

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año XI – Nº 2 – 2º semestre 2023



RI&HR

Jean Monnet
Centre of Excellence
"Regional Integration
and Human Rights"

Jean Monnet
Centro de Excelencia
"Integración Regional
y Derechos Humanos"

IR&DH



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año XI – N°2 – Segundo semestre 2023

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
revistairydh@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

SÍMBOLOS RELIGIOSOS Y NEUTRALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJUE EN EL CASO “COMMUNE D’ANS”

Jeremías Brusau¹

Fecha de recepción: 11 de diciembre de 2023

Fecha de aceptación: 22 de diciembre 2023

Resumen

El trabajo incluye un análisis crítico del reciente caso del TJUE sobre la prohibición del uso de símbolos religiosos en el empleo público. Luego de una reseña del caso, se lo estudia en el contexto de la jurisprudencia anterior del tribunal relativa al uso de símbolos religiosos en el empleo privado y se observan continuidades y rupturas respecto de los estándares allí fijados. Finalmente, se elabora una crítica al concepto de neutralidad con el que este tribunal europeo ha analizado estos casos, a partir de la distinción entre “neutralidad formal” y “neutralidad sustantiva”. El trabajo demuestra que una prohibición general de llevar símbolos religiosos en el empleo no es una política verdaderamente neutral, ya que coloca en una situación de desventaja a grupos religiosos minoritarios que reconocen una obligación de llevar consigo ciertos objetos o de vestir ciertas prendas. Desde esta perspectiva, el fallo comentado revela una falta de neutralidad frente a la religiosidad, con un sesgo en favor del laicismo.

Palabras clave: libertad religiosa – neutralidad – vestimenta religiosa – discriminación en el empleo

Title: RELIGIOUS SYMBOLS AND THE PRINCIPLE OF NEUTRALITY IN PUBLIC EMPLOYMENT. COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE CJEU IN THE CASE “COMMUNE D’ANS”

Abstract

¹ Master of Laws (University of Georgia, Estados Unidos de América). Magíster en Derecho Penal (UTDT). Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Profesor Adjunto (int.) de Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Agradezco a la Prof. Rocío Buosi su colaboración en la revisión del texto

The paper includes a critical analysis of the recent CJEU case on the prohibition of the use of religious symbols in public employment. After reviewing the case, it is studied in the context of the Court’s previous case law on the use of religious symbols in private employment, and continuities and ruptures concerning the standards set therein are observed. Finally, a critique is made of the concept of neutrality with which this European court has analyzed these cases, based on the distinction between “formal neutrality” and “substantive neutrality”. The paper demonstrates that a general ban on wearing religious symbols in employment is not a truly neutral policy, as it places minority religious groups who recognize an obligation to carry certain objects or wear certain clothing at a disadvantage. From this perspective, the ruling reveals a lack of neutrality towards religiosity, with a bias in favor of secularism.

Keywords: religious freedom – neutrality – religious clothing – employment discrimination

I. Introducción

Se ha dicho con razón que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) es el “nuevo jefe de la libertad religiosa en Europa” (PIN y WITTE, 2020: p. 226). En efecto, en los últimos años ese tribunal ha emitido numerosos pronunciamientos vinculados con la libertad religiosa, especialmente a partir de la aplicación de la Directiva 2000/78 a casos que involucran planteos de discriminación en el trabajo por motivos religiosos. El caso “Commune d’Ans”², resuelto el 28 de noviembre de 2023, se inscribe en esa línea jurisprudencial.

En este trabajo, luego de una reseña del caso, contextualizaré este nuevo pronunciamiento en el marco de la línea jurisprudencial existente, para mostrar su relevancia para los estudiosos del área de Derecho y Religión, y de la jurisprudencia europea en general. Como veremos, “Commune d’Ans” presenta por primera vez los estándares aplicables a la discriminación por motivos religiosos en el empleo público, y si bien se basa en pronunciamientos anteriores

² TJUE, Sentencia del 28 de noviembre de 2023, Commune d’Ans, C-148/22, EU:C:2023:378.

del tribunal, en su sentencia el TJUE reconoce mayores atribuciones a los empleadores en el ámbito del empleo público para implementar una prohibición de llevar símbolos religiosos, incluyendo vestimenta religiosa. Así, a una jurisprudencia que reconocía un bajo nivel de protección a la libertad religiosa frente a la decisión de los empresarios de privilegiar la neutralidad ante sus clientes, se ha agregado un precedente que deja librada a los Estados la decisión de establecer un régimen de neutralidad y excluir del empleo público, en los hechos, a grupos de personas que tengan una obligación religiosa de utilizar ciertos símbolos o vestimentas.

Finalmente, presentaré una crítica al concepto de neutralidad que fue crucial para la solución del caso comentado. Como mostraré, la prohibición de utilizar signos religiosos es una medida que tiende a excluir a las personas religiosas del empleo público, privilegiando a quienes tienen otras formas de conciencia en desmedro de aquellas que puedan incluir una creencia en la obligación de llevar ciertos objetos o de vestir ciertas prendas. Propondré, en cambio, un concepto de neutralidad sustantivo que, como mostraré, permite evitar el proselitismo y la discriminación por motivos religiosos desde el Estado, sin dejar de garantizar la libertad religiosa de los ciudadanos.

II. Reseña del Caso

Se trata de una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Laboral de Lieja, Bélgica, que tiene por objeto la interpretación del artículo 2, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva 2000/78 del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación³.

³ Según la transcripción efectuada por el TJUE en la sentencia comentada, el artículo 2 de dicha directiva establece: "1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato a la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 [que incluye la discriminación por motivos de religión o convicciones]. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con

La demandante en el caso, O.P., era jurista de formación y trabajaba para el Ayuntamiento de Ans como encargada de tramitar su contratación pública, puesto que no requería contacto personal con los usuarios del servicio público. Desde el 11 de abril de 2016 hasta el 8 de febrero de 2021 cumplió sus funciones sin llevar ningún signo que pudiera revelar sus convicciones religiosas, pero en esa fecha solicitó autorización para utilizar el velo en el trabajo a partir del 22 de febrero de 2021. El 18 de febrero, el municipio denegó esa solicitud y prohibió a la demandante llevar signos que revelaran sus razones religiosas, lo que fue confirmado el 26 de febrero de 2021. Finalmente, el 29 de marzo de 2021, el Ayuntamiento introdujo en el reglamento de trabajo una obligación llamada “de neutralidad exclusiva”, que prohíbe a todos los trabajadores del Ayuntamiento llevar en el lugar de trabajo cualquier signo visible que pueda revelar sus convicciones, en particular, religiosas o filosóficas, estén o no en contacto con el público.

Según surge de la sentencia comentada, el artículo 9 del reglamento establece:

“El trabajador goza de libertad de expresión, dentro del respeto del principio de neutralidad, de su obligación de reserva y de su deber de lealtad.”

“El trabajador deberá respetar el principio de neutralidad, lo que implica que deberá abstenerse de toda forma de proselitismo y que tiene prohibido exhibir cualquier signo ostensible que pueda revelar su pertenencia a una corriente ideológica o filosófica o sus convicciones políticas o religiosas. Esta norma afecta al trabajador tanto en sus contactos con el público como en sus relaciones con sus superiores jerárquicos y sus compañeros de trabajo.”⁴

La demandante consideró vulnerada su libertad religiosa y alegó que fue discriminada por razón de su religión. El tribunal belga que entendía en el

una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios (...).”

⁴ TJUE, Sentencia del 28 de noviembre de 2023, Commune d’Ans, C-148/22, no publicada, EU:C:2023:378, apartado 15.

caso decidió suspender el procedimiento y planteó dos cuestiones prejudiciales, en los siguientes términos:

“1) ¿Puede interpretarse el artículo 2, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva 2000/78 en el sentido de que autoriza a una administración pública a organizar un entorno administrativo totalmente neutro y, por ende, a prohibir el uso de signos que puedan revelar convicciones religiosas a todos los miembros del personal, estén o no en contacto directo con el público?”

“2) ¿Puede interpretarse el artículo 2, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva 2000/78 en el sentido de que autoriza a una administración pública a organizar un entorno administrativo totalmente neutro y, por ende, a prohibir el uso de signos que puedan revelar convicciones religiosas a todos los miembros del personal, estén o no en contacto directo con el público, aun cuando esta prohibición neutra parece afectar mayoritariamente a las mujeres y, en consecuencia, podría constituir una discriminación encubierta por razón de género?”⁵

En su sentencia, el TJUE comenzó por recordar que en el art. 1 de la Directiva 2000/78, el concepto de “religión” comprende tanto el *forum internum*, que conceptualiza como el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, que sería la manifestación pública de la fe religiosa. Indicó también que los términos “religión” y “convicciones” se consideran en el derecho de la Unión Europea “dos caras de un mismo y único motivo de discriminación”⁶.

Seguidamente, aclaró que la Directiva se aplica tanto al sector público como al privado, por lo que la disposición en juego en este caso, que prohíbe a personal del ayuntamiento llevar en el lugar de trabajo cualquier signo de convicciones filosóficas o religiosas, está incluida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva⁷.

Aplicando el estándar de casos anteriores relativos al uso de símbolos visibles en lugares de empleo, el tribunal afirmó que siempre que la prohibición

⁵ Id., apartado 20.

⁶ Id., apartado 22.

⁷ Id., apartado 23.

se aplique “de manera general e indiferenciada”, no existirá un supuesto de discriminación directa⁸. En cambio, esta norma sí puede constituir una discriminación indirecta si se demuestra que la obligación aparentemente neutra produce una desventaja particular a personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas.

Por ello, concluyó que “a menos que el órgano jurisdiccional remitente constate que, pese a la manera general e indiferenciada en que está redactado el artículo 9 del reglamento de trabajo controvertido en el litigio principal, la demandante en el litigio principal ha sido objeto de un trato diferente respecto de otros trabajadores a los que se autorizó a manifestar sus convicciones (...) mediante el uso de un signo visible que revele tales convicciones o de otro modo y que, por ello, haya sufrido una discriminación directa por motivos de religión o convicciones (...) dicho órgano jurisdiccional deberá examinar si la norma que figura en el artículo 9 del reglamento de trabajo del Ayuntamiento puede ocasionar una desventaja particular a las personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, efectivamente constitutiva de una discriminación indirecta basada en alguno de esos motivos (...)”⁹

A continuación, el tribunal recordó que incluso de verificarse una diferencia de trato, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i) de la Directiva 2000/78, ella no constituirá un trato discriminatorio si está objetivamente justificada con una “finalidad legítima” y “si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios”¹⁰. En este punto, el TJUE aclaró que, aunque el juez nacional es el que, en definitiva, deberá dar las respuestas adecuadas al caso, habría de dar “indicaciones (...) que permitan a ese juez resolver el litigio concreto del que conoce.”¹¹

La primera de tales indicaciones fue que, respecto de la existencia de una finalidad legítima, el Ayuntamiento invocó como sustento de la prohibición

⁸ Id., apartado 27.

⁹ Id., apartado 28.

¹⁰ Id., apartado 30.

¹¹ Id., apartado 31.

la aplicación del “principio de neutralidad del servicio público”, que a su vez encuentra su fundamento jurídico “en los artículos 10 y 11 de la Constitución belga, en el principio de imparcialidad y en el principio de neutralidad del Estado.”¹² Sobre este punto, aclaró que ha de reconocerse a cada Estado miembro y a sus entidades infraestatales “un margen de apreciación en la concepción de la neutralidad del servicio público que aquel pretende promover en el lugar de trabajo.”¹³ Sostuvo entonces que la decisión de aplicar una política de neutralidad exclusiva puede estar justificada, como así también puede estar igualmente justificada la elección de otra administración pública “de abogar por otra política de neutralidad, como una autorización general e indiferenciada del uso de signos visibles de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas, también en los contactos con los usuarios, o por una prohibición del uso de esos signos limitada a las situaciones que impliquen tales contactos.”¹⁴

En este sentido, explicó que la Directiva 2000/78 sólo establece un “marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”¹⁵, y que por lo tanto deja un margen de apreciación para tener en cuenta el contexto propio de cada Estado. Eso es así “a falta de un consenso en el ámbito de la Unión”¹⁶. Por ello, afirmó que puede considerarse que una disposición como la cuestionada persigue una finalidad legítima en el sentido del art. 2, apartado 2, letra b), inciso i) de la nombrada directiva¹⁷.

En segundo término, el TJUE indicó que, para que la norma cuestionada sea apta para garantizar la finalidad legítima perseguida, el objetivo de neutralidad referido debe ser perseguido de forma “congruente y sistemática”, y la prohibición de llevar cualquier signo visible de convicciones debe limitarse “a lo estrictamente necesario”¹⁸. Aclaró que esta finalidad sólo podría perseguirse eficazmente si no se admite ninguna manifestación visible

¹² Id., apartado 32.

¹³ Id., apartado 33.

¹⁴ Id., apartado 33.

¹⁵ Id., apartado 34.

¹⁶ Id., apartado 34.

¹⁷ Id., apartado 36.

¹⁸ Id., apartado 37.

de convicciones, ya sea cuando los trabajadores estén en contacto con los usuarios del servicio público o bien cuando estén en contacto entre ellos, ya que “el hecho de llevar cualquier signo, incluso pequeño, pone en peligro la aptitud de la medida para alcanzar la finalidad supuestamente perseguida y pone en entredicho de ese modo la propia congruencia de ese régimen.”¹⁹

En conclusión, el TJUE respondió a la primera cuestión prejudicial que “el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una norma interna de una administración municipal que prohíbe, de manera general e indiferenciada, a los miembros del personal de dicha administración el uso visible, en el lugar de trabajo, de cualquier signo que revele, en particular, convicciones filosóficas o religiosas puede estar justificada por la voluntad de dicha administración de establecer, teniendo en cuenta el contexto que le es propio, un entorno administrativo totalmente neutro, siempre que dicha norma sea adecuada, necesaria y proporcionada, a la luz de ese contexto y habida cuenta de los diferentes derechos e intereses en juego.”²⁰

Por último, respecto de la segunda cuestión prejudicial, el TJUE consideró que el tribunal nacional no había cumplido con los requisitos expuestos en el art. 94 del Reglamento de Procedimiento, en cuanto demandan que el órgano jurisdiccional remitente explique los supuestos de hecho en los que se basan las cuestiones y que indique las razones que lo han llevado a preguntarse sobre la interpretación de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión y la relación que existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal. Por ello, declaró la inadmisibilidad de la segunda cuestión prejudicial²¹.

¹⁹ Id., apartado 39.

²⁰ Id., apartado 41.

²¹ Id., apartados 49 y 50.

III. La inserción del fallo en la línea jurisprudencial del TJUE sobre el uso de símbolos religiosos.

Como he mencionado, el TJUE se ha convertido paulatinamente en un foro de gran importancia para la discusión de asuntos que involucran a la libertad religiosa. En este apartado, mostraré que el caso comentado se enmarca en una línea jurisprudencial sobre el uso de vestimentas y demás símbolos religiosos en el empleo, vinculados con la aplicación de la Directiva 2000/78²². Sin embargo, como veremos, éste se trata del primer caso relativo a la prohibición del uso de tales prendas en el empleo estatal, a pesar de lo cual el estándar aplicado fue en gran medida coincidente con el de los pronunciamientos anteriores del TJUE, relativos al empleo privado. Luego de repasar los pronunciamientos anteriores del tribunal, analizaré las continuidades y rupturas de “Commune d’Ans” con dichos precedentes.

El 14 de marzo de 2017, el TJUE resolvió los casos “Achbita”²³ y “Bouagnaoui”²⁴. En el primero de ellos, conocido también como “Secure Solutions”, el tribunal debió emitir una decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación de Bélgica, en el litigio entre Achbita y G4S Secure Solutions, relativo a la prohibición impuesta por G4S a sus trabajadores de llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas, y de observar cualquier rito relacionado con dichas convicciones en el lugar de trabajo. Achbita, quien profesaba la religión musulmana y había trabajado más de tres años para la empresa como recepcionista, había sido despedida luego de informar que comenzaría a llevar un pañuelo islámico durante las horas de trabajo. Ante la comunicación de la empleada, G4S había dispuesto una modificación de su reglamento interno incluyendo la prohibición cuestionada, con el objetivo de seguir una política de “neutralidad”²⁵.

²² Si bien en este trabajo se hacen múltiples referencias al contenido de la Directiva 2000/78, una explicación sistemática de sus objetivos y contenido, aplicada específicamente al ámbito de la libertad religiosa, se encuentra en TONELLI (2020: p. 456 y ss.) y en PIN y WITTE (2020: p. 238).

²³ TJUE, Sentencia de 14 de marzo de 2017, Achbita/Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203.

²⁴ TJUE, Sentencia de 14 de marzo de 2017, Bouagnaoui, C-188/15, EU:C:2017:204.

²⁵ TJUE, Sentencia de 14 de marzo de 2017, Achbita/Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, apartado 13.

La cuestión prejudicial planteada en “Achbita”, como la interpretó el tribunal, era “que se dilucide si el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que impide de forma general el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo constituye una discriminación directa prohibida por esta Directiva.”²⁶

El TJUE descartó que se tratase de un supuesto de discriminación directa, ya que dicha regulación “trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos.”²⁷ En otras palabras, no se trata de una discriminación directa porque Achbita no fue tratada de forma diferente a como lo hubiese sido cualquier otro trabajador que quisiera utilizar los mismos símbolos o vestimentas religiosas.

Sin embargo, en el sistema de la Directiva 2000/78, se contempla también una forma de discriminación indirecta, prevista en el artículo 2, apartado 2, letra b), cuando una norma que es aparentemente neutra ocasiona, de hecho, una desventaja particular a un grupo, que en este caso podrían ser personas que profesan una religión determinada que, como el islam, obliga a llevar prendas que se encuentran prohibidas. El TJUE consideró que, frente a la posibilidad de que el tribunal llegue a la conclusión de que la norma aprobada por G4S Secure Solutions establezca una diferencia que pueda constituir una discriminación indirecta, tal regulación podría encontrarse justificada según el inciso i) de la letra b) del citado artículo si persigue una finalidad legítima y si los medios para alcanzar esta finalidad son adecuados y necesarios²⁸.

En este punto, el TJUE brindó una serie de indicaciones al tribunal nacional, que pueden sintetizarse en las siguientes pautas. Primero, advirtió

²⁶ Id., apartado 22.

²⁷ Id., apartado 30.

²⁸ Id., apartados 34 y 35.

que “el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes”²⁹ será una finalidad legítima al menos cuando la reglamentación alcance sólo a los trabajadores que están en contacto con los clientes. Segundo, el carácter adecuado de la reglamentación para alcanzar esa finalidad depende de que su aplicación sea “congruente y sistemática”³⁰. Finalmente, respecto del carácter necesario de la reglamentación, el TJUE advirtió que debía comprobarse si G4S tenía la posibilidad de ofrecer a la empleada un puesto que no conllevara contacto con los clientes. Ello con la advertencia de que debía tenerse en consideración “las limitaciones propias de la empresa” y que ello no debía representar “una carga adicional para ésta”³¹.

El otro caso resuelto en la misma fecha, “Bouagnaoui”, se trató de un pedido de decisión prejudicial planteado por el Tribunal de Casación de Francia en el marco del litigio entre Bouagnaoui y Micropole SA. En este caso, Bouagnaoui era empleada de Micropole SA y prestaba servicios en locales de clientes de dicha empresa. Uno de esos clientes se quejó de que la nombrada llevara un velo mientras cumplía con su trabajo, y pidió a la empresa que no se repitiera esa situación. Consecuentemente, se le requirió a Bouagnaoui que aceptara no utilizar el velo en función de que la empresa quería respetar una política de “neutralidad”³², y ante la negativa de la empleada a dejar de utilizar el velo, fue despedida.

La cuestión del caso, según la enunció el TJUE, es “que se dilucide si el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de la citada disposición.”³³

²⁹ Id., apartado 38.

³⁰ Id., apartado 40.

³¹ Id., apartado 43.

³² TJUE, Sentencia de 14 de marzo de 2017, Bouagnaoui, C-188/15, EU:C:2017:204, apartado 14.

³³ Id., apartado 25.

Aquí, en primer término, el tribunal indicó que el caso podría constituir un supuesto de discriminación indirecta en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 si se acredita que una norma en apariencia neutra ocasiona una desventaja particular a personas que profesan una religión determinada. En ese caso, correspondería aplicar los mismos criterios presentados en la decisión tratada anteriormente. Es decir que la decisión de la empresa de llevar adelante una política de neutralidad, a partir de una prohibición general aplicada de manera congruente y sistemática y que sea necesaria, podría constituir una diferencia de trato no discriminatoria en los términos de la Directiva³⁴. En este punto, el estándar no difiere del aplicado en el caso “Achbita”.

En cambio, el TJUE afirmó que, si el despido no se basó en la existencia de una norma interna, corresponde examinar el caso de acuerdo con lo planteado en el pedido de decisión prejudicial, y por lo tanto, preguntarse “si la voluntad de un empresario de tener en cuenta el deseo de un cliente de que los servicios no sigan siendo prestados por una trabajadora que, al igual que la Sra. Bougnaoui, ha sido enviada por ese empresario al centro de trabajo del cliente y lleva un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78.”³⁵ En este punto, el tribunal explicó que el concepto de “requisito profesional esencial y determinante” es “un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo”³⁶. Por ende, una consideración subjetiva como lo sería tener en cuenta las preferencias de un cliente de no ser atendido por una persona que use un velo, no puede constituir tal requisito.

El siguiente caso relevante para este estudio es “WABE”³⁷, resuelto el 15 de julio de 2021, en el que el TJUE precisó y profundizó algunos de los

³⁴ Id., apartado 32.

³⁵ Id., apartado 34.

³⁶ Id., apartado 40.

³⁷ TJUE, Sentencia de 15 de julio de 2021, WABE, C-804/18, EU:C:2021:594.

estándares establecidos en los casos anteriores. En el caso, en lo relevante para este trabajo, IX, empleada de una red alemana de guarderías que se declara “apolítica y aconfesional” y que suscribe una política de estricta “neutralidad”, fue amonestada por presentarse en su lugar de empleo llevando un pañuelo islámico y negarse a quitárselo³⁸.

La primera cuestión presentada era “si los artículos 1 y 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones de los trabajadores que siguen determinadas reglas vestimentarias con arreglo a preceptos religiosos.”³⁹ En este punto, el TJUE aclaró que el hecho de que una norma general produzca un impacto diferencial más perjudicial para algunas personas en función de sus creencias religiosas no influye en la determinación de si se trata de un caso de discriminación directa⁴⁰.

La segunda cuestión, según la explicó el tribunal, era “si el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o el sexo, dimanante de una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, puede estar justificada por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa ante sus clientes o usuarios con el fin de tener en cuenta las expectativas legítimas de estos.”⁴¹ Al respecto, el tribunal partió de la premisa de que la norma en cuestión constituía una diferencia de trato basada indirectamente en la religión en virtud de que, conforme a las apreciaciones del órgano jurisdiccional nacional, aquella afectaba casi exclusivamente a mujeres musulmanas⁴².

³⁸ Id., apartado 28.

³⁹ Id., apartado 43.

⁴⁰ Id., apartado 53.

⁴¹ Id., apartado 56.

⁴² Id., apartado 59.

Aquí, citando una vez más el precedente “Achbita”, el TJUE afirmó que constituye una finalidad legítima la voluntad de un empresario de seguir un régimen de neutralidad en las relaciones con los clientes. Pero agregó que “la mera voluntad de un empresario de llevar adelante un régimen de neutralidad, aunque constituya, en sí, una finalidad legítima, no es suficiente, por sí sola, para justificar objetivamente una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, ya que el carácter objetivo de tal justificación solo puede determinarse ante una necesidad real de ese empresario, necesidad que incumbe a este demostrar.”⁴³

Respecto de la necesidad del empresario, el tribunal afirmó que pueden tenerse en cuenta los derechos y expectativas legítimas de los clientes o usuarios (tales como el derecho de los padres de garantizar la educación de sus hijos conforme a sus propias creencias religiosas), como así también la naturaleza y el contexto en que se inscriben las actividades del empresario⁴⁴. Finalmente, además de ese requisito de justificación objetiva, debe verificarse el mismo estándar propuesto en “Achbita”, en cuanto a la congruencia y sistematicidad de la aplicación de la regulación, y la necesidad de la medida.

Finalmente, el 13 de octubre de 2022 el TJUE resolvió el caso “S.C.R.L.”⁴⁵, sobre una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Laboral Francófono de Bruselas, Bélgica, en el litigio en que la demandante, de religión musulmana, impugnó la falta de celebración de un contrato de prácticas que estaría basada en sus creencias religiosas, ya que S.C.R.L. no le permitía realizar las prácticas porque “en sus instalaciones no se permitía ninguna prenda que cubriera la cabeza, fueran gorras, gorros o pañuelos.”⁴⁶

Según la interpretó el TJUE, la cuestión prejudicial relevante para este estudio era “si el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una disposición de un reglamento laboral

⁴³ Id., apartado 64.

⁴⁴ Id., apartados 65-67.

⁴⁵ TJUE, Sentencia de 13 de octubre de 2022, S.C.R.L., C-344/20, EU:C:2022:328.

⁴⁶ Id., apartado 18.

de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean, constituye, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa por motivos de religión o convicciones, en el sentido de dicha Directiva.”⁴⁷

Siguiendo el estándar expuesto en los casos anteriormente reseñados, el TJUE descartó que dicha prohibición, aplicada de manera general e indiferenciada, pueda constituir un supuesto de discriminación directa. Destacó que “de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que no se alega que S.C.R.L. no haya aplicado el reglamento laboral controvertido en el litigio principal de manera general e indiferenciada o que la demandante en el litigio principal haya sido tratada de manera diferente a cualquier otro trabajador que haya manifestado su religión o sus convicciones religiosas o filosóficas mediante el uso visible de signos, de prendas de vestir o de cualquier otro modo.”⁴⁸

En cuanto a la posibilidad de que la norma controvertida pudiera constituir un supuesto de discriminación indirecta, el TJUE recordó el estándar sentado en “Achbita”, y reiteró que “puede considerarse legítima la voluntad de un empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes.”⁴⁹ Agregó aquí el requisito de que se trate de una “justificación objetiva” que, como lo había explicado en “WABE”, implicaba que se base en una necesidad real del empresario y no en una mera preferencia subjetiva. El tribunal explicó que “esta interpretación se inspira en el deseo de fomentar por principio la tolerancia, el respeto y la aceptación de un mayor grado de diversidad y de evitar que el establecimiento de una política de neutralidad en el seno de la empresa se use indebidamente

⁴⁷ Id., apartado 30.

⁴⁸ Id., apartado 36.

⁴⁹ Id., apartado 39.

en perjuicio de trabajadores que observen preceptos religiosos que les exigen vestirse de un determinado modo.”⁵⁰

Este repaso de las decisiones del TJUE nos revela que, en el marco de una línea jurisprudencial que ha protegido muy poco a la libertad religiosa de los ciudadanos, el nuevo fallo sólo empeora la situación. Así, mientras que en los casos anteriores el TJUE privilegió las políticas de los empresarios orientadas a mantener conformes a sus clientes, incluso aunque ellas favorecieran la contratación de personal que no tuviera ciertas creencias religiosas, en el empleo público todo lo que debe hacer el Estado es invocar una política general de neutralidad para justificar la prohibición de utilizar símbolos religiosos. El tribunal se rehusó a ejercer un control relativo a la necesidad de implementar esa prohibición para alcanzar una verdadera neutralidad, e incluso, como desarrollaré a continuación, dejó de lado límites que sí había aplicado para el empleo privado.

En efecto, el caso comentado ilustra cómo los estándares reseñados se adaptan a las particularidades del empleo público. En primer término, no hay diferencias en cuanto a la determinación de qué constituye una discriminación directa, pues para ello debe comprobarse que la demandante haya sido objeto de un trato diferente respecto de otros trabajadores. Una norma aparentemente neutral, en consecuencia, resistirá un cuestionamiento de discriminación directa en los términos de la Directiva 2000/78.

Como lo ha expuesto DAVIES (2023), esta forma de encarar los casos de prohibiciones a los símbolos religiosos es cuestionable, en tanto también podría entenderse que las normas que establecen prohibiciones generales sí causan una discriminación directa. Ello así pues, para la autora citada, debería entenderse que hay discriminación directa cuando es la hostilidad hacia un determinado grupo lo que motivó la aprobación de la norma en primer lugar. Así, toda vez que la mayor parte de las prohibiciones recientemente implementadas contra la exhibición de símbolos religiosos obedece a sentimientos de islamofobia, debería tratárselos como supuestos de

⁵⁰ Id., apartado 41.

discriminación directa. La diferencia es esencial, puesto que, si se acepta la conclusión de que estas políticas son directamente discriminatorias, la Directiva 2000/78 las prohibiría sin necesidad de efectuar el análisis de su justificación, que sí es necesario ante diferencias de trato que puedan constituir una discriminación indirecta.

Las diferencias se presentan en el ámbito de la discriminación indirecta pues, si bien los conceptos empleados por el TJUE son los mismos que para los casos del empleo privado, los ciudadanos parecen tener una menor protección cuando los embates contra la libertad religiosa provienen del propio Estado. En primer lugar, aunque se mantiene el requisito de la justificación objetiva de la regulación con base en una finalidad legítima, no se ha aplicado el mismo estándar de “WABE”, puesto que el Estado no necesita demostrar una necesidad objetiva para perseguir la neutralidad, sino que basta con una mera preferencia. El TJUE reconoce en este punto un margen de apreciación al Estado y a sus divisiones internas, pues, según afirma, ello les permite tener en cuenta su propio contexto frente a la ausencia de un consenso sobre la cuestión. De este modo, los Estados tienen la posibilidad de establecer diferencias de trato con base en las creencias religiosas de sus ciudadanos, únicamente invocando su decisión soberana de garantizar un entorno administrativo sin manifestaciones visibles de convicciones.

Para comprender las diferencias entre el test aplicado por el tribunal en “Commune d’Ans” y el que había diseñado en los casos anteriores, es útil remitirse a las conclusiones del Abogado General Collins⁵¹. Allí, respecto del requisito de la existencia de una justificación objetiva, observó que “la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, desarrollada en relación con el sector privado, según la cual el carácter objetivo de tal justificación solo puede determinarse si existe una necesidad real de ese empresario, necesidad que incumbe a este último demostrar, me parece también totalmente pertinente en el presente caso.”⁵²

⁵¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Anthony M. Collins presentadas el 4 de mayo de 2023, Commune d’Ans, C-148/22.

⁵² Id., apartado 65.

Al respecto, observó que en Bélgica coexisten diversas concepciones del principio de neutralidad del Estado, entre las que mencionó la “neutralidad inclusiva”, la “neutralidad excluyente” y las concepciones intermedias. De acuerdo con su descripción, en la neutralidad inclusiva “lo importante es la neutralidad de los actos realizados por el empleado, y no la de su apariencia, de manera que no puede prohibírsele que lleve signos de convicciones, especialmente filosóficas o religiosas”, mientras que la concepción excluyente implica que “debe prohibirse a todo empleado público exhibir tales signos en el trabajo, con independencia de la naturaleza de sus funciones y del contexto en que se ejerzan.” Según las concepciones intermedias, por ejemplo, es posible “reservar tal prohibición a los empleados que están en contacto directo con el público o a los que ejercen funciones de autoridad, en contraposición a las meras funciones de ejecución.”⁵³

El Abogado General, a diferencia del TJUE, no dio por sentado que la decisión del ayuntamiento por una política de “neutralidad exclusiva” se encontrara objetivamente justificada, sino que entendió que correspondería al órgano jurisdiccional remitente determinar si el ayuntamiento había demostrado “de forma suficiente en Derecho que su decisión de adoptar una concepción excluyente del principio de neutralidad responde a una necesidad auténtica.”⁵⁴ Ello, desde el punto de vista jurídico, punto en el que notó que “ninguna de las partes en el procedimiento ha mencionado una normativa nacional que obligue al Ayuntamiento a adoptar una concepción excluyente de la neutralidad y, por tanto, a imponer a sus empleados una prohibición absoluta del uso de signos de convicciones, en particular filosóficas o religiosas en el ejercicio de sus funciones.”⁵⁵ Pero también desde el punto de vista fáctico, punto respecto del que señaló que otros ayuntamientos autorizan sin reservas el uso de signos de convicciones, y que debería verificarse si tal situación no es trasladable a Ans “debido, por ejemplo, a la posible existencia en su término de fuertes tensiones comunitarias o de graves problemas

⁵³ Id., apartado 66.

⁵⁴ Id., apartado 68.

⁵⁵ Id., apartado 70.

sociales o, dentro de su propia Administración, de actos de proselitismo o de un riesgo concreto de conflictos con los empleados relacionados con tales convicciones.”⁵⁶

El Abogado General aclaró también que la carga de la prueba en lo relativo al carácter objetivo de la justificación recae en el Estado, con lo que lo equipara a lo resuelto en casos anteriores respecto del empleo privado.

También queda claro en las conclusiones del Abogado General que, incluso de admitirse a la política de neutralidad como una finalidad legítima objetivamente justificada, debía verificarse el carácter adecuado y necesario de los medios para la consecución de tal finalidad. En este punto, como expuse en la reseña del caso, el TJUE no efectuó ninguna consideración relativa a la posibilidad de mantener la neutralidad estatal, por ejemplo, limitando la prohibición de llevar símbolos religiosos a quienes estuvieran en contacto con los usuarios del servicio público. El Abogado General, en cambio, afirmó que era necesario verificar si la extensión de la prohibición era necesaria, especialmente en virtud de la existencia de regímenes más permisivos en otros municipios belgas⁵⁷.

En relación con ello, en el fallo del TJUE se observa el abandono del estándar establecido en “Achbita” según el cual debía verificarse si el empleador podía adecuar la prestación de tareas de la demandante para evitar que tuviera contacto con el público y que, de ese modo, pudiera continuar prestando funciones utilizando su vestimenta religiosa. Como hemos visto, en los casos anteriores a “Commune d’Ans”, el tribunal consideraba que la prohibición de utilizar símbolos religiosos sólo era necesaria para mantener la política de neutralidad de la empresa si el trabajador tenía contacto con los clientes.

En el caso del empleo público, la situación cambia, porque la política estatal invocada por el ayuntamiento incluye cualquier manifestación de creencias religiosas, es decir, también aquellas que no son perceptibles para terceros, sino sólo para otros empleados públicos. En consecuencia, el TJUE

⁵⁶ Id., apartado 73.

⁵⁷ Id., apartado 76.

no indicó al tribunal remitente que debía analizar si el Estado había contemplado la posibilidad de adecuar las funciones de la demandante. Al fallar así, el tribunal virtualmente eliminó el requisito de la necesidad, incurriendo, a mi entender, en una petición de principio: el mayor alcance de la prohibición es necesario para alcanzar la neutralidad porque el ayuntamiento considera que la neutralidad debe alcanzar a todos los empleados.

En el próximo apartado, pondré en duda el carácter neutral de la política aplicada por el ayuntamiento de Ans. Para ello, demostraré que una política auténticamente neutral debe tener en cuenta la situación de desventaja en la que una prohibición general de llevar símbolos religiosos en el empleo coloca a los grupos religiosos que tienen una obligación de utilizar una determinada vestimenta.

IV. ¿Es realmente neutral la prohibición de uso de símbolos religiosos?

El caso “Commune d’Ans” debe ser visto como una derrota de la libertad religiosa en Europa, ya que la política de “neutralidad exclusiva” que se consideró no discriminatoria en los términos de la Directiva 2000/78, tiene el efecto de excluir a un grupo religioso minoritario del empleo público. Como hemos visto, la libertad reconocida en este fallo a los empleadores estatales es aún mayor que la que los casos anteriores otorgaron a los empleadores privados, puesto que la decisión de adoptar una política de neutralidad ni siquiera debe limitarse a los empleados públicos que tengan contacto con los clientes, sino que puede abarcar a todos los puestos de trabajo estatales y, consecuentemente, el efecto excluyente de esta medida puede ser mucho mayor. El hecho de que el TJUE no reconozca a esta práctica estatal como una forma de discriminación revela, una vez más, el lugar que ocupa en su agenda la protección de la libertad religiosa.

El que una prohibición general que se aplica indistintamente a toda la población pueda ser, aun así, discriminatoria es fácilmente comprensible. Un buen ejemplo de ello sería la prohibición de la circuncisión, que, aunque

tuviera un alcance general, se trataría de una norma que no afectaría a casi nadie, salvo por los grupos religiosos que la practican y que se verían desfavorecidos (BRUSAU, 2023: p. 31). Del mismo modo, la prohibición de utilizar símbolos o vestimentas religiosas únicamente afecta a aquellos que profesan una religión que incluye mandatos de llevar consigo ciertos símbolos o de usar ciertas prendas. Los ciudadanos que no profesan ninguna religión, o que en cambio sostienen creencias que no incluyen el uso de tales símbolos, no se ven afectados por esta clase de prohibiciones. En consecuencia, esta política no debe ser considerada verdaderamente “neutral”.

Con razón el concepto de neutralidad adoptado por el TJUE ha sido calificado de “laicista” (BELL, 2017: p. 793). El laicismo, como explica el profesor Santiago, “parte de una consideración negativa del fenómeno religioso y sólo admite ‘tolerarlo’ con resignación en el ámbito de la vida privada de los ciudadanos” (SANTIAGO, 2008: p. 96). Pero la religiosidad no puede limitarse a la esfera interna o a la vida privada de las personas pues, para muchas personas religiosas, sus creencias inspiran la totalidad de sus decisiones y comportamientos. Por ello, bajo el ropaje de neutralidad, las medidas que prohíben los símbolos religiosos en el lugar de trabajo establecen una diferenciación entre dos grupos, favoreciendo a aquellos que son indiferentes respecto del uso de símbolos religiosos por sobre los que no lo son. A estos últimos, se los puede privar del acceso a determinados espacios generalmente abiertos a personas con distintas creencias y costumbres, como lo es el empleo público.

La concepción de la religión así expresada es absolutamente negativa, puesto que se presenta como una creencia irracional y negativa para el ámbito laboral. Así, primero, las personas que aducen haber sido discriminadas son aquellas que no aceptaron sacarse sus pañuelos o velos, es decir, que no adoptaron una conducta que todos los demás empleados admitieron. Pero esta postura no toma en cuenta que el requisito de concurrir al trabajo sin utilizar símbolos de las creencias religiosas únicamente impone una carga a los miembros de religiones que incluyen una obligación de ese carácter. Además, en segundo lugar, esta prohibición parece partir de la base de que

la confluencia en el lugar de trabajo de personas con distintas creencias religiosas acarreará conflictos personales o de otra índole, sin ninguna prueba de que ello ocurra. De hecho, tal confluencia se da en la sociedad en general y en diversos ámbitos de manera cotidiana, sin que la diversidad obstaculice el desarrollo de la vida en normalidad.

Para preguntarnos cómo funcionaría una política verdaderamente neutral frente a la utilización de símbolos religiosos, resulta útil la distinción establecida por LAYCOCK (1990: pp. 999-1002) entre la “neutralidad formal” y la “neutralidad sustantiva”. De acuerdo con este autor, la neutralidad formal en materia religiosa se alcanza cuando no se establecen clasificaciones sobre la base de la religión. En cambio, la neutralidad sustantiva significa que el Estado debería minimizar su interferencia con las creencias y prácticas religiosas de los ciudadanos, ya sea que esa interferencia sea para incentivarla o desincentivarla. Desde la perspectiva de la neutralidad sustantiva, la religión debe ser privada en el sentido de que debe ser dejada a la elección de cada persona, con la menor interferencia posible de terceros. “La religión puede florecer o marchitarse; puede cambiar o permanecer igual. Lo que le ocurra a la religión depende de las personas que actúan individual y voluntariamente; no depende de las personas que actúan colectivamente a través del Estado.” (LAYCOCK, 1990: p. 1002).

El concepto de neutralidad en materia religiosa reconocido por el TJUE se corresponde con la noción de neutralidad formal, en tanto proscribire las diferencias de trato en función de las creencias religiosas de los ciudadanos. Por ello, la prohibición general de llevar símbolos religiosos se entiende neutral a pesar de que ella sólo afecte a grupos minoritarios de la población y de que los excluya del empleo público. Pero esa política no es compatible con la neutralidad sustantiva, porque su aplicación desincentiva explícitamente la observancia de preceptos religiosos por parte de quienes reconocen una obligación de utilizar esos símbolos como parte de su religión.

Aun así, el concepto de neutralidad sustantiva deja un margen de decisión legítimo para el Estado. Como el Estado no debe incentivar ni desincentivar la adhesión a una religión o a convicciones determinadas, las

políticas que procuren prevenir el proselitismo favorable a una religión desde el Estado están justificadas. Así, por ejemplo, un Estado podría prohibir el uso de símbolos que convoquen a adherir a una religión o a creencias determinadas por parte de los empleados públicos en su lugar de trabajo, especialmente en los casos de empleados que tengan contacto con el público. En este punto, la referencia efectuada por el Abogado General Collins respecto de que debería considerarse si existían casos de proselitismo en el ayuntamiento de Ans luce especialmente atinada. En ese caso, podría justificarse un mayor alcance de la prohibición para que el uso de símbolos religiosos no se confundiera con una aprobación del proselitismo, aunque probablemente ello sólo estaría justificado por un breve lapso. Es que una vez que la desaprobación por parte del Estado de tales actitudes se torna pública, la prohibición del uso de cualquier símbolo religioso ya no estaría más justificada, pues ese uso sería claramente atribuible al individuo, y no al Estado.

Pero en el caso “Commune d’Ans”, la prohibición no cumplía esa función. En primer lugar, porque el uso de un pañuelo para cubrir el cabello no es una forma de proselitismo religioso. No se trata de una propaganda para difundir el islam, sino del cumplimiento de un deber religioso personal por parte de la empleada que busca vivir su vida de conformidad con sus creencias⁵⁸. En segundo lugar, porque el mero hecho de que un empleado público lleve un símbolo religioso no puede seriamente ser entendido como un apoyo del Estado a ese culto. Es decir que el Estado puede contratar una persona que profese una religión, sin identificarse él mismo con esa religión en particular, ni sostener sus valores o la verdad de sus postulados.

⁵⁸ Para una comparación con otros símbolos religiosos, véase DAVIES (2023). La autora explica que, en otras religiones, en particular, el cristianismo, es común utilizar símbolos religiosos como actos comunicativos, por ejemplo, joyería en forma de cruz, destinada a ser vista por terceros. En esos casos, sería más razonable entender que el uso de un símbolo implica proselitismo religioso que en el caso del uso de un velo, que no procura enviar ningún mensaje a ninguna persona, sino que, por el contrario, de acuerdo con la doctrina más tradicional, se utiliza para ocultar el cabello de la mujer de terceros. En cambio, el uso del velo sería equiparable a la situación de una mujer cristiana que elige vestirse modestamente y no utilizar pantalones cortos ni una pollera, sin importar la temperatura. Claro está que cada persona puede atribuirle al uso de símbolos religiosos un significado diferente.

Podría afirmarse también que la justificación de la prohibición general de utilizar símbolos religiosos está dada porque lo que se persigue no es la neutralidad en el trato a los empleados públicos, sino respecto de los clientes y usuarios de los servicios públicos. Este argumento debe ser descartado ya en virtud de la diferenciación entre las creencias de los empleados públicos y el ideario del Estado. Pero, además, esa idea no se corresponde con lo que se observa en los casos reseñados en este trabajo. Las reglamentaciones, tanto las de los empresarios privados como la del Estado, han sido aplicadas prioritariamente contra personas que profesaban el islam en países en los que dicha religión es muy minoritaria. De modo tal que los usuarios de servicios públicos no pueden sentirse disminuidos o discriminados por ser atendidos por una persona cuya vestimenta obedece a mandatos de la religión islámica. Además, el trato dispensado por un empleado público puede o no ser neutral, independientemente de la utilización de los símbolos religiosos. En todo caso, si realmente las creencias religiosas del funcionario implican un sesgo en su función, lo único que produce el uso de un símbolo religioso es exponer esa situación, lo que contribuye a lograr una mayor transparencia. Por ende, si lo que se intenta es evitar un trato desigual a los usuarios del servicio público, ello debe lograrse a través de un control sobre los actos funcionales de los empleados. Estas razones hablan a favor de la adopción de una política de “neutralidad inclusiva”, como la definieron otros municipios belgas según surge de las conclusiones del Abogado General en “Commune d’Ans”.

De lo expuesto surge que una prohibición general de llevar símbolos religiosos en público no es una medida neutral, sino que afecta especialmente a grupos determinados. En el ámbito del empleo público, medidas de este estilo excluyen a grupos religiosos de la posibilidad de acceder a esos espacios. Si se elige mantener esa prohibición, una solución verdaderamente neutral sería reconocer exenciones para los casos en que la utilización de esos símbolos constituye una obligación según las creencias religiosas

sinceras del ciudadano⁵⁹. Es que al permitir que estas personas utilicen sus símbolos religiosos, desaparecería el desincentivo a la práctica religiosa, mientras que, en cambio, no se generaría un incentivo a convertirse a esa religión, puesto que probablemente nadie estaría dispuesto a adoptar nuevas creencias para tener el derecho de cubrir su cabello en el horario laboral. Tampoco se produciría un costo al Estado ni a terceros, a quienes, cuanto mucho, se les exigiría tolerar el comportamiento de un grupo minoritario que no resulta de su agrado. En tanto, para quienes observan sus deberes religiosos con sinceridad, la exención les posibilitaría acceder en igualdad de condiciones al empleo público, sin abandonar su identidad religiosa.

No obstante, creo que el acogimiento de la doctrina del margen de apreciación nacional por parte del TJUE en términos generales es un acierto, ya que constituye un reconocimiento de la diversidad existente en Europa y evita la imposición de puntos de vista propios o parciales por parte de los jueces (SANTIAGO, 2020: pp. 140-141). A fin de cuentas, las instituciones más cercanas a los ciudadanos suelen ser las que se encuentran en el mejor lugar para identificar los acuerdos básicos en puntos especialmente debatidos, como suele ser la libertad religiosa, aspecto respecto del que, como se sabe, existen en Europa profundos desacuerdos.

¿Por qué, entonces, sostengo que debemos interpretar este fallo como una derrota para la libertad religiosa? En primer lugar, porque la doctrina del margen de apreciación nacional parece haber sido utilizada incorrectamente en este caso. En efecto, incluso dentro de aspectos ampliamente controvertidos, pueden encontrarse puntos de consenso. En tal sentido, se ha observado que en Europa existe un consenso que permite la utilización del

⁵⁹ Así lo advierten PIN y WITTE (2020: p. 226). Un debate diferente es el de si estas exenciones deberían ser reconocidas por el legislador al diseñar la norma general o si los tribunales debieran poder reconocer estas excepciones frente a determinados requisitos. En este comentario, sólo quiero señalar que un sistema de exenciones sería una solución más compatible con la proclamada "neutralidad". Por la índole de este trabajo, he dejado de lado cuestiones centrales que deberían discutirse al aplicar un sistema de exenciones religiosas, por ejemplo, cómo determinar la sinceridad de quien solicita la exención, o cuál es el grado de daño a terceros que podría desaconsejar el reconocimiento de una exención en un caso determinado. De todos modos, muchos de esos problemas no están en juego en el caso del uso de símbolos religiosos, puesto que prácticamente no hay incentivos no religiosos para realizar la conducta en cuestión que pudieran poner en duda la sinceridad de los peticionantes, ni las exenciones producirían daños relevantes a terceros.

velo en el trabajo, especialmente en roles que, como el que ocupaba la peticionante en este caso, no involucran atender al público (VICKERS, 2023). En segundo lugar, porque la adopción de esta doctrina en el caso de una norma que claramente procuraba excluir a un grupo religioso minoritario del acceso al empleo público elimina la protección reconocida en la Directiva 2000/78, que, más allá de su acierto o error, se orienta a prevenir la discriminación en el trabajo. Si este caso no está dentro del “núcleo esencial” de tal protección (SANTIAGO, 2020: p. 140), entonces ella es una mera declaración sin contenido. Otra lectura posible, pero incluso más peligrosa, es pensar que para el TJUE la libertad religiosa no es más que “una reliquia del pasado” (PIN y WITTE, 2021), por lo que su protección no resulta prioritaria.

V. Reflexiones finales

En una nota sobre los fallos anteriores del TJUE relativos al uso de símbolos religiosos en el empleo privado, el profesor italiano PIN (2021) afirmó que “el panorama actual es triste tanto para los religiosos practicantes como para la UE en su conjunto. La UE lleva años tratando de reinventarse, dedicándose cada vez más a la narrativa de los derechos fundamentales. Pero la preocupación por la libertad religiosa parece sentarse en la última fila, dejando la primera línea a los derechos económicos que han sido la columna vertebral de la integración europea desde la década de 1950.” Creo haber demostrado aquí que el fallo “Commune d’Ans” ha empeorado esta situación, no ya en el nombre de las libertades económicas de los empresarios, sino en el mero interés de una supuesta neutralidad invocada desde el Estado.

Así, en el primer caso en que debió analizar la prohibición de la utilización de símbolos religiosos en el empleo público, el TJUE ha flexibilizado las ya modestas protecciones establecidas contra la discriminación por motivos religiosos en su aplicación de la Directiva 2000/78. De este modo, autorizó una política que, en los hechos, excluye del empleo público en el ayuntamiento de Ans a las mujeres musulmanas que quieran cumplir con su obligación sinceramente asumida de cubrir su cabello en público. Siguiendo

las pautas establecidas por el TJUE, la directiva europea contra la discriminación en el empleo no ampara a este grupo religioso minoritario contra una norma que está directamente dirigida a impedir su desempeño en puestos públicos a menos que acepten dejar de lado sus convicciones religiosas.

He mostrado también que esta política pública, llamada de “neutralidad exclusiva”, no resulta auténticamente neutral, sino que tiene un sesgo laicista, que comunica una visión negativa del fenómeno religioso, y que privilegia formas de conciencia diferentes a la religión. Así, al implementar una prohibición de utilizar símbolos religiosos, el Estado crea incentivos para que las personas religiosas dejen de lado su fe o, al menos, desobedezcan un precepto religioso que han asumido, para obtener un beneficio que está generalmente disponible. En cambio, he explicado que permitir la utilización de símbolos religiosos no produciría un incentivo para convertirse a una religión determinada, por lo que resultaría una política auténticamente neutral.

Para concluir, con independencia del estándar aplicado por el TJUE, creo que debemos lamentar que se consolide en algunos países europeos la práctica de excluir a una minoría religiosa del empleo público sobre la base de sus creencias. Nada cambia que ello se realice a través de normas aparentemente neutrales. Es cierto, la prohibición de utilizar símbolos que expresen creencias es de aplicación general, pero su efecto sólo parece haber impactado sobre las mujeres musulmanas.

VI. Bibliografía

BELL, M. (2017) *Leaving Religion at the Door: The European Court of Justice and Religious Symbols in the Workplace*. *Human Rights Law Review*, 17(4), 784-796.

BRUSAU, J. (2023) *Circuncisión Infantil: ¿Criminalización o Regulación de la Práctica Religiosa?*. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 9(2), 1-39.

DAVIES, G. (2023) *OP v Commune d'Ans: The 'Entirely Neutral' Exclusion of Muslim Women From State Employment*. European Law Blog. Accesible en: <https://europeanlawblog.eu/2023/12/14/op-v-commune-dans-the-entirely-neutral-exclusion-of-muslim-women-from-state-employment/>

LAYCOCK, D. (1990) *Formal, Substantive, and Disaggregated Neutrality toward Religion*. DePaul Law Review, 39(4), 993-1018.

MCCONNELL, M. W., BERG, T. C. Y LUND, C. C. (2022) *Religion and the Constitution* (5a ed.). Maryland: Aspen Publishing.

PIN, A. (2021) *The EU Needs an RFRA: The Leftovers of Religious Freedom in the Case Law of the Court of Justice*. Canopy Forum. Accesible en: <https://canopyforum.org/2021/08/03/the-eu-needs-an-rfra-the-leftovers-of-religious-freedom-in-the-case-law-of-the-court-of-justice/>

PIN, A. y WITTE, J. JR. (2020). *Meet the New Boss of Religious Freedom: The New Cases of the Court of Justice of the European Union*. Texas International Law Journal, 55(2), 223-268.

PIN, A. y WITTE, J. JR. (2021). *Slaughtering Religious Freedom at the Court of Justice of the European Union*. Canopy Forum. Accesible en: <https://canopyforum.org/2021/02/16/slaughtering-religious-freedom-at-the-court-of-justice-of-the-european-union/>

Religious Liberty: *CJEU's Secular Bias* (2023). European Centre for Law & Justice. Accesible en <https://eclj.org/religious-freedom/eu/worrying-signs-reflections-on-the-cjeus-secular-bias-in-religious-liberty-jurisprudence>

RICHARDSON, J. (2023). *Comparing the Two Major Courts Systems in Europe on the Matter of Religious Dress*. Canopy Forum. Accesible en: <https://canopyforum.org/2023/01/24/comparing-the-two-major-courts-systems-in-europe-on-the-matter-of-religious-dress/>

SANTIAGO, A. (2008). *Religión y política* (1ª ed.). Buenos Aires: Ad Hoc.

SANTIAGO, A. (2020). *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación* (1ª ed.). Buenos Aires: Astrea.

TONELLI, S. (2020). *El Principio de No Discriminación y el Derecho a la Libertad Religiosa a la luz de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Integración Regional y Derechos Humanos, Año VIII(2), 449-475.

VICKERS, L. (2023). *Religious Discrimination, Headscarves and 'Exclusive Neutrality': Backsliding by the CJEU*. Oxford Human Rights Hub. Accesible en: <https://ohrh.law.ox.ac.uk/religious-discrimination-headscarves-and-exclusive-neutrality-backsliding-by-the-cjeu/>