

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO Y ALGUNAS SUGERENCIAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE PERSONAL

Luis Sánchez Socías

Abogado



EXPERT MEETING 2019 | MADRID

ESQUEMA DESARROLLADO DE LA PONENCIA DEL 25 AL 27 DE MARZO DE 2019

CULTURAL MEDIATION AND SOCIAL AFFAIRS PROJECT 2019

WWW.INTERMEDIASOCIALINNOVATION.ORG

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO	3
2. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	4
3. ALGUNAS CONCLUSIONES DE ESTAS NORMAS	6
4. ALGUNAS SUGERENCIAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE PERSONAL	13
BIBLIOGRAFÍA	18

I. PLANTEAMIENTO

Mi intervención tendrá dos partes: a) la actualidad del Derecho laboral antidiscriminatorio, y b) algunas sugerencias prácticas ante la mayoritaria prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador (libertad ideológica y derecho a la intimidad o vida privada) frente al ideario o fines de las empresas ideológicamente orientadas o empresas de tendencia.

El Derecho antidiscriminatorio ha tenido un enorme desarrollo después de la II Guerra mundial. Desde 1958 existe la regla de que no cabe discriminar en el empleo. Está en el Convenio número 111, de 25 de junio de 1958, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que dice que la discriminación consiste "en cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, *religión, opinión política*, ascendencia nacional u origen racial que tenga como efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

La cuestión es si caben excepciones en las empresas de tendencia. Para analizarla, me centraré en el Derecho europeo, que proporciona una visión más amplia que la española. Me consta que este tema es muy distinto en los Estados Unidos de América, porque allí la religión se considera un elemento de cohesión social, y no se la mira con sospecha, a diferencia de lo que ocurre en Europa. Por otra parte, con ponentes tan cualificados de Hispanoamérica presentes en este encuentro, no es prudente decir nada de estos países.

Esta reunión está en línea con los esfuerzos de la Comisión europea para avanzar en la igualdad de género y la no discriminación, en particular por motivos de creencias, edad, discapacidad y orientación sexual, de la que son manifestación la Recomendación (UE) 2018/951, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad, y la licitación de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea con el objetivo de crear una Red europea de expertos jurídicos en materia de igualdad y no discriminación (Ref. 2018/S 091-206092).

Parto de un concepto amplio de empresa de tendencia, que comprende no sólo las actividades laborales relacionadas con la transmisión de ideologías o

religiones, sino todas las desarrolladas por cualquier *religious-based institution*, aunque no subordinen la producción de bienes o servicios a la principal finalidad de difundir ideas o concepciones determinadas.

2. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007). El artículo 21, apartado 1, dispone lo siguiente: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.»

El artículo 52, apartado 1, de la Carta, establece lo siguiente: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, *respetando el principio de proporcionalidad*, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.»

El principio de proporcionalidad se establece para las normas que prevean limitaciones, pero también para la aplicación de esas limitaciones al caso concreto, y son los tribunales de justicia los que pueden revisar la aplicación que hagan tanto el trabajador como el empresario.

2.2. Directiva 2000/78, del Consejo, de 27 de noviembre del 2000. Sus artículos 1, 2, 4 y 10 presentan el siguiente tenor:

«Artículo 1. Objeto. La presente Directiva tiene por objeto establecer 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.

Artículo 2. Concepto de discriminación

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. 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 una *finalidad legítima* y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean *adecuados y necesarios*; o que ...

Artículo 4. Requisitos profesionales.

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

2. Los Estados miembros podrán mantener en su legislación nacional vigente el día de adopción de la presente Directiva, o establecer en una legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la presente Directiva, disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las *actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona*, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, *dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización*. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho comunitario, y *no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo*.

Siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las

convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una *actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización*.

Artículo 10. Carga de la prueba.

1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que *corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato*, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.»

2.3 Sobre esta base, hay que *acudir a los Derechos nacionales*, pues la Directiva no tiene un efecto directo horizontal entre particulares. Un resumen de la situación hasta 2010, con ejemplos de derecho interno de varios Estados, se puede encontrar en el "Manual de legislación europea contra la discriminación", elaborado por Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

3. ALGUNAS CONCLUSIONES DE ESTAS NORMAS

3.1. Debe existir un equilibrio entre la obligación de no discriminar al trabajador por razón de su religión o creencias, y el derecho a la libertad religiosa e ideológica de las empresas de tendencia. En este *balancing process* los tribunales han de aplicar conceptos jurídicos indeterminados, que permiten muchas determinaciones válidas. Es casi imposible establecer reglas generales, y la respuesta justa depende en buena medida de las circunstancias del caso. En este umbral de incertidumbre, con frecuencia acaba prevaleciendo la idea que tenga el juez de lo políticamente aceptable.

De hecho, no es extraño encontrar dos casos parecidos con respuestas diferentes. Por ejemplo, en España los profesores de Religión Católica en los colegios públicos son propuestos a las autoridades académicas por los obispos. Se cuestiona si la conducta moral del profesor puede ser tenida en cuenta para mantenerlo en su puesto de profesor de Religión. En concreto, se ha planteado el caso de una profesora de religión en un colegio público que no fue propuesta por la diócesis para volver a ser contratada en el curso siguiente tras casarse por lo civil con un divorciado. El Tribunal Constitucional español en sentencia 51/2011, de 14 de abril,

declaró el despido nulo tras reconocer su derecho a no sufrir discriminación por sus circunstancias personales, a la libertad ideológica en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida y a la intimidad personal y familiar. Sin embargo, en la sentencia 140/2014, de 11 de septiembre, en un caso similar pero más complejo, estimó que no había indicios suficientes de discriminación, que no se había acreditado la relación entre la no renovación del contrato y el matrimonio con un divorciado. Quizá en este cambio tenga algo de influencia la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo, Gran Sala) de 12 de junio de 2014, Fernández Martínez contra España, que declaró que el sistema de propuesta por los obispos de los profesores de Religión Católica no es contrario a la Convención de 1950 (con el voto discrepante de 8 de sus 17 jueces).

3.2. Una síntesis de las normas enunciadas es que la legislación supranacional autoriza una diferencia de trato por cuestiones ideológicas o religiosas del trabajador en las empresas de tendencia si se cumplen estas dos condiciones cumulativas: 1) que la imposición de requisitos o exigencias religiosas sea necesaria para preservar el *ethos* de la organización; y 2) la proporcionalidad, es decir, la relación existente entre el *ethos* de la institución y el tipo de trabajo que desarrolla el empleado en su seno, según los fines que la empresa persigue.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, distingue según el tipo de trabajo esté o no relacionado con los objetivos o fines de la institución, es decir, diferencia entre el trabajo de contenido ideológico y el que no tiene tal contenido (trabajo neutro). Entiende que no todo empleado de una *religious based institution* representa a la organización y sus valores. ¿Es esto una injerencia en un ámbito interno de las empresas de tendencia que debería ser definido sólo por ellas?

3.3. En Europa, a diferencia de USA, el principio de autonomía de las empresas de tendencia no hace que quede excluida la jurisdicción del Estado de las relaciones con sus trabajadores, sino que están sometidas a la protección del Derecho laboral. Estos temas laborales no son, como regla general, un asunto interno o propio de estas empresas. Se quiere evitar que estas empresas se conviertan en "islas de exclusividad".

En Alemania la Constitución garantiza esta autonomía (art. 137). Pero los tribunales son los que deciden hasta dónde llega. En 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado dos sentencias que rectifican la doctrina de la jurisprudencia federal alemana y limitan esta autonomía: sentencias de 17 de abril de 2018 (asunto C-414/16) y 11 de septiembre de 2018 (asunto C-68/17). Esta última es una decisión prejudicial a la cuestión planteada por el Tribunal Supremo de lo Laboral sobre despido de un trabajador de religión católica que ejerce responsabilidades directivas en un hospital católico, por haber contraído un segundo matrimonio civil tras un divorcio. Como serán comentadas en ponencias posteriores, me limito a citarlas y voy a referirme a dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos algo anteriores y de la misma fecha, de 23 de septiembre de 2010, en las que la decisión es diametralmente distinta. Los casos *Obst* y *Schüth* parten de un planteamiento similar: en ambos se trata de un laico contratado por una confesión religiosa para realizar una determinada tarea; el trabajador es posteriormente despedido al conocer la dirección de la entidad eclesiástica la situación de adulterio en la que vive el asalariado y juzgarla como una grave violación de la obligación de lealtad a la que se habría comprometido al firmar el contrato de trabajo.

En *Obst versus Alemania*, la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (Iglesia mormona) contrata al demandante, miembro de la Iglesia, para el puesto de Director del Departamento de Relaciones Públicas en Europa. Al comunicar a su director espiritual el distanciamiento que existía con su cónyuge y las relaciones sexuales que mantenía con otra mujer, aquél lo pone en conocimiento de su superior jerárquico quien, tras una breve entrevista, le despide sin mediar preaviso. El Tribunal examina si el despido, consecuencia de las relaciones que el trabajador mantiene con una mujer subsistiendo el matrimonio, viola el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 8 del Convenio. Este derecho individual debe equilibrarse con el de la Iglesia mormona a la autonomía, el cual, a tenor de la reiterada doctrina sentada por el Tribunal de Estrasburgo, es una exigencia del pluralismo de toda sociedad democrática, derivada de los derechos de libertad religiosa (artículo 9) y de asociación (artículo 11). Teniendo en cuenta tales fundamentos, son lícitas en el marco del Convenio las obligaciones de lealtad que imponen las iglesias a sus trabajadores; pero los jueces de los Estados deben velar para que esas obligaciones no sean inaceptables. No lo fueron en el caso planteado.

A juicio del Tribunal, el despido constituyó una medida necesaria para preservar la credibilidad de la Iglesia mormona, teniendo en cuenta dos factores: la importancia del puesto desempeñado, un alto cargo de la Iglesia que actuaba representándola; y la grave violación de la doctrina de esta confesión, en la cual la fidelidad matrimonial es un pilar fundamental de sus creencias morales. El demandante era consciente de estas exigencias —presentes en el contrato que firmó— y de las consecuencias que el adulterio tendría como violación de la lealtad a los principios de la Iglesia mormona. El Tribunal tiene además en cuenta las condiciones subjetivas del actor en relación al mercado laboral para confirmar su decisión de rechazar sus pretensiones: el perjuicio del despido, dada la edad, preparación y tiempo que llevaba en el trabajo, es muy limitado, y aquél puede encontrar otra ocupación sin problema.

El caso *Schüth versus Alemania*, examina la licitud del despido de una persona que ocupa el cargo de organista y jefe de coro de una parroquia católica alemana. Tras su separación matrimonial vive con otra mujer, con la que, además, tiene un hijo. El despido se justifica en la grave falta a los principios morales y canónicos que supone la relación adulterina, lo cual, según las cláusulas del contrato que firmó, es motivo para rescindirlo sin preaviso al trabajador. La justicia alemana consideró que el adulterio y la paternidad extramatrimonial supusieron una grave violación de los principios morales de la Iglesia católica, que incapacita al trabajador para realizar funciones de participación en la liturgia religiosa y, especialmente, le inhabilita a fin de colaborar en la celebración, en toda su dignidad, de la eucaristía. En esta ocasión la decisión de Estrasburgo es diametralmente opuesta a la del caso *Obst*: dice que los tribunales del Estado no tuvieron debidamente en cuenta el derecho a la vida privada del trabajador para equilibrarlo adecuadamente con los intereses de la Iglesia católica y las obligaciones inherentes al empleo. Dos son las razones por las que el Tribunal Europeo llega a esta conclusión. En primer lugar, el grado de lealtad exigido debe atemperarse según la naturaleza de la ocupación laboral; en el caso, el puesto de organista y jefe de coro no supone, en contra de lo afirmado por la jurisdicción interna del Estado, una actividad directamente relacionada con la misión de proclamar el Evangelio de la institución eclesial. Por otro lado, la obligación de lealtad asumida por el trabajador no puede servir de base para exigirle vivir en abstinencia tras su separación o divorcio; tal obligación sería excesiva, y afectaría al núcleo del derecho al respeto a la vida privada. Además el Tribunal tiene en cuenta la buena fe del demandante —quien informó a la Iglesia

sobre una situación personal que nunca hizo pública—, así como los efectos subjetivos del despido: por la edad del actor y el tipo de empleo, le resultaría sumamente difícil encontrar un empleo similar.

Debo reconocer que la primera vez que leí estas sentencias me pareció que se trataba de un caso de maltrato a la Iglesia católica, a la que no se le había aplicado la misma vara de medir que a otras confesiones menos arraigadas en Europa, pero es forzoso aceptar que las circunstancias del segundo caso son bastante diferentes a las del primero.

3.4. Uno de los límites a la imposición de requisitos de naturaleza ideológica o religiosa acordes con el trabajo a desarrollar en las empresas de las confesiones u otras inspiradas en una ética dominante, es que la diferencia de trato no podrá justificar una discriminación basada en otros motivos. Se vigila que los motivos alegados (p. ej. crisis económica de una unidad de la empresa, o incumplimientos laborales) no camuflen una discriminación ideológica no justificada. Y aquí la inversión de la carga de la prueba juega un papel de gran relevancia práctica. Se traslada el *onus probandi* a la parte demandada, de forma tal que el trabajador debe acreditar la existencia de unos indicios razonables de que se ha producido la vulneración del derecho fundamental, pero una vez hecho esto, corresponderá al empleador probar que su comportamiento no ha incurrido en la vulneración del derecho fundamental. No se trata de someter al empresario a una *probatio diabolica*, sino que la parte demandada deberá probar que su decisión se presenta razonablemente ajena al móvil atentatorio del derecho fundamental invocado.

La sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006 otorga el amparo solicitado, declarando la nulidad del despido al haber sido vulnerado el derecho del demandante a no ser discriminado por ser homosexual (art. 14 de la Constitución española). Esta sentencia contiene un inestimable compendio sobre la prueba indiciaria y la distribución de cargas probatorias en supuestos de vulneración de derechos fundamentales, lo que aplicado al caso determinó que el Tribunal estimara que el recurrente aportó indicios de la relación del despido con su orientación homosexual, sin que la empresa lograra desactivar tales principios de prueba, de tal suerte que el empleador censuró incumplimientos contractuales que no logró probar, ni tampoco consiguió acreditar que las razones reales del despido fueran ajenas a móvil discriminatorio

Recientemente, el Tribunal Supremo de España ha declarado nulo por discriminatorio el despido de una profesora que se encontraba en una fase avanzada de un proceso de fecundación in vitro al no acreditar el colegio religioso en el que trabajaba que la causa del cese no está relacionada con dicho tratamiento médico (Sentencia 286/2017, de 4 de abril). La sentencia considera que la congregación religiosa titular del centro docente, que reconoció la improcedencia del cese, no ha ofrecido una justificación “objetiva y razonable”, además de “suficientemente probada”, de que el despido se debe a razones ajenas a la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo alegada por la profesora, por lo que es nulo. En su sentencia, aclara que en este caso no se pretende equiparar la situación de una mujer sometida a fecundación in vitro, a la que aún no le han implantado los óvulos, con la que está embarazada, sino que lo que se discute es la licitud o no de un despido cuando hay indicios de que el mismo obedece al hecho de que la trabajadora está sometida a un tratamiento específico de reproducción asistida, por lo que en una institución católica puede haberse producido una discriminación.

Queda claro que un criterio religioso no puede prevalecer, por sí mismo, sobre los derechos fundamentales del trabajador en su relación laboral. En una sociedad secularizada, tantas veces cerrada a una concepción trascendente de la persona, la moral católica presenta numerosos puntos de fricción con la ética dominante.

3.5. De lo expuesto hasta ahora puede hacerse el siguiente *resumen*:

a) Es conveniente vincular el contrato laboral al ideario de una institución para que el *ethos* de ésta tenga influencia en los trabajadores, pero hay que saber que el recorrido práctico de esta vinculación es limitado, ya que debe prevalecer el derecho a la vida privada del trabajador. Por eso, en los casos de discrepancia ideológica del trabajador hay que valorar no sólo la entidad del conflicto, sino también la publicidad que haya tenido, si se ha producido en el lugar de trabajo o fuera de este ámbito, y también cómo ha tenido lugar esa publicidad: si ha sido causado por el trabajador o sin buena fe por su parte, etc.

b) No se puede generalizar la respuesta al conflicto de derechos fundamentales de la persona física y de la persona jurídica. Hay que estar a cada

caso concreto, y en particular atender a cómo vive esa persona jurídica el ideario, cómo lo tienen presente en las personas físicas que son el sustrato de la persona jurídica, y cómo afecta el caso planteado a los derechos fundamentales de la colectividad de personas de la empresa de tendencia. Lo que quiero decir es que, en caso de conflicto jurídico no cabe limitarse a las declaraciones que figuran en los documentos, sino que además será relevante la realidad concreta de esa institución: convendrá intentar acreditar que los dirigentes toman medidas para impulsar el ideario en el funcionamiento ordinario, y que también para los empleados es algo muy relevante en su prestación laboral.

c) Para aceptar llevar a los tribunales un conflicto, la empresa de tendencia tiene que tener una cierta seguridad de que no hay un entorno laboral hostil hacia el trabajador (cfr. Auto Tribunal Supremo 7894/2012, de 26 de junio de 2012), y de que el caso presenta unas circunstancias que justifican correr el riesgo de que la administración de justicia vuelva a dar preferencia a los derechos individuales sobre los derechos de la institución. Es decir, la institución tiene que pensarlo bien antes de iniciar una disputa legal, porque si no lo hace se va generalizando la línea jurisprudencial que priva las empresas de tendencia de su aportación a la sociedad de los valores que son su razón de ser y las hacen atractivas. Esta aportación no se puede hacer sin personal que comparte el proyecto. Por eso, para las *religious-based institutions* es fundamental tener la necesaria autonomía para elegir sus directores y sus docentes entre personas que testimonien con sus vidas la fe que profesan.

d) La vinculación del contrato laboral al ideario tiene el efecto colateral de que dificulta poder llegar a probar que un despido o una falta de promoción profesional no constituyen una discriminación ideológica sin suficiente justificación. Para que la tuviera, habría que poder explicar estas tres cuestiones: la finalidad o contenido del trabajo no es neutro y exige esa alineación; el motivo de la actuación se refiere a algo esencial según la doctrina que inspira la empresa de tendencia; y se puede demostrar que el trabajador no satisface las obligaciones laborales exigidas por el ideario.

3.6 Propuestas de lege ferenda para la tutela del poder de dirección del empresario en las empresas de tendencia:

a) Un tema relacionado con el que venimos estudiando es la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, que tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño de su función profesional. En España está regulada por la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio. Según su artículo 2:

«1. En virtud de la cláusula de conciencia los profesionales de la información tienen derecho a solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa de comunicación en que trabajen:

a) Cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica.

b) Cuando la empresa les traslade a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador.

2. El ejercicio de este derecho dará lugar a una indemnización, que no será inferior a la pactada contractualmente o, en su defecto, a la establecida por la Ley para el despido improcedente.»

Esta normativa no pretende que los profesionales de la información tengan un derecho fundamental reforzado respecto a los demás ciudadanos; sino sólo que, al hallarse sometidos a mayores riesgos en el ejercicio de sus libertades de expresión e información, precisan de una protección específica. Cabe seguir esta línea y plantearse qué puede hacer la empresa de comunicación cuando el trabajador decide realizar un cambio sustancial y público de su opción ideológica. Parece que aquí cabría profundizar para todas las empresas de tendencia, no en busca de una reciprocidad en el trato de las partes, pero sí de una flexibilización de los esquemas antidiscriminatorios expuestos.

b) La doctrina jurisprudencial emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es criticable en algunas soluciones concretas, pero ha anclado los derechos fundamentales en la dinámica del contrato laboral. En esta tarea de concordar de una forma equilibrada el conjunto de obligaciones laborales emanadas del contrato de trabajo con la libertad religiosa se ha evidenciado una evolución: lo que antes quedaba limitado a la mera neutralidad mutua en el ámbito

laboral, se convierte ahora en una obligación común de coordinación y armonización de los intereses en juego, y esto no sólo en su esfera interna, sino también en su proyección externa. Pero aún debe darse otro paso en Europa, que es la profundización en la construcción judicial norteamericana de la acomodación razonable, previas las adaptaciones que resulten precisas a la cultura jurídica continental. Este planteamiento es más abarcante que las *modulaciones* que la libertad ideológica del trabajador impone al poder de dirección del empresario (cfr. p. ej. sentencias del Tribunal Constitucional español 38/2007, FJ 13, y 51/2011, FJ 12).

4. ALGUNAS SUGERENCIAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE PERSONAL

Empiezo la segunda parte que son algunas sugerencias prácticas dirigidas al órgano de contratación de personal y a la Dirección de Personas o Recursos Humanos:

4.1. Tener claros los yacimientos. Parece más acertado poner mayor esfuerzo en promocionar gente de la cantera que en atraer talento con dudas sobre su alineación con el ideario. A los alumnos con posibilidades de ser profesor, así como a los becarios, doctorandos, colaboradores jóvenes a tiempo parcial, hay que dedicarles tiempo para identificar las lagunas profesionales o de conocimiento del ideario que puedan tener, y colmarlas. En esta tarea hay –en mi opinión– tres cometidos con diferentes responsables:

a) antes de la incorporación: es responsabilidad del encargado del Profesorado en coordinación con el encargado de los alumnos, y con algún colaborador cualificado, trabajar en los caladeros identificados y descubrir otros posibles;

b) corresponde al órgano de dirección el diseño de los procesos de selección, del periodo inicial de formación y de un mayor conocimiento mutuo desde la incorporación al puesto de trabajo. ¿Cabe diferenciar entre la cualificación profesional y la idoneidad institucional? La respuesta es positiva en el marco de lo expuesto, es decir, teniendo en cuenta la finalidad o contenido del trabajo y procurando que el proceso en sí mismo incluya una valoración global que dé suficiente contexto de cara a una posible decisión judicial; en última instancia, los criterios de decisión serán similares a los que siguen las empresas familiares a la hora de contratar o designar para puestos directivos a un miembro de la familia.

c) los responsables del departamento al que esté adscrito el becario, son los que —siguiendo las guías dadas por la Dirección— deben proporcionar ayuda institucional y personal al joven para que profundice en la misión de la Universidad y los valores que propone a la sociedad, de manera que éstos lleguen a ser un compromiso personal que se hace propio. La experiencia dicta que es precisamente en los procesos de incorporación cuando se deben emitir juicios prudentiales sobre el futuro de una persona en la *religious-based institution*, sin dejarse llevar por una inacción causada por la inercia o la falsa necesidad de adecuarse al tiempo en que se vive.

Acudir a yacimientos debe complementarse con medidas para evitar la endogamia y autorreferencialidad, peligros que tanto empobrecen la entidad y para los que las empresas familiares que perduran suelen tener protocolos exigentes. La experiencia muestra que estos caladeros no son suficientes para cubrir las necesidades de personal de la *religious-based institution*.

Me parece que la pregunta 10 de las enviadas por los organizadores es la más importante de todas: Buenas prácticas en los procesos de selección, contratación y promoción de personal en organizaciones de identidad definida.

De la segunda parte de la pregunta (Límites y derechos a conocer los antecedentes, identidad digital, vida privada, características psicológicas), conviene recordar que en España la Constitución reconoce el derecho a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias (artículo 16.2). Es la dimensión negativa o pasiva de la libertad ideológica, que tiene carácter de inmunidad protegida, es decir, de posición garantizada por la prohibición al Estado y a los particulares de exigir la declaración de las propias creencias. No obstante, hay excepciones admitidas por la jurisprudencia, como los juramentos al tomar posesión de un cargo, el registro de objetores de conciencia, elegir ayudar a la Iglesia católica en el impreso del IRPF, etc. La doctrina que he consultado sostiene la admisibilidad de las preguntas empresariales sobre la vida privada del trabajador que pudieran tener efectos en la organización del trabajo, en aplicación de la buena fe como principio que inspira el proceso progresivo de formación de la voluntad contractual. En esta línea, para una relación laboral positiva y franca, en las entrevistas conviene conversar claramente sobre la misión y el enfoque de los proyectos.

4.2. Sistema de formación continua y evaluación periódica. Es necesario articular un sistema que permanentemente ayude a todos en la organización a alinearse con la misión. El sistema deberá ser distinto para profesores (mucho más expuestos, y donde el contenido de sus enseñanzas también juega un papel, y no solo el comportamiento personal) que para el resto del personal. La justa evaluación periódica, que proporcione retroinformación al interesado, y al tiempo información a la organización, es clave para conseguir ese alineamiento de forma respetuosa con los derechos personales.

No basta con establecer un buen sistema, sino que también hay que facilitar desde la Dirección de Personas la formación necesaria a los que deben gestionar el proceso, que con frecuencia suelen tener carencias para realizar esta tarea. En esta formación debe incluirse el respeto a la libertad religiosa que forma parte de la doctrina católica.

Conviene estar especialmente atentos a estas circunstancias en aquellos que desempeñan o se están formando para desempeñar puestos de responsabilidad o de gobierno en la Universidad pues, en último término, depende de ellos el que la misión de la Universidad permee a todos los niveles. A estas personas se les puede y debe exigir una mayor responsabilidad en su compromiso con la misión de la Universidad.

4.3. Falta de idoneidad sobrevenida. Conviene obrar con mucha prudencia para conjugar la oportuna ayuda que hay que prestar en estas circunstancias y el fortalecimiento de la identidad y misión de la Universidad. Ante una situación de crisis mi recomendación es:

a) ver la publicidad o alcance social de la conducta privada. A veces, por el afecto que se tiene a la institución, se mantiene una actitud discreta, que no llega a ser causa de escándalo entre sus iguales. En este caso puede no ser necesario adoptar ninguna otra medida;

b) cuando haya un distanciamiento público y grave con el ideario de la Universidad y de la Iglesia Católica, convendrá intentar un acuerdo de salida o la desvinculación laboral. Para cualquiera de las dos opciones, lo más prudente en el terreno jurídico es hacer una aproximación sin prisas, asegurar que se trata de una situación grave y evitar posibles arbitrariedades. El intento de acuerdo ha de hacerse

con gran respeto a la persona del trabajador, de modo que no dé lugar a que, si fracasa, pudiera invocar un despido nulo por discriminación ideológica. La desvinculación requiere disponer del tiempo necesario, también para poder objetivar si hubiera otras causas de despido que no tienen relación con la discrepancia con el ideario, como sucede en ocasiones.

c) en caso de tener que proceder a un despido, en lo posible conviene distinguir entre el proceso interno de toma de decisión, con las causas que han llevado a tomarla, y el proceso formal de despido, que tiene un cauce puramente legal. Es importante contar con la opinión de un buen abogado laboralista desde el primer momento, antes de tener la primera conversación. Aunque esté claro el objetivo final y su conveniencia, hay que dejarse aconsejar por el abogado, pues el mejor camino no es siempre el más corto.

d) conviene preparar bien las conversaciones, y medir las expresiones y razonamientos que se usan, sin descartar que puedan ser grabadas y utilizadas en contra de la institución en algún momento, incluso en un juicio. Por otra parte, una vez acordado, es buena experiencia proceder al despido con la mayor brevedad posible. En muchos casos, será mejor para todos pagar más indemnización, que pedir al trabajador que siga en el puesto mientras encuentra otra opción laboral.

En la Sentencia resolutoria del caso *Lombardi Vallauri versus Italia*, de 20 de octubre de 2009, el TEDH considera que la negativa de la Universidad Católica del Sacro Cuore de Milán a renovar el contrato de un profesor debido a que sus enseñanzas se oponen a la doctrina católica -según la apreciación de la Santa Sede comunicada a la Universidad- sin que se expresen las razones o los postulados concretos del magisterio del profesor que se suponen contrarios a la ortodoxia católica, constituye una injerencia en el derecho a la libertad de expresión (artículo 8 CEDH) no justificada en una sociedad democrática. Las garantías procesales del demandante requieren poder contestar las razones en las que se funda la decisión; la ausencia de motivación de la actuación de la Universidad Católica impide un control judicial adecuado por parte de los tribunales del Estado.

4.4. Hacer compatible la caridad con las personas y la justicia con la institución. Las *religious-based institutions* aquí presentes no quieren limitarse a cumplir la ley. Tenemos un estándar más alto por nuestro *ethos*. Esto no conviene olvidarlo en los casos concretos que se presenten. Ciertamente, la ley es una buena

guía, y no seguirla en un caso puede ser discriminatorio con las demás personas. Pero la existencia de la ley no supone abdicar de la conciencia.

Por ejemplo: las actuales circunstancias sociales hacen especialmente importante el cuidado de las relaciones personales en el lugar de trabajo. El trato delicado y respetuoso con la dignidad personal, en todos los órdenes, es un modo esencial de evidenciar los principios cristianos de una institución con un fin evangelizador; y tiene como efecto que se hagan claramente disonantes los comportamientos contrarios a esos principios en el terreno de la moral referida a la vida familiar. La institución puede fomentar este ambiente, aunque en Europa no quepa destituir de su cargo a un directivo tras conocerse que ha mantenido una relación sentimental con otro trabajador, como permite la normativa laboral estadounidense. Esta posibilidad no obedece a razones de moral familiar, como las que se proponen, sino a intentar evitar tratos de favor, si bien en estos momentos se ha visto reforzada por la gran sensibilidad hacia todo lo que pueda ser un abuso de poder.

Además, en las últimas décadas se ha puesto de manifiesto un deterioro de la familia como institución básica de la sociedad, con un número creciente de rupturas matrimoniales, incremento de uniones civiles, parejas de hecho, etc. Ante esta situación, se comprende que la institución se plantee qué más puede hacer en su labor de servicio para fortalecer las familias (en primer lugar las de sus trabajadores), y también cómo, de acuerdo a las orientaciones de la Santa Sede, se puede avanzar en la acogida de las personas que sufren estas circunstancias familiares, manteniendo siempre la identidad cristiana característica de las obras de evangelización institucional.

4.5. En colegios, acentuar el papel de las asociaciones de padres y madres de alumnos. Ver maneras de sacar partido a lo que desde hace tiempo prevén los Tratados internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobados por la ONU en 1966, garantizan que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las convicciones de los padres (arts. 18.4 y 13.3 respectivamente). Antes, el Protocolo Adicional nº 1 al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en 1952, exige al Estado que respete "el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas" (art.

2). Y recientemente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone: "Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas" (artículo 14.3).

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos este derecho de los padres se anuda con la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva. Lo hace en una doble faceta, negativa y positiva, de inmunidad de coacción frente a pretensiones de adoctrinamiento incompatibles con los principios de no confesionalidad y neutralidad ideológica y religiosa que constitucionalmente obligan a los poderes públicos, y de prestación, en la medida en que ello resulte compatible con los referidos principios y con otros bienes jurídicos de un modo y con un alcance que al legislador corresponde determinar. Esta dimensión prestacional aparece tímidamente en las sentencias del Tribunal Constitucional español sobre la educación diferenciada por sexos: 31/2018 (fundamento 6) y 74/2018.

BIBLIOGRAFÍA

F. Camas Roda (coord.), *El ejercicio del derecho de libertad religiosa en el marco laboral*, Bomarzo, Albacete 2016.

S. Cañamares Arribas, *Igualdad religiosa en las relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor 2018.

M. Elósegui Itxaso, *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, Aranzadi, Cizur Menor 2013.

G. García González-Castro, "Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una Propuesta Armonizadora", *Lex Social*, vol. 6, núm. 1, 2016, págs. 326 y sigs.

A. J. Gómez Montoro, "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 65. Mayo-Agosto 2002, págs. 49 y sigs.

A. Motilla, "Excepciones a la prohibición general a discriminar por motivos ideológicos o religiosos en el ámbito laboral", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII (2017), págs. 317-341.

J. Rossell, *La no discriminación por motivos religiosos en España*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid 2008.

A. Toledo Oms, *Relación laboral y libertad religiosa*, Tesis doctoral 2016,
www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/378026/ATO_TESIS.pdf?sequence=1

Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Manual de legislación europea contra la discriminación*,
www.mitramiss.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/ManualLegislacionEuropeaContraDiscriminacion.pdf.