye que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones en el sentido de la Directiva. Pero que, en cambio, tal prohibición puede constituir una discriminación indirecta si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas. Sin embargo, tal discriminación indirecta puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte de la empresa de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, siempre que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, extremos éstos que corresponderá comprobar al Tribunal de Casación belga.

Otra cuestión planteada se formula por la Cour de Cassation de Francia (en adelante, Tribunal de Casación Francés) el 24 de abril de 2015 (Asunto C-188/15). Se trata de resolver el recurso planteado por la trabajadora Asma Bougnaoui contra su despido. La trabajadora venía prestando servicios como ingeniera para la Empresa “Micropole, S.A.”, dedicada a la actividad informática. El conflicto surge cuando la empresa, en base al descontento de sus clientes con respecto al uso del velo por parte de la trabajadora, le prohíbe a ésta su uso. Al negarse la trabajadora, la empresa la despide alegando como causa no haber aceptado la prohibición del uso del velo en el trabajo.

La trabajadora impugna el despido ante el Conseil de Trabajo (Juzgado de lo Social), alegando que constituía un acto discriminatorio por razón de su religión, demanda que fue desestimada. La trabajadora recurre en apelación, recurso que corrió la misma suerte al confirmarse la resolución judicial del juzgado de instancia. Finalmente se interpone un recurso de casación, marco en el que el juzgador plantea al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: “¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo [...] en el sentido de que el deseo manifestado por un cliente de una empresa de consultoría informática de que, en lo sucesivo, los servicios informáticos contratados no sean prestados por una empleada de dicha empresa, ingeniera de proyectos, que use el velo islámico, constituye un requisito profesional esencial y determinante, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o del contexto en que se lleva a cabo?”.

En STJUE (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, el Tribunal empieza indicando que la resolución de remisión no permite saber si la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación francés reposa en la observación de una diferencia de trato basada directa o indirectamente en la religión o las convicciones. Por consiguiente, corresponderá al Tribunal de Casación francés comprobar si el despido de la Sra. Bougnaoui se fundó en el incumplimiento de una norma interna que prohibía el uso

visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas. En tal caso, incumbirá a dicho Tribunal comprobar si concurren los requisitos mencionados en la sentencia G4S Secure Solutions, a saber, si la diferencia de trato dimanante de una norma aparentemente neutra que puede ocasionar, de hecho, una desventaja particular a determinadas personas está justificada objetivamente con la finalidad de seguir un régimen de neutralidad y si los medios para alcanzar dicha finalidad son adecuados y necesarios.

En cambio, si el despido de la Sra. Bougnaoui no se basó en la existencia de tal norma interna, cabrá determinar si la voluntad de una empresa de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico está justificada en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva, según el cual los Estados miembros pueden disponer que una diferencia de trato prohibida por la Directiva no tenga carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de una actividad profesional o al contexto en que ésta se lleve a cabo, la característica de que se trate constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

A este respecto, el TJUE recuerda que sólo en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante, ya que este concepto implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de una actividad profesional o por el contexto en que ésta se lleve a cabo y no cubre consideraciones subjetivas, como la voluntad de la empresa de tener en cuenta los deseos particulares del cliente. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia responde que la voluntad de una empresa de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicha empresa no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de la Directiva.

En conclusión, el TJUE, al margen de las circunstancias específicas concurrentes en cada caso, opta por posicionarse en la admisión de la exigencia empresarial de neutralidad, en vez de optar por la teoría de la “acomodación razonable”. En este sentido, consideramos que la admisión legal de las políticas empresariales de neutralidad, en concreto de neutralidad religiosa o cultural en el ámbito del empleo, incide en perpetuar un modelo de integración basado en la “asimilación cultural”, más que en la gestión de las diferencias culturales. Además, apostar por la neutralidad es, en definitiva, negar cualquier garantía del derecho a la libertad religiosa puesto que, aunque no se diferencie en función de las creencias, se basa en un mismo trato a todas las personas trabajadoras, tengan creencias religiosas o no, lo que no resulta muy acorde al propio reconocimiento y esencia de este derecho.

Por su parte, en el ámbito del derecho internacional, dos son las previsiones más importantes sobre el derecho de libertad religiosa que reconoce el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). En primer lugar, su artículo 9 protege el derecho de libertad religiosa en sus dos vertientes, la interna y la externa. La libertad religiosa en su vertiente interna, como ya se ha apuntado, hace referencia a la dimensión negativa en cuanto a la prohibición de injerencia. En cuanto a su dimensión externa, se refiere a una vertiente activa, entendida como el derecho a manifestar la religión. Esta vertiente activa del derecho de libertad religiosa viene limitada por el propio CEDH en el apartado segundo del mismo artículo 9, que establece que la medida que venga a restringir el derecho de manifestar la religión o las convicciones deberá estar establecida legalmente

y fundamentarse en la protección de la seguridad o del orden público, de la salud o de la moral pública o de los derechos fundamentales de los demás. Además, se establece el requisito de que la restricción sea necesaria en una sociedad democrática.

Este artículo se completa con la protección del artículo 14 del CEDH, que consagra la prohibición de discriminación en el goce de los derechos y libertades. Y finalmente, con la prohibición de discriminación por razón de la religión, que viene recogida en el artículo 1 del Protocolo adicional número 12. De los pronunciamientos al respecto del TEDH, se pueden extraer dos corrientes principales dependiendo de que la libertad religiosa se ejercite en el seno de la empresa privada o en el ámbito del empleo público. La jurisprudencia del TEDH sobre el ejercicio del derecho de libertad religiosa en el trabajo es extensa y, en líneas generales, se ha caracterizado por reducir su contenido a una prohibición de injerencia, pues a pesar de que siempre se ha reconocido la legitimidad empresarial para adaptar las condiciones de trabajo al ejercicio de la libertad religiosa de las personas trabajadoras, dicha posibilidad siempre se ha dejado a la voluntad de las partes contratantes.

Con la STEDH dictada el 15 de enero de 2013 (caso Eweida y otros), se produce un cambio relevante en la doctrina del TEDH, adoptándose la teoría de la “acomodación razonable” en virtud de la cual la empresa está obligada a adaptar las condiciones de la prestación de servicios a las creencias religiosas de las personas que emplea. La teoría de la “acomodación razonable” exige que las empresas adopten medidas para adaptar las condiciones de trabajo a las creencias religiosas y así no restringir el derecho de libertad religiosa de las personas trabajadoras, ya que las condiciones de trabajo restrictivas del derecho, solo serán consideradas lícitas si superan el principio de proporcionalidad, de forma que cualquier medida empresarial restrictiva del derecho de libertad religiosa de las personas trabajadoras deberá ajustarse al principio de proporcionalidad.

- La conexión entre el derecho fundamental de libertad religiosa y el derecho a la seguridad y salud laboral como fundamento jurídico de la obligación legal de gestionar la diversidad cultural en la empresa:

En consonancia con la doctrina del TEDH y más allá de la función reparadora que pueda dispensar la tutela judicial antidiscriminatoria, en cuanto se declare la decisión empresarial nula, la gestión de la diversidad cultural exige adoptar un enfoque que sea capaz de conciliar cultura y trabajo con carácter proactivo. De manera que la gestión empresarial de la actividad sea capaz de anticiparse a los conflictos que puedan surgir como consecuencia de las diferencias culturales de las personas trabajadoras que emplea, respetando así el contenido esencial de los derechos fundamentales involucrados. Dicha necesidad se fundamenta en la obligación jurídica empresarial de tener en cuenta el factor religioso a la hora de organizar su actividad. Esta obligación en nuestro ordenamiento jurídico emana de la conexión entre la prohibición de discriminación por razones culturales (más específicamente, por las creencias religiosas) y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, pero también y de forma más amplia de la vinculación entre el derecho fundamental de libertad religiosa (art. 16 CE) y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo (arts. 40 y 43 CE).

En relación con la conexión entre la prohibición de discriminación y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo: La regulación normativa del acoso cultural en España emana del artículo 27 de la Ley 62/2003 que pretende “la aplicación real y efectiva del

principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, en los términos que en cada una de sus secciones se establecen”. Su regulación aparece en el artículo de la Ley 62/2003, delimitándola como “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio humillante u ofensivo”. Por su parte el artículo 4.2. en su apartado e), del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET), contiene la protección frente al acoso por razones culturales. Cuando señala el derecho de las personas trabajadoras “al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”. Esto es, el derecho a no ser discriminado por razones de diversidad cultural es un derecho básico de las personas trabajadoras, que exige que la empresa despliegue todas medidas necesarias para conseguir su efectividad. Además, de esta obligación se extrae una conexión inequívoca entre la prohibición de discriminación por razones culturales y el deber empresarial de velar por la seguridad y salud en el trabajo (deuda de seguridad del art. 14 Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL), por tratarse el acoso laboral (cualquiera que sea su causa) de un riesgo que atenta contra la integridad corporal, psíquica, física y moral de las personas trabajadoras.

Por otra parte, como se viene anunciando, la vinculación entre la diversidad cultural y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo no se agota con el acoso discriminatorio por razones culturales, sino que alcanza otras dimensiones más precisas observando el contenido esencial del derecho de libertad religiosa. Especialmente, su faceta que ampara las manifestaciones externas relacionadas con la diversidad cultural y religiosa. Nos referimos a la multitud de prácticas y ritos relacionados con la pertenencia a un grupo étnico o a una comunidad religiosa, como son los hábitos de vida (ingestión de alimentos o manipulado de productos, tiempo para orar) o la imagen de las personas (uno de la barba, del hiyab, de la kippa judía, etc.) Efectivamente, una política preventiva en la que no se tenga en cuenta el factor religioso no parece muy coherente pues, indudablemente, la práctica de cualquier religión conlleva la adopción de ritos que pueden incidir en la salud de las personas trabajadoras (pensemos, por ejemplo, en el ayuno musulmán).

Pues bien, el artículo 14.1 y 2 de la LPRL, reconoce el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y la correlativa obligación empresarial de garantizar la seguridad y salud en todos los aspectos del trabajo mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Aunque de este precepto no se pueda extraer un derecho general a la modificación de las condiciones de trabajo, podemos afirmar que la “acomodación razonable” integra el cumplimiento del deber general de prevención, en aplicación de lo establecido en el artículo 15.1.d) de la LPRL, esto es, el principio de adaptación del trabajo a la persona.

La obligación de tener en cuenta las creencias religiosas y, en general, las diferencias culturales de las personas trabajadoras a la hora de organizar la actividad preventiva, encuentra su fundamento también en el artículo 25 de la LPRL, que establece la obligación empresarial de proteger a las personas trabajadoras especialmente sensibles a

determinados riesgos. En lo que aquí nos interesa, adquiere especial relevancia la referencia del precepto a “las características personales”, dicción que claramente engloba las características culturales de la persona. Pues no cabe duda de que el factor religioso o cultural incide en que a determinadas personas trabajadoras les afecten en mayor medida los riesgos del trabajo. Esta situación de especial sensibilidad puede darse de forma transitoria durante periodos de observancia de ritos religiosos o culturales, y es en dicho momento de especial sensibilidad en que resultaría de aplicación la prohibición recogida en el párrafo segundo del artículo 25.1 de la LPRL, por lo tanto, de nuevo “acomodación razonable” deviene obligatoria.

Además, hay que señalar que, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 25.1. de la LPRL, la consideración de la diversidad cultural como factor de especial sensibilidad no se debe limitar a estos supuestos. Consideramos que la conexión entre diferencias culturales y los riesgos de la actividad productiva no se debe circunscribir a la observancia de ritos religiosos puesto que las diferencias culturales se identifican con patrones de discriminación múltiples, interseccionales o complejos, tal y como se ha puesto de manifiesto al inicio, y que, por lo tanto, intensifican los riesgos del trabajo de forma general. En consecuencia, es especialmente relevante, el papel de los Planes de Prevención de Riesgos Laborales, donde el factor cultural debe introducirse en la fase inicial de diagnóstico.

En este sentido y una vez delimitada la obligación legal de tutelar la diversidad cultural siendo consecuente con el derecho antidiscriminatorio, pero sobre todo con el contenido esencial del derecho fundamental de libertad religiosa en su doble vertiente en conexión con el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, esta última parte de la ponencia se dedicará a concretar la vía que consideramos más idónea para articular la gestión de la diversidad cultural en la empresa.

- La negociación colectiva como instrumento de la gestión de la diversidad cultural en la empresa:

La forma más adecuada de instaurar una política de diversidad cultural en la empresa que cumpla con el objetivo de acomodar las diferencias culturales de las personas trabajadoras de forma proactiva y que además resulte eficaz, es mediante la negociación colectiva. Aunque la LET no recoge la obligación de negociar medidas para promover la diversidad cultural en el ámbito laboral (en cambio, el artículo 85.1 LET si ha recogido la obligación de “negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad (...).”, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (en adelante Ley 62/2003), concretamente su artículo 42 habilita dicha posibilidad al disponer que, “los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Aunque este precepto no incluye mención alguna a los planes de igualdad, el instrumento a través del cual se debe canalizar serían los planes de diversidad cultural (planes de diversidad, planes de diversidad de origen, etc.) que se constituirían como el instrumento de carácter preventivo idóneo en materia de diversidad cultural que complementando al plan preventivo en la empresa y al plan de igualdad, comprenda una especie de

diagnóstico de la diversidad cultural, en el que se hagan constar los posibles riesgos existentes, los mecanismos encargados de evitar posibles consecuencias lesivas y las medidas para conseguir atajar la desigualdad por motivos culturales, incentivando de esta forma la interculturalidad en las empresas. Al respecto, cada vez son más los convenios colectivos que prevén su establecimiento. A continuación, se citan algunos ejemplos:

- El art. 53 del III Convenio Colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal (CEM), prevé la obligación de negociar “Planes de Diversidad”, estableciendo que, “las empresas del sector deberán acordar con la representación de los trabajadores medidas que favorezcan la Integración, gestión y garantía de igualdad de trato y oportunidades de las personas trabajadoras y prevención de cualquier discriminación por orientación o identidad sexual, nacimiento, origen racial o étnico, religión, edad, discapacidad, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

- El Convenio Colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas, establece que serán funciones de la Comisión para la Igualdad de Oportunidades y la no Discriminación: “realizar un estudio sobre la evolución del empleo y la igualdad de oportunidades en el sector y sobre la base de él realizar políticas activas que eliminen las eventuales discriminaciones que pudieran detectarse por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, identidad y/o expresión de género o enfermedad, estado civil, edad, procedencia territorial y demás circunstancias que pudieran originar discriminación o quiebra del principio de igualdad de oportunidades”.

- En el mismo sentido, el XIX Convenio colectivo general de la industria química que en su artículo 109.a) establece que: “las organizaciones firmantes del Convenio, tanto sindicales como empresarial, entienden que es necesario establecer un marco normativo general de intervención a nivel sectorial para garantizar que el derecho fundamental a la igualdad de trato y oportunidades en las empresas sea real y efectivo. Por ello, y teniendo presente el papel de la industria química como sector comprometido y avanzado en el desarrollo de políticas de igualdad acuerdan los siguientes objetivos sectoriales generales: Establecer directrices para la negociación de medidas de gestión de la igualdad y la diversidad en las empresas, con el fin de prevenir la discriminación directa o indirecta por cuestiones de edad, discapacidad, género, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación o identidad sexual (LGTBI), afiliación sindical, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Todo ello con el fin de alcanzar una gestión óptima de los recursos humanos que evite discriminaciones y pueda ofrecer igualdad de oportunidades reales, apoyándose en un permanente recurso al dialogo social”.

- Igualmente, el Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida, o el VIII Convenio colectivo estatal del corcho, que establecen “directrices para la negociación de medidas de gestión de la igualdad y la diversidad en las empresas, con el fin de prevenir la discriminación directa o indirecta por cuestiones de edad, discapacidad, género, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación o identidad sexual (LGTB), afiliación sindical, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Todo ello con el fin de alcanzar una gestión óptima de los recursos humanos que evite discriminaciones y

pueda ofrecer oportunidades reales, apoyándose en un permanente recurso al diálogo social”.

- Más específico, es el Convenio colectivo de la empresa Noroto, S.A.U. que en su artículo 39: “Igualdad y diversidad: b) En Norauto consideramos que la diversidad debe ser un valor y, a su vez, un objetivo permanente en todos los ámbitos de la Empresa. Y por ello, en adición a los compromisos de igualdad y no discriminación, Norauto asume el compromiso de fomentar la integración de personas con perfiles diversos (género, orientación sexual, raza, nacionalidad, procedencia étnica, religión, creencias, edad, discapacidad, etc.) en todas las áreas de negocio y niveles de la Empresa, tratando de impulsar la incorporación de profesionales de perfiles diversos, incluyendo de distintas razas, etnias, edades, nacionalidades, lenguas, educación, capacidades, religiones y género, de modo que todo ello constituya una constante en el día a día de Norauto”.

- O el Convenio Colectivo de trabajo del sector de Oficinas y Despachos de Catalunya para los años 2019-2021, que dedica su art. 46 a la “Gestión de la diversidad de origen: Las partes recomiendan que es conveniente, especialmente en los centros de trabajo con un volumen importante de personas trabajadoras inmigrantes, que se promuevan en el seno de las empresas planes de gestión de la diversidad de origen, previa consulta con la RLT. Los planes de gestión de la diversidad de origen son un factor positivo para el incremento de la competitividad de la empresa y eficiencia de la gestión empresarial, y forman parte de compromisos de responsabilidad social empresarial, tanto en las relaciones laborales como en el territorio, y como tales se recomiendan presentarlos a la Comissió de Responsabilitat Social del Consell de Relacions Laborals”.

Que la negociación colectiva esté recogiendo el testigo en materia de gestión de la diversidad cultural nos corrobora que se trata de un instrumento especialmente útil, sino el adecuado y eficaz para su instauración en la empresa a través de los planes gestión de la diversidad cultural. Al respecto, y sobre la obligatoriedad de que los planes de igualdad en la empresa se negocien (con las mismas formalidades que los convenios colectivos) y de esta forma evitar que se impongan unilateralmente por parte de las empresas, se ha pronunciado nuestro TS (Sala de lo Social) en sentencia núm. 95/2021, de 26 de enero.

La necesidad de que estos planes sean negociados y no impuestos unilateralmente se extrae también del contenido que deben abordar. Los objetivos que deben atender según lo contemplado en el art. 35 de la Ley 62/2003, son, de un lado, medidas para prevenir las posibles conductas que interfieran en el ámbito privado de cada persona trabajadora; y de otro, medidas compensar las desventajas de la diferencia cultural, calculando la compatibilidad y adaptaciones del proceso productivo, con objeto de favorecer la igualdad efectiva (en relación con el mandato general que se desprende del artículo 34 de la Ley 62/2003 y 4.2 ET).

Más concretamente, el diagnóstico debe considerar la subjetividad de las personas que trabajan en la empresa, su diversidad, el modo en el que cada una de ellas observa la realidad, los patrones culturales, las categorías de interpretación y los valores con los que se relaciona con el mundo. Esto es, los aspectos a tutelar de la diversidad cultural deben abarcar aquellas manifestaciones que se encuentran en una dimensión interna o externa de la personalidad en las que se prohíbe en todo caso su injerencia, por ejemplo, la libertad de decidir si se profesa o no una religión o las expresiones físicas o biológicas resultantes de pertenecer a un grupo racial o étnico, como el color de la piel. Y, por otro lado, se debe

proteger las expresiones culturales relacionadas con la pertenencia a un grupo étnico o religioso, como los hábitos de vida o usos sociales, la propia imagen o la práctica de ritos religiosos externos. Si bien estas manifestaciones externas pueden interferir con los intereses y la gestión empresarial, resultará necesario establecer en qué casos “acomodar razonablemente”, con objeto de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales que se vean afectados. Ello se traduce en incluir medidas para que las personas trabajadoras puedan ajustar el disfrute de sus derechos laborales a las particularidades de sus rasgos culturales. Por último, y en relación con las etapas y los ámbitos de aplicación se aconseja la aplicación análoga de las normas previstas en nuestro ordenamiento jurídico para los planes de igualdad.

En relación con las medidas específicas que busquen proteger la dimensión interna, esto es, prevenir posibles conductas que interfieran en el ámbito privado de cada persona trabajadora, a continuación, se citan algunos ejemplos: el Convenio Colectivo de la empresa Diario Córdoba SA, prevé una Cláusula de Conciencia que contempla lo siguiente: “La dirección de la empresa no podrá obligar a los redactores a escribir en contra de sus principios morales o religiosos. Los redactores tendrán derecho a retirar sus firmas de aquellos trabajos o informaciones cuyos contenidos fueran modificados por los superiores; O el Convenio Colectivo del Ayuntamiento Los Palacios y Villafranca, que en su artículo 12. Registro de personal, prevé que “en la documentación individual del Personal al servicio del Ayuntamiento de Los Palacios y Villafranca, no figurará dato relativo a su raza, religión u opinión”. También resulta interesante destacar el Convenio colectivo de la empresa Noroto, S.A.U. que en su artículo 51 dedicado al Régimen disciplinario establece que: “No se podrán imponer sanciones en razón del origen de las personas, sexo, situación familiar, pertenencia a una etnia, una nación o una raza, por sus opiniones políticas, actividad sindical ó convicciones religiosas”.

Por su parte, las medidas para favorecer el ejercicio de las manifestaciones culturales externas ya se recogen en algunos convenios permitiendo que las personas trabajadoras puedan unilateralmente adaptar ciertas condiciones de la prestación laboral a sus necesidades culturales. En la mayoría de las ocasiones, las adaptaciones consisten en modificar los días festivos o la jornada de trabajo a petición de la persona trabajadora, con objeto de hacerlo coincidir con las festividades y ritos religiosos propias. A modo de ejemplo:

- El Convenio Colectivo provincial de trabajo en el campo de Almería, contempla en su artículo 23.- Permiso especial. Fiestas con motivo del Ramadán: “Todos los trabajadores sujetos al presente Convenio y siempre que la situación del trabajo lo permita, tendrán derecho a un mes por año de permiso sin retribuir, por motivos plena y claramente justificados, según la casuística del artículo anterior (dedicado a las licencias retribuidas. Este permiso especial habrá de ser solicitado previamente y justificado adecuadamente con posterioridad. Durante la duración de este permiso, el trabajador que lo disfrute, no podrá realizar ningún tipo de trabajo retribuido como asalariado por cuenta ajena.

a) Los trabajadores que, por sus ideas religiosas, celebren “la Fiesta Chica” y “la Fiesta del Cordero”, disfrutarán de un día de permiso no retribuido coincidiendo con la fecha en que cada una de ellas tengan lugar.

b) Asimismo, durante la celebración del Ramadán, los trabajadores que profesen esta confesión religiosa, previo acuerdo entre la empresa y los representantes legales o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los trabajadores del centro de trabajo afectado, podrán fijar su jornada de forma continuada, con una disminución de una hora al

comienzo y otra al término de la misma. Dicha reducción se recuperará en la forma que, igualmente, se acuerde.

A falta de acuerdo, los trabajadores podrán solicitar el arbitraje de la Comisión Paritaria del Convenio, cuya decisión, que deberá adoptarse por unanimidad de sus miembros, tendrá carácter vinculante para la empresa y los trabajadores afectados”.

En cuanto al contenido de los planes de diversidad cultural, los negociadores pueden acudir y apoyarse en la multitud de guías y documentos de ayuda disponibles y publicados por entidades especializadas (públicas y privadas).