

**CUANDO DIOS TAMBIÉN FICHA A LAS OCHO.
EL ORIGEN DEL ACOMODO RAZONABLE
DE LAS PRÁCTICAS RELIGIOSAS EN EL PUESTO DE TRABAJO***

**WHEN GOD ALSO CLOCKS IN AT EIGHT.
THE ORIGIN OF REASONABLE ACCOMMODATION
FOR RELIGIOUS PRACTICES IN THE WORKPLACE**

JOSÉ RAMÓN INTXAURBE VITORICA
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 19-9-13

Fecha de aceptación: 17-6-14

Resumen: *El acomodo razonable es una figura jurídica nacida en Estados Unidos y que posteriormente, al ser importada por Canadá, se ha convertido en una expresión de uso común tanto en la esfera pública canadiense como en foros internacionales que debaten sobre las necesidades religiosas de los grupos minoritarios. Producto de esta popularidad se ha propuesto su adopción en Europa como forma de gestionar la creciente diversidad del continente. Para ello es necesario conocer este instrumento así como sus ventajas y limitaciones. En este artículo se va a analizar la diferente evolución que la obligación de acomodar ha tenido en Estados Unidos y en Canadá, atendiendo tanto al contexto jurídico como a la distinta construcción jurisprudencial que ha experimentado en cada país.*

Abstract: *Reasonable accommodation is a legal instrument that was created in the USA and after being adopted by the Supreme Court of Canada, it has become a usual concept both in the Canadian public sphere and wherever debates about the needs of religious minorities are at issue. Due to this popularity, it has been proposed to be adopted by European institutions as a way to manage the growing diversity in the continent. In order to value this instrument, as well as its benefits and limitations, this article aims to analyze the different development the duty to accommodate has experienced in USA and Canada, through the examination of the legal context and two Supreme Court rulings of each country.*

* Tengo que agradecer a Eduardo Ruiz Vieyetz y a Dolores Morondo su generosa e indispensable orientación en este trabajo.

Conceptos clave: acomodo razonable, discriminación indirecta, libertad religiosa, minorías religiosas
Keywords: reasonable accommodation, indirect discrimination, religious freedom, religious minorities.

1. CONSIDERACIONES INICIALES. LA RELIGIÓN EN EL PUESTO DE TRABAJO

El concepto de *acomodo razonable* no es nuevo. Desde hace varias décadas se viene proponiendo como un instrumento válido para una gestión de la diversidad religiosa que sea coherente con los principios democráticos. Llama la atención que en Estados Unidos y Canadá, los dos países pioneros para esta figura, haya tenido desarrollos dispares desde su mismo origen en el ámbito laboral. Sin duda han afectado factores que tienen que ver con las particularidades del ordenamiento jurídico de cada país o con el papel que se reserva a las culturas minoritarias en el proyecto social. Ahora que, desde diferentes ámbitos, se cuestiona sobre la posible exportación del concepto a otras tradiciones jurídicas, resulta una buena ocasión para recordar cómo y en qué contexto surgió y se desarrolló el *acomodo razonable* en los dos países en los que ha tenido aplicación. Para ello se analizará en primer lugar el encaje constitucional de la libertad religiosa, para pasar a continuación a estudiar el ideal de igualdad por el que se ha optado en cada uno de los casos. Finalmente se examinan dos de las sentencias que en cada uno de los países han contribuido a dar forma a la obligación de acomodar.

La presencia de las necesidades religiosas en el puesto de trabajo viene marcada, en primer lugar, por la especificidad del entorno laboral. La existencia de una relación contractual entre quien ofrece un empleo y quien lo solicita implica que hay un consenso entre ambas partes. Una vez que éstas han llegado a un acuerdo la parte empleada consiente en quedar sujeta a la autoridad de la parte empleadora, que es quien determina principalmente las condiciones en las que el trabajo se va a desarrollar. Para gestionar las necesidades que surgen en unas relaciones presididas por un inicial desequilibrio se cuenta con la legislación laboral y con los mecanismos de negociación colectiva que regulan aspectos como los horarios, los repartos de turnos, la seguridad y la salud... Sin embargo no es habitual encontrar en estos instrumentos medidas sobre el lugar que corresponde a las prácticas religiosas en el puesto de trabajo. Surge por tanto la pregunta sobre si estos intereses son merecedores de protección. La solución que se proponga a la tensión existen-

te entre la libertad de empresa –que es un valor constitucional protegido y que abarca desde la libertad de contratación hasta la de gestionar el negocio con vistas a lograr su mayor eficacia– y el ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad de religión, dependerá del peso que se otorgue a cada uno de los dos elementos del binomio¹.

Quienes opinan que tiene preeminencia la libertad de contratación entienden que la propia sujeción a una relación laboral puede conducir inevitablemente a la restricción de ciertos derechos fundamentales, en la medida en que se pide a las personas empleadas la aceptación de cuestiones que van desde las formalidades necesarias para el funcionamiento normal de la empresa hasta la asunción como propias de visiones corporativas en el caso de los cargos directivos². Este punto de vista pone el acento en la libertad con la que las partes llegan al acuerdo para comprometerse y concede un amplio margen de discrecionalidad a la parte empleadora. La prohibición que esta última tiene de no discriminar se entiende como un mandato de evitar la arbitrariedad del empleador en ámbitos protegidos por la ley y que responden a características inmutables del ser humano. La práctica religiosa es susceptible de ser vista como una actividad voluntaria y, por tanto, adaptable a las necesidades que marca el desempeño laboral.

Quienes ponen el acento en el ejercicio de un derecho fundamental, subrayan el hecho de que las partes contratantes no están en condición de igualdad a la hora de negociar el acceso de una de ellas al puesto de trabajo. Quienes demandan empleo no lo hacen sólo para satisfacer una necesidad económica sino que la inserción laboral tiene un importante papel en la participación y la inclusión social de los individuos. Este enfoque es el que, precisamente, debería proteger el derecho antidiscriminatorio³. El ámbito laboral no debería suponer una suspensión en la titularidad de los derechos fundamentales, y su ejercicio debería estar proporcionado a las necesidades

¹ J. RINGELHEIM, "Religion, diversity and the workplace: What role for the law?", en K. ALIDADI, M.C. FOGLETS Y J. VRIELINK (eds.) *A test of faith? Religious diversity and accommodation in the European workplace*. Ashgate, 1ª ed., Farnham, pp. 335-357.

² La propia Ringelheim, op. cit., p. 348, pone varios ejemplos. Desde los requisitos de vestimenta, que pueden chocar con preceptos religiosos que imponen un determinado vestuario, hasta otros que van más allá de la libertad religiosa. Por ejemplo, cuando algunas empresas prohíben a sus cargos directivos hacer declaraciones a los medios de comunicación sobre proyectos que están desarrollando, aceptan una limitación en su libertad de expresión.

³ H. COLLINS, "Discrimination, equality and social inclusion", *The modern Law Review*, vol. 66, 2003, pp. 16-43.

de la práctica profesional. Lo cual significa que en determinadas circunstancias pueden darse las condiciones para la limitación del derecho en cuestión.

Estos dos puntos de vista aquí reflejados tendrán continuidad en las discusiones que sobre la obligación de acomodar se dieron en Estados Unidos y Canadá.

2. EL CAMINO ESTADOUNIDENSE

2.1. La relación del Estado con las confesiones religiosas. Referencia a los credos minoritarios

La importancia que la libertad religiosa tiene en la historia de los Estados Unidos adopta su principal forma jurídica en la primera enmienda de la Constitución.

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof...

Su contenido ofrece dos cláusulas, la *non-establishment clause* que prohíbe que ningún credo tenga el carácter de religión estatal y la *free exercise clause*, que supone una garantía para el libre ejercicio de la libertad religiosa. Estos principios, además de constituirse como derechos fundamentales, suponen criterios inspiradores para los poderes públicos⁴. Esta regulación tiene como finalidad preservar la pluralidad religiosa de un país que entiende la libertad de religión como un elemento fundacional del mismo. En consecuencia, la interacción de ambas cláusulas ha configurado la relación del Estado con las confesiones religiosas en el marco de una laicidad incluyente, positiva o abierta⁵. Una relación que se ha ido modulando en el tiempo según se diese

⁴ Aunque el texto de la primera enmienda hace referencia al Congreso, el Tribunal Supremo lo entendió también aplicable a la acción de los Estados a la luz de la decimocuarta enmienda. *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937,) fallo en el que la libertad religiosa es considerada como un derecho "so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental". Para abundar en esta cuestión ver M. S. ARIENS y R. A. DESTRO, *Religious Liberty in a pluralistic society*. Carolina Academic Press, 2ª ed., Durham, 2002, pp.204-205.

⁵ Son varias las formas como se ha denominado a este tipo de laicidad. Nos referimos aquí a esa neutralidad estatal que, consciente del papel positivo que pueden desempeñar las tradiciones religiosas, fomenta su presencia en el espacio público como un elemento de capital social que contribuye a la cohesión y vertebración de la sociedad. J. LÓPEZ CAMPS, "La necesaria laicidad", *Revista CIDOB d'affers internacionals*, num. 77, 2007, p. 189.

mayor preeminencia a la cláusula de libre ejercicio sobre la de no establecimiento o viceversa⁶.

Nuestro interés se centrará en el fuero externo que tiene la libertad religiosa, que en su dimensión positiva se proyecta hacia la manifestación –pública o privada– del culto, ritos, prácticas o enseñanza de la fe; y en su dimensión negativa protege frente a injerencias que supongan menoscabo de esa libertad. Un ámbito que no es absoluto sino que puede ser objeto de limitaciones. En ocasiones, las creencias y prácticas de grupos religiosos presentes en sociedades democráticas chocan con lo establecido por las normas jurídicas de las que se ha dotado la “mayoría”⁷. El caso *Shebert v. Verner* resulta de interés para ilustrar el conflicto que surge cuando ciertas personas se consideran amparadas por la *free exercise clause* para solicitar exenciones en la aplicación de normas de carácter general. La señora Shebert se vio privada de la prestación por desempleo ya que rechazó varias ofertas que requerían estar disponible para trabajar los sábados, día prescrito por su religión como dedicado al descanso semanal⁸. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos (TSUSA), en esos casos se impone un ejercicio de ponderación entre la libertad religiosa en juego (materializada en una práctica que choca con lo indicado en una norma) y el interés público protegido por esa norma neutral⁹. Sólo cuando ese interés público es conceptualizado como un “*Interés estatal preponderante*” se aceptará un gravamen puntual sobre el ejercicio de un derecho fundamental¹⁰. Es el conocido como *test de Shebert*.

⁶ E. RELAÑO, “Derechos (humanos) individuales y pluralismo religioso: Conflictos y propuestas” en E.J. RUIZ y G. URRUTIA, (eds.) *Derechos humanos y diversidad religiosa*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010, pp. 211-246. Para una visión de la jurisprudencia sobre esta materia ver, G. M. MORÁN, *La protección jurídica de la libertad religiosa en USA*, Servicio de publicaciones e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, 1ª ed., 1989.

⁷ Se emplea éste último término en el sentido de comunidad política que decide sobre el bien común a través de sus instituciones representativas.

⁸ 374 U.S. 398 (1963). La demandante pertenecía a la Iglesia Adventista del séptimo día y perdió su empleo por no participar en los turnos de los sábados. Posteriormente, en aplicación de la *South-Carolina Unemployment Compensation Act*, se le retiró la prestación por desempleo ya que la prescripción religiosa de descanso semanal no constaba como causa justificada para el rechazo de ofertas de trabajo.

⁹ En el sentido de que no posee intencionalidad discriminatoria hacia ningún miembro de una religión y es de aplicación a todas las personas por igual con vistas a obtener una finalidad positiva para el conjunto de la comunidad como, en este caso, es el hecho de fomentar la búsqueda activa de empleo por parte de personas desempleadas.

¹⁰ M. S. ARIENS y R. A. DESTRO, op. cit., p. 210.

El Tribunal, aun reconociendo que la norma no pretendía discriminar, avaló la postura de la demandante atendiendo más a los efectos producidos que a su intención original, ya que Shebert era colocada en la necesidad de escoger entre seguir sus preceptos religiosos, rechazando así acogerse a los beneficios de la ley, o bien renunciar a su credo para obtener un empleo. En sentido opuesto, los jueces Harlan y White, en su voto particular, expresaron su preferencia por limitar sólo a la discriminación intencional la vulneración de la libertad religiosa. Es cierto, siguen razonando estos magistrados, que a la trabajadora se le negaron ciertos beneficios garantizados por la ley, pero de igual manera que a otras personas que por razones personales tampoco podían trabajar ese día de la semana. Establecer una excepción a la ley para aquellas personas que esgrimen necesidades religiosas supone marcar una preferencia hacia el fenómeno religioso ante otros factores que también se pueden oponer a trabajar los sábados, y eso entraría en contradicción con la obligación constitucional de neutralidad marcada por la cláusula de no establecimiento.

En este debate son varias las cuestiones que se pueden plantear. Por un lado, si las necesidades derivadas de la práctica religiosa –cuyo ejercicio está amparado en forma de derecho fundamental– son equiparables a otras necesidades de carácter personal que se podrían oponer para objetar al turno de los sábados. Parece que hay un mandato constitucional de protección de las del primer grupo ante los del segundo, cuya casuística puede ser enorme. En segundo lugar, es un tema delicado el determinar hasta qué punto se deben o no implementar medidas de exención o de acción positiva para evitar los efectos nocivos o bien discriminatorios de ciertas prácticas que gravan a grupos minoritarios. Algunas normas que hoy entendemos como neutrales y que actualmente no tienen motivación religiosa tuvieron en su día un origen confesional o bien fueron establecidas por el impulso uniformizador de la mayoría de la población. El día de descanso semanal es un buen ejemplo de ello. Los grupos minoritarios –por diferentes razones históricas– no participaron en la implantación de ese estándar. Hoy día se encuentran, en ocasiones, ante la necesidad de escoger entre su puesto de trabajo y el cumplimiento de sus preceptos religiosos.

La respuesta que se dé a esta disyuntiva dependerá no sólo del papel que se otorgue a la libertad religiosa sino también del concepto de igualdad que se maneje. Aquellas normas que estén inspiradas por un concepto formal de igualdad buscaran un trato simétrico, de manera que quienes son iguales re-

ciban un trato igual. Éste es el concepto que late bajo el razonamiento de los jueces Harlan y White. Por otro lado se puede aspirar a un concepto sustantivo de igualdad que, en palabras de la magistrada canadiense McLachlin¹¹, supere el formalismo legal y avance hacia medidas que supongan una diferencia práctica en la vida de personas pertenecientes a grupos que tradicionalmente han estado sujetos a mecanismos de subordinación. En este punto se estima que el Estado tendría la obligación de intervenir para evitar la pervivencia de situaciones eventualmente discriminatorias¹². Las medidas de acción positiva juegan el papel de redistribuir ciertas cargas que se dan en la sociedad visto que, como apunta Wasserstrom¹³, categorías como la raza o el sexo aún tienen un peso relevante. Cabría preguntar si esas medidas de acción positiva, al igual que con la raza y el sexo, podrían ofrecer un encaje para aquellas prácticas de las minorías religiosas que entren en conflicto con las normas vigentes en un ordenamiento jurídico, siempre que no haya en juego un interés preponderante del Estado. Es un debate aún no resuelto puesto que mientras algunos autores responden afirmativamente¹⁴, el propio TSUSA ha mantenido distintas posiciones¹⁵ e, incluso, ha llegado a prescindir del test de Shebert¹⁶.

¹¹ B. MACLACHLIN, "The evolution of equality", *The advocate*, vol. 54, part 4, July, 1996, p. 563.

¹² M. CONNOLLY, *Discrimination Law*, Sweet&Maxwell, 2ª ed., Londres, 2011, pp. 10-12.

¹³ R. WASSERSTROM, "Racism, sexism and preferential treatment: an approach to the topics", *UCLA Law Review*, vol. 24, 1977 pp. 581-594.

¹⁴ Por ejemplo, D.E. STEINBERG, "Religious exemptions as affirmative action", *Emory Law Journal*, vol. 40, 1991, pp. 77-139, para quien la exención religiosa entendida como acción positiva podría funcionar como una garantía para los grupos minoritarios. Su activación no sería nunca automática sino que estaría condicionada a la superación de un test de proporcionalidad en la que la carga que la legislación estatal impondría a la práctica religiosa estaría ponderada frente al interés público protegido por la norma.

¹⁵ Producto de la interacción entre la cláusula de libre ejercicio y la de no establecimiento. Steinberg, op. cit., pp. 95-96. apunta que el criterio expuesto en *Shebert* se repitió en *Thomas v. Review Board* 450 U.S. 707 (1981) y se estimó que se debía ofrecer en estos casos una exención a la legislación estatal en base al libre ejercicio de la religión. Pero cuando el estado de Connecticut promulgó una ley en la que se preveía que los trabajadores que observaban un día de la semana como sabbat, pudiesen exigir a sus empleadores eximirles de trabajar esa jornada, el Tribunal Supremo entendió que esa previsión vulneraba la cláusula de no establecimiento. *Estate of Thornton v. Caldor, Inc.* 472 U.S. 703 (1985).

¹⁶ En el caso *Employment Division Department of Human Resources of Oregon v. Smith* 494 U.S. 872 (1990), en el que admitió que un Estado pudiera aprobar normas limitadoras de la libertad religiosa sin tener que invocar un interés preponderante.

2.2. La Ley de Derechos Civiles y la prohibición de discriminación

En 1964 se promulgó la Ley de Derechos civiles (en adelante CRA, por sus siglas en inglés) que desde su preámbulo sitúa sus objetivos en garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales a través de los mecanismos de protección pública y en combatir la discriminación. Fue precisamente éste último fenómeno, el de la discriminación que sufrían varios grupos sociales –especialmente la población negra– en actividades cotidianas, la que inspiró este texto legal. Particularmente, el Título VII abordó la discriminación en el puesto de trabajo y la prohibió en los casos provocados por razón de raza, color, religión, sexo u origen nacional. La referencia la encontramos en la sección 703 que dice:

(a) *It shall be an unlawfull employment practice for an employer*

(1) *To fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex or national origin.*

A partir de la redacción de este precepto, hay dos importantes cuestiones a las que hubo que dar respuesta. Por un lado, qué ocurría con aquellas normas o estándares laborales que podían provocar efectos discriminatorios pero que no habían sido promulgadas con intención maliciosa. Por otro, esta vez referido particularmente a la discriminación religiosa, había que despejar la incógnita sobre si la prohibición de discriminar se predicaba de la condición de creyente o bien si también había un mandato de protección de la práctica religiosa en el ámbito laboral. A continuación veremos cómo se abordaron ambos debates.

2.2.1. El ideal de la igualdad en la “discriminación por efecto adverso”

Ya se ha indicado anteriormente que una concepción formal de la igualdad está comprometida con la paridad en el trato. Por desgracia la situación de los individuos en la sociedad no es equivalente, de manera que una concepción de la justicia que no tenga en consideración estas diferencias puede contribuir a perpetuar esas desigualdades en la práctica. Esto implica que una norma o estándar laboral ha podido ser puesto en marcha sin intencionalidad discriminatoria pero provocar efectos perniciosos en su ejecución. Esto es lo que el TSUSA se encontró en el caso de *Griggs v. Duke Power* que, aunque no es un asunto relacionado con la diversidad religiosa, tiene relevancia en nuestro trabajo por ser la primera vez que se reconoció la existen-

cia de la discriminación por efecto adverso o discriminación indirecta. El señor Griggs denunció que en la empresa en la que trabajaba, las promociones entre departamentos estaban condicionadas a la superación de pruebas de aptitud así como a la obtención de un título académico, hecho que impedía los ascensos entre los empleados afroamericanos¹⁷. Ante la situación que se daba en la empresa *Duke Power*, el tribunal va a tener en cuenta que los objetivos marcados por el poder legislativo al aprobar el Título VII, no eran otros que lograr la igualdad de oportunidades en el empleo y remover los obstáculos que han operado en el pasado en favor de un grupo identificable de personas. En este sentido, el tribunal no puede ser ajeno a las causas estructurales que operan en la sociedad y que dificultan el acceso a la educación de la población de raza negra¹⁸.

En la sentencia se acepta que la CRA no solo prohíbe la discriminación directa sino también aquellas prácticas que son formalmente escrupulosas pero discriminatorias en sus efectos. Con esta afirmación el tribunal estableció la figura de la *adverse effect discrimination*, que comienza con la necesidad de que la parte demandante demuestre que una norma aparentemente neutral genera efectos adversos en un grupo en base a una de las causas prohibidas de discriminación, y sigue con la carga de la prueba que recae sobre la parte demandada para que demuestre que esta medida tiene relación manifiesta con el puesto de trabajo y era necesaria para alcanzar un objetivo no discriminatorio¹⁹.

El énfasis, desde su misma denominación, en los efectos que produce hace que pase a un segundo término otro de los elementos de la discrimina-

¹⁷ *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424 (1971). La empresa Duke Power sólo empleaba a las personas de raza negra en el departamento de mano de obra de su planta de *Dan River* (Carolina del Norte), pero no en los otros cuatro departamentos operativos en los que los sueldos más bajos eran mayores que en el de mano de obra. En 1965, tras la aprobación de la CRA, se levantó la prohibición que pesaba sobre las personas de raza negra y pudieron ser promovidas a otros puestos superiores. Sin embargo, para efectuar esa promoción, la empresa planteó dos exigencias: tener completada la educación secundaria y pasar satisfactoriamente dos test de aptitud. Ambos requisitos en la práctica suponían la eliminación de un número desproporcionadamente mayor de candidatos de raza negra que de raza blanca. La cuestión que se planteó ante el Tribunal Supremo consistía en dilucidar si, dando por hecho que la empresa había incurrido en una abierta discriminación racial antes de la aprobación de la CRA, esa conducta había cesado o bien seguía manteniéndose.

¹⁸ 401 U.S. 424 (1971), sec. 430, nota al pie n°6: Se aporta el dato del censo de Carolina del Norte de 1960 según el cual el 34% de la población masculina de raza blanca había completado la educación secundaria mientras que sólo el 12% de entre la negra podía decir lo mismo.

¹⁹ *Ibid.*, sec. 432.

ción, como es la intencionalidad. Durante el juicio *Duke Power* no consiguió probar la incidencia que el título escolar o la superación de los test tenían en el ejercicio exitoso de los trabajos para los que se requería. Es más, se demostró que personas que no cumplieron con ninguno de los dos requisitos fueron capaces de desarrollar su práctica profesional en puestos de departamentos superiores. A pesar de esto, el tribunal en ningún momento va a entrar a valorar la eventual mala fe de la empresa al establecer estas medidas. Precisamente el hecho de que no se entrase a valorar el propósito generó cierto debate en torno a la discriminación indirecta: ¿es necesaria la existencia de intencionalidad discriminatoria para apreciar esta figura? En principio atendiendo a su lógica interna parecería que sí, ya que la carga de la prueba de la existencia de una relación objetiva entre el requisito laboral y el desempeño del puesto de trabajo recae en la parte demandada. Así quedaría eximida de intencionalidad discriminatoria. De igual forma, dejar la intencionalidad discriminatoria fuera de la definición de discriminación indirecta nos llevaría, como apunta Carvin, a lo que ha denominado como un modelo "puro"²⁰, que podría conducir a que cada vez que se detectase una presencia destacada de miembros de un grupo en detrimento de otros se aplicasen políticas de cuotas o de acción positiva para equilibrar la situación²¹. Desde este punto de vista la discriminación indirecta quedaría configurada como una discriminación directa encubierta.

Desde el enfoque opuesto se estima que el hecho de que el tribunal ignorase el elemento de la intencionalidad hizo que lo configurase atendiendo a sus consecuencias más que a su vocación inicial²². De hecho, prescindir del elemento de la intencionalidad, nos llevaría a poder incluir en este apartado aquellas actitudes efectivamente discriminatorias pero que son realizadas de manera inconsciente. Por ejemplo, perpetuando estereotipos o desequilibrios sociales tan asumidos que no son percibidos como discriminatorios. En palabras de Connolly, la discriminación indirecta está más preocupada por

²⁰ *Pure disparate impact model*. M. CARVIN, "Disparate impact claims under the new Title VII", *Notre Dame Law Review*, vol. 68, 1993, pp. 1153-1164.

²¹ Connolly, *op. cit.*, p. 155 pone como ejemplo el caso *AMAE v. State of California*, 231 F 3d 572 (9th Cir 2000) en el que profesores hispanos, asiáticos y afroamericanos denunciaron que estaban infrarepresentados en los puestos de maestros de escuela respecto a la población blanca ya que su índice de suspenso en los exámenes de acceso era mucho mayor. Su pretensión fue desestimada ya que se entendió que los exámenes eran necesarios para demostrar cualificación al acceder al puesto de trabajo.

²² De ahí su denominación como "*Adverse effect*" o "*Disparate impact*" discrimination.

los efectos que produce un comportamiento que por la naturaleza del comportamiento en sí²³. De esta manera ha sido importada a nuestro Derecho.

2.2.2. *El alcance de la discriminación por razón de religión*

La redacción de la sección 703 CRA provocó controversia entre quienes interpretaban que la prohibición de discriminación se predicaba de la condición de creyente (es decir, protegería únicamente el estatus de creyente que tiene lugar en el fuero interno de las personas) y quienes opinaban que necesariamente debería también proteger la puesta en práctica de la fe (la acción como creyente).

El primer punto de vista está defendido por autores como Sonne²⁴, quien acude a las deliberaciones del poder legislativo al aprobar la ley para defender una interpretación literal del texto. Para este autor resulta evidente que la principal motivación de la CRA era la prohibición de la discriminación racial. El sexo y el origen nacional son igualmente características inmutables. No hay, sin embargo, demasiadas pistas en el debate legislativo que ayuden a comprender si el Congreso incluyó la referencia a la religión porque la entendía como una característica inmutable, si fue incluido por su importancia histórica en la tradición constitucional americana o bien por alguna otra razón. De cualquier manera, Sonne coincide con otros autores en que la inclusión de la religión como causa de discriminación se debió más a la necesidad de resultar coherente en la formulación del principio antidiscriminatorio que al hecho de que el poder legislativo deseara encomendar la puesta en práctica de políticas específicas de protección de la práctica religiosa²⁵.

El segundo punto de vista está representado por la acción de la Equal Employment Opportunity Commission (en adelante EEOC), organismo creado en la sección 705 CRA como agencia federal con la misión de ejecutar la legislación antidiscriminatoria en el ámbito laboral. Para EEOC la práctica

²³ Este punto de la intencionalidad es uno de los elementos más discutidos del Derecho antidiscriminatorio nacido en los Estados Unidos y exportado a otras tradiciones jurídicas.

²⁴ J.A. SONNE, "The perils of universal accommodation: the workplace religious freedom act of 2003 and the affirmative action of 147.096.000 souls", *Notre Dame Law Review*, núm. 79, 2004, p. 1034.

²⁵ Toma el argumento de R.S. POST, "The serpentine Wall and the serpent's tongue: rethinking the religious harrasment debate", *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997, pp.180-181, quien sostiene que la mención a la religión no fue un paso muy meditado en sus consecuencias y que la referencia fue incluida dentro de un texto antidiscriminatorio estándar.

religiosa estaba protegida por la referencia a la religión que hacía el Título VII, puesto que una protección exclusiva del estatus de creyente podría quedar vaciada de contenido si además no se protegiese la práctica religiosa. En sus directrices de 1967 interpretó que la norma imponía una obligación de acción positiva que recaía sobre las empresas empleadoras al requerir de las mismas “*to make reasonable accommodations to the religious needs of employees and prospective employees where such accommodations can be made without undue hardship on the conduct of the employer’s business*”²⁶.

EEOC entiende que una necesidad religiosa puede ser perfectamente razonable pero su acomodo puede no serlo en función de las circunstancias del caso. Es por tanto este último entorno el que decidirá su pertinencia o no. Este baremo viene determinado por el concepto de Undue Hardship, que traducimos como Carga Excesiva. En consecuencia se puede deducir por un lado que la Comisión entendió que inevitablemente la obligación de acomodar trae consigo un cierto nivel de carga o incomodidad y por otro, que si el límite está en que esa carga sea excesiva, hay una necesidad de ponderar en cada caso cuales son los elementos que hacen que el acomodo de las necesidades religiosas sea asumible o no.

Precisamente con el ánimo de superar la diferenciación entre estatus (filiación religiosa) y práctica, el Congreso aprobó en 1972 una enmienda a la CRA²⁷. El texto aprobado se convirtió en la sección 701 (j). Se puede distinguir la influencia de las directrices de EEOC de 1967 en el mismo:

The term religion includes all aspects of religious observance and practice as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee’s or prospective employee’s religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer’s business.

La intención de la reforma queda clara, en cuanto supone el establecimiento de una obligación afirmativa para la parte empleadora de acomodar la diversidad religiosa. Ante la duda sobre si existía obligación de acomodar las necesidades religiosas que entraban en conflicto con normas o estándares laborales que carecían de voluntad discriminatoria, con la enmienda introducida quedaba claro que también el empleador

²⁶ 29 C.F.R. 1605.1 (1968). Citado en *Trans World Airlines v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977), sec. 72.

²⁷ El autor de la propuesta fue el senador Jennings Randolph que era miembro de la Iglesia Bautista del séptimo día.

“neutral” (quien carece de sesgo o voluntad discriminatoria) está obligado a acomodar. Sin embargo, una de las principales consecuencias de este nuevo texto es que va a abrir dos vías procesales en materia de protección de los principios del Título VII, la de la discriminación y la del acomodo. Aquellas personas que denuncian haber sido víctimas de una situación de discriminación en base a una característica protegida, lo hacen por no haber recibido un trato similar al de otras personas empleadas en sus mismas condiciones. Quienes, por su parte, alegan una contradicción entre su fe y las normas de su puesto de trabajo, lo hacen pidiendo un trato diferente, o acomodo, de manera que puedan cumplir sus obligaciones religiosas y laborales²⁸.

Este diferente camino ha sido criticado por autores que consideran que uno y otro no son departamentos estancos. Corrada²⁹ denuncia el hecho de que hay casos en los que no es posible definir previamente cuál de los dos supuestos se está dando, con la consiguiente indefensión que esto provoca. Propone un marco integrado para ambos en el que la prueba de la neutralidad de la parte empleadora sea la manera de definir la vía a seguir. Pero también hay consecuencias en el campo ideológico. En esta diferencia entre acomodo y discriminación subyace la idea de que quien solicita una práctica de acomodo está pidiendo un privilegio en forma de exención frente a las prácticas “normalizadas” de la mayoría. Jolls³⁰ llama la atención sobre esta desconexión del acomodo respecto a su origen antidiscriminatorio que ha desembocado en la creación de categorías diferentes (tratamiento igual frente a tratamiento especial).

En cualquier caso, y dentro del terreno de lo práctico, el empleo de ciertos términos indefinidos así como la ausencia de directrices para interpretarlos, dejó en el aire y rodeada de ambigüedad la extensión de la obligación de acomodar. Quedaban por dilucidar cuestiones significativas como la definición y alcance de los términos de acomodo razonable y de carga excesi-

²⁸ K.P. DHILLON, “Covering turbans and beards: Title VII’s role in legitimizing religious discrimination against Sikhs”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 21, 2011, pp. 213-251.

²⁹ R.L. CORRADA, “Toward an integrated disparate treatment and accommodation framework for Title VII religion cases”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 77, 2009, pp. 1426-27.

³⁰ C. JOLLS, “Antidiscrimination and Accommodation”, *Harvard Law Review*, vol. 115, 2001, pp. 643-699.

va, o incluso la forma en la que ambos conceptos debían relacionarse³¹. La respuesta a estas cuestiones las va a ofrecer el TSUSA en las sentencias de *Hardison*³² y *Philbrook*.³³

³¹ P. ZABLOTSKY, "After the fall: the employer's duty to accommodate employee religious practices under Title VII after *Ansonia Board of Education v. Philbrook*", *University of Pittsburg Law Review*, vol. 50, 1989, pp. 513-574.

³² *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). Larry G. Hardison trabajaba como encargado en el departamento de almacenaje en la base que la aerolínea TWA tenía en el aeropuerto de Kansas. Todo el personal empleado en esta sede estaba sujeto a las previsiones que sobre asignaciones de turnos y antigüedad realizaba el convenio colectivo vigente en la empresa. Según este texto, los empleados más antiguos tenían preferencia sobre los más recientes a la hora de elegir turnos de trabajo. En 1968 Hardison entró en la *Worldwide Church of God*, cuyo credo impone el cumplimiento del sabbat así como el descanso en ciertas festividades religiosas. Cuando Hardison puso esta circunstancia en conocimiento de su encargado, éste le asignó un turno compatible con la observancia de su religión. Sin embargo poco después Hardison solicitó ser trasladado de la terminal 1 a la terminal 2. Mientras su antigüedad en la empresa le permitía elegir el horario laboral en el primer edificio, en el segundo era superado por varias personas y no pudo obtener el turno que le permitía compatibilizar trabajo y observancia religiosa. Hardison se negó a trabajar los sábados aunque llegó a ofrecer alternativas de acomodo a la empresa. Tanto ésta como el sindicato fueron reacios a aceptar soluciones que supusiesen contradecir lo establecido en el convenio colectivo. Al no encontrar una salida al problema y persistir el trabajador en su actitud, Hardison fue despedido por insubordinación.

³³ *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479, U.S. 60 (1986). Ronald Philbrook fue contratado por Ansonia Board of Education (ABE) a partir de 1962 para impartir clases de educación secundaria. En 1968 Philbrook fue bautizado en la *Worldwide Church of God* que exige abstenerse de trabajos seculares durante sus festividades religiosas. El convenio colectivo del instituto preveía la existencia de tres días de baja al año para guardar festividades religiosas obligatorias. Asimismo se preveían tres días más para asuntos propios. Sin embargo existía la limitación de emplear estas últimas jornadas sólo en actividades cuya baja no estuviese prevista en el convenio. Es decir, que si alguien había empleado tres días para festividades religiosas después no podía emplear los tres días de asuntos propios para la misma finalidad. Philbrook usaba los tres días previstos en el convenio para asuntos religiosos y para el resto de festividades se ausentaba de manera injustificada, con lo que su sueldo se reducía de manera proporcional. Desde 1976 empezó a justificar sus ausencias religiosas como visitas al hospital. Sin embargo también trabajó en algunos días festivos. Como no estaba satisfecho con este estado de cosas propuso dos alternativas a la dirección del centro. Su preferida era emplear días de asuntos propios para festividades religiosas de manera que pudiera ausentarse de forma remunerada durante esas tres jornadas. Como segunda opción Philbrook proponía asumir personalmente el coste de la persona que le sustituyera a cambio de recibir su sueldo íntegro los días que tuviese que ausentarse por motivos religiosos. ABE rechazó ambas opciones ya que entendió que el sistema de ausencias laborales que preveía el convenio era suficiente a estos efectos y que el hecho de que la dirección del centro permitiese al profesor tomarse bajas no remuneradas para guardar sus festividades ya suponía una práctica de acomodo.

2.3. La construcción judicial del *acomodo razonable* en Estados Unidos

Las dos sentencias que se van a analizar responden a las cuestiones que la enmienda de 1972 dejó sin respuesta y son el punto de partida para entender cómo el *acomodo razonable* ha sido interpretado en Estados Unidos. Ambos pleitos fueron planteados por trabajadores cuya fe les llevaba a practicar el Sabbath, hecho que chocaba con el calendario laboral fijado por la empresa en la que trabajaban. Por ese motivo fueron despedidos. Una vez asumido que en los dos casos se había producido una interferencia en el ejercicio de la libertad religiosa de los demandantes, el Tribunal Supremo tuvo que dilucidar cuál era la extensión de la obligación de *acomodar* que tenía la empresa así como de qué manera se definía la existencia de carga excesiva que tenía la facultad de limitar la obligación de *acomodo*.

Son dos sentencias bien conocidas y que han producido numerosos comentarios. A los efectos del análisis que aquí nos interesa conviene reseñar que en los dos supuestos las peticiones de *acomodo* de los trabajadores chocan con lo establecido por sus respectivos convenios colectivos. Es éste un aspecto relevante del debate. La obligación de *acomodo* es una medida de acción positiva en beneficio del ejercicio de la libertad religiosa en entornos en los que su puesta en práctica puede encontrar dificultades debido a que, por su carácter minoritario, no han sido tenidas en cuenta al definir las condiciones del espacio público. Estas prácticas, en el ámbito laboral, habitualmente van a entrar en conflicto con las normas o estándares de los que la fuerza de trabajo se ha dotado en forma de convenio colectivo o pacto de empresa.

El Tribunal va a optar por la vigencia del convenio colectivo, entendiéndolo como un instrumento negociado, previsible y neutral de la mayoría que no puede ceder ante la obligación de *acomodar*³⁴. Y es verdad que formulado de esa manera el argumento tiene una intachable lógica democrática, puesto que está en la mente de todos que el turno del sábado es uno de los menos deseados y el convenio establece un sistema de asignaciones para repartir esa carga. De lo contrario sería imposible atender a la pluralidad de motivos que podrían ser esgrimidos por todos y cada uno de los empleados para ser eximidos de trabajar en un día de la semana para el que habitualmente suelen presentarse resistencias. Sin embargo, ante este argumento, nos po-

³⁴ 432 U.S. 63 (1977), sec. 78 "...the system itself represented a significant accommodation to the needs, both religious and secular, of all of TWA's employees (...) the seniority system represents a neutral way of minimizing the number of occasions when an employee must work on a day that he would prefer to have off."

dríamos preguntar por la naturaleza de los motivos por los que ni Hardison ni Philbrook quieren trabajar ese turno. Ambos esgrimen imperativos derivados de la cosmovisión que sus respectivos credos religiosos les imponen. Es decir, que resultan relevantes en la puesta en práctica de su fe. Ya se ha podido ver que la exteriorización y la práctica de los preceptos religiosos son parte constitutiva de la libertad religiosa, tal y como está concebida en las democracias liberales. En ese sentido nos podríamos preguntar si tiene sentido o no ofrecer un tratamiento especial a las necesidades religiosas, visto que hay un mandato constitucional de protección de esta libertad. Dicho de otra manera, ¿se pueden equiparar las razones no religiosas que llevan a las personas a expresar su preferencia por no trabajar un sábado (y que podrían ir desde el gusto personal hasta los motivos familiares) con los imperativos que definen y constituyen la base de la creencia religiosa personal y colectiva?

Da la impresión de que esta pregunta no ha sido abordada por el tribunal en ninguno de los dos pronunciamientos que analizamos. Su respaldo del convenio en tanto que instrumento de gestión de las necesidades “no religiosas” viene avalado por su neutralidad³⁵. Sin embargo, ante las necesidades religiosas, podríamos preguntarnos si realmente el convenio es igualmente neutral. A primera vista podríamos cuestionárnoslo ya que no incluye ninguna previsión dirigida a gestionar las necesidades religiosas sino que, a la hora de distribuir los turnos de trabajo, se limita a otorgarles el mismo peso que el que les da a las preferencias personales. El hecho de ignorar un fenómeno no debería considerarse neutralidad, puesto que entonces se podría argumentar que el “ideal” de trabajador que el convenio está regulando es el de alguien que carece de sensibilidad religiosa, o bien que siendo fiel de una religión renuncia a poner en práctica su fe en beneficio de mantener su puesto de trabajo.

Otro de los argumentos que subyacen a la preferencia del tribunal por el aspecto “neutral” del convenio es el peligro de “estratificación social” que trae consigo el acomodo. Así se argumenta en el caso Hardison³⁶, en el que

³⁵ Para Engle los argumentos de los tribunales avalando la neutralidad de las normas proyectan una visión integracionista (en el sentido de liberal o neutral) de la legislación antidiscriminatoria. Aplicando la lógica utilizada en los casos de discriminación por cuestión de raza u origen nacional, se concluye que el demandante no fue discriminado ya que se le trató de igual forma que al resto de empleados. K. ENGLE, “The persistence of neutrality: the failure of the religious accommodation provision to redeem Title VII”, *Texas Law Review*, vol. 76, 1997, pp. 362-369.

³⁶ Ídem, sec. 81. El fallo estima que la intención del Congreso al introducir la enmienda en 1972 no era llegar tan lejos como para pedir a las empresas que privasen a parte de la fuerza

el juez White se pregunta por qué una persona se va a ver privada del turno de su preferencia simplemente porque no pertenece a una religión que exija poner en práctica el Sabbat³⁷. La cuestión es que parece que a través de esta forma de pensar se denota una concepción del acomodo como sinónimo de privilegio, que debe ser sostenido a costa del esfuerzo de quienes no pertenecen a la "élite" de los eximidos. Frente a este razonamiento convendría recordar que la figura que estamos estudiando es una medida de acción positiva en beneficio de un grupo de personas que están adversamente afectadas en un campo protegido ante la discriminación. Pero en segundo lugar también hay que llamar la atención sobre el hecho de que estas medidas no son absolutas sino que son fruto de una negociación cuyo límite está en la carga excesiva que no resultaría aceptable para la empresa empleadora. Sería interesante analizar un dato que no parece haber sido tenido en cuenta por el tribunal. Tanto Hardison como Philbrook ofrecieron alternativas que pasaban por trabajar el turno del domingo, en el caso del primero³⁸, y por sufragar de su propio bolsillo el coste de la persona sustituta, en el caso del segundo³⁹. Este aspecto, además de poder ser considerado como un punto a favor de la sinceridad de las creencias de estas personas⁴⁰, indica asimismo una voluntad negociadora que tiene más que ver con el intercambio que con la pura exención.

En ese sentido, se podría argumentar que la obligación de acomodar que legisló el Congreso en 1972 obligaría a quien demanda el acomodo y a la empresa empleadora a buscar (a agotar incluso) todas las alternativas posibles antes de la terminación de la relación laboral. Y aunque la carga de la prueba recaiga en la parte empleadora (así se prevé en la ley y parece lógico ante la

de trabajo de sus derechos contractuales para acomodar las preferencias religiosas de otras personas.

³⁷ Íden, sec. 81

³⁸ 432 U.S. 63, sec. 78 Lo recuerda el juez Marshall en su voto particular. Hardison puso en conocimiento de su supervisor el hecho de que la persona que realizaba el turno domingo-jueves estaba insatisfecha, ofreciéndose así a cambiar el turno con ella.

³⁹ 79, U.S. 60, sec. 65.

⁴⁰ La comprensible desconfianza ante la sinceridad de las creencias esgrimidas para obtener un acomodo es un aspecto muy relevante de este debate. En el caso que nos ocupa ya se ha dicho, al hablar de la neutralidad, que el turno del sábado es habitualmente rechazado por la mayoría de las personas por considerarlo inconveniente. Con más razón aún podríamos decir que los domingos son días reservados a actividades de ocio. En este caso vemos cómo Hardison, en coherencia con las creencias que dice sostener, se ofrece a permutar su turno por otro que incluye el domingo.

asimetría de las relaciones laborales), tampoco se entendería una actitud obstruccionista por parte de quienes piden ser acomodados, algo que no parece que ocurrió en los dos casos que nos ocupan. De hecho, también se podría interpretar que en esa negociación la figura de la carga excesiva es una garantía para la empresa, en el sentido de que lejos de precisar obligaciones de acomodo absolutas éstas están condicionadas por las circunstancias que configuran la realidad de la empresa y el sector económico en que opera.

No obstante, el Tribunal Supremo se decantó por un camino diferente. Escogió un punto de vista más integracionista y, aunque en ninguna de las dos sentencias menciona la cláusula de no establecimiento (visto que estamos en el ámbito privado), sí que se desprende una preocupación por no privilegiar una visión religiosa en beneficio de otras sensibilidades. Para ello va a modular la obligación de acomodar, en lo que se refiere a la parte empleadora, de manera muy restrictiva. En *Hardison* va a configurar la carga excesiva como un requisito “de minimis”, de manera que va a reducir a su mínima expresión⁴¹ los costes que una empresa debería afrontar al asumir el acomodo. Esta afirmación resulta controvertida ya que parecería que, por definición, el concepto de carga excesiva debiera ser maleable y configurado a tenor de las circunstancias que concurren. Así lo ve Silbiger⁴² para quien el test de proporcionalidad requerido por las previsiones del Título VII supone que el peso que se otorgue al lado de la balanza en el que se sitúa la libertad religiosa debe ser constante y concebido como sustancial, mientras que el lado del interés del negocio debe ser medido a partir de las especificidades del mismo y decidido en base a hechos y datos que den un valor concreto a las medidas que habría que tomar para acomodar al interesado. De ahí se determinará lo justificado o no de la carga a soportar. Por ejemplo, en el caso *Hardison* se podría cuestionar si la carga excesiva que podría llegar a soportar TWA (que en aquel momento era una de las principales aerolíneas de EEUU) era la misma que, por ejemplo, una librería familiar situada en una población de mediano tamaño.

En *Philbrook*, por su parte, al abordar la cuestión sobre la extensión de la obligación de acomodo, el juez Rehnquist en nombre de la mayoría afirmó que una vez que la empresa hubiese ofrecido una posibilidad de acomodo

⁴¹ 432 U.S. 63 sec. 84: “To require TWA to bear more than a de minimis cost in order to give respondent Saturdays off would be an undue hardship”.

⁴² S.L. SILBIGER, “Heaven can wait: judicial interpretation of Title VII’s religious accommodation requirement since *Trans World Airlines v. Hardison*”, *Fordham Law Review*, vol. 53, núm. 4, 1985, pp. 857-860.

ya resultaba suficiente para acreditar que la obligación se había cumplido⁴³. Tal pronunciamiento tiene la virtualidad de dejar la obligación de acomodar reducida a un requisito puramente formal ya que, una vez acreditado el ofrecimiento de acomodo, el tribunal no entra a valorar la “calidad” del ofrecimiento ni su capacidad de mediar en el conflicto planteado atendiendo a las circunstancias. Una vez más, si tenemos indicios para pensar que la voluntad del poder legislativo era la de fomentar el entendimiento y la transacción⁴⁴, resulta contradictorio que se avale una posición que deja en manos de la voluntad de una de las partes el cumplimiento de una obligación que, como mínimo, debería impulsar un diálogo en el que se acreditase el haber agotado la negociación con vistas a preservar la relación laboral. Con la dirección tomada en este caso no se articula el acomodo como una herramienta de resolución de conflictos, sino que se otorga un poder excesivo a una de las partes para que decida lo que es razonable y lo que no.

Para concluir, se puede decir que el acomodo razonable en Estados Unidos surgió como iniciativa del poder legislativo que lo configuró como un instrumento de acción positiva pero que dejó sin definir tanto los términos jurídicos que la componen como el alcance de los mismos. El TSUSA ha optado por una visión formal del principio de igualdad e integracionista respecto de las necesidades de las minorías religiosas. Con esa configuración ha reforzado la discrecionalidad del empleador en un ámbito tan sensible como es el de la terminación de la relación laboral y, de paso, también ha renunciado a desarrollar las potencialidades de resolución de conflictos y de gestión de las sensibilidades minoritarias que ofrecía esta figura.

3. LA EXPERIENCIA CANADIENSE

3.1. La respuesta canadiense al pluralismo religioso

La configuración de la pluralidad religiosa en Canadá viene definida, en sus primeros pasos, por la existencia de dos comunidades cristianas: la católica, que resultaba ser un ingrediente principal en la identidad franco-

⁴³ 479 U.S. 60, sec. 68. “By its very terms the statute directs that any reasonable accommodation by the employer is sufficient to meet its accommodation obligation”.

⁴⁴ Así se reconoce en la sentencia de *Phibrock*, 479 U.S. 60, sec. 69, que recoge las palabras del senador Randolph “the sponsor of the amendment that became 701(j), expressed his hope that accommodation would be made with flexibility and a desire to achieve an adjustment”.

canadiense de Quebec, y la protestante. De ahí que, como señala Relano⁴⁵, en Canadá faltó cierto ideal común de nación cristiana comprometida con la libertad religiosa que caracteriza la experiencia estadounidense y, en su lugar, las diferencias entre ambas comunidades fueron notorias desde el origen. Por ello, la preocupación por encontrar un reflejo jurídico a la pluralidad religiosa presente en la sociedad –más aún desde la eclosión de los credos evangélicos y protestantes, muchos de ellos provenientes de Estados Unidos así como de otras religiones producto de la inmigración– da forma a la trayectoria de Canadá.

La vigente constitución canadiense está configurada por la Ley del Canadá de 1982 y de ella forman parte la Ley constitucional de 1982, que incluye la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (en adelante CCDL), y la Ley constitucional de 1867⁴⁶. La referencia de la CCDL a la libertad de religión la encontramos en el artículo 2 (a):

2. *Everyone has the following fundamental freedoms:*
 (a) *freedom of conscience and religion;*

Se aprecia en esta redacción la vinculación de la libertad religiosa con la de conciencia, algo que por el contrario no estaba presente en la declaración de la primera enmienda estadounidense. En este último texto, este derecho era concebido como un elemento autónomo e inspirador de su fundación. En el caso canadiense, como en el de otros textos constitucionales europeos, la referencia a la conciencia eleva el carácter subjetivo de la libertad religiosa.

En cuanto a su contenido y extensión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo canadiense (TSC) resulta muy clarificadora⁴⁷:

The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination (...). Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms

⁴⁵ E. RELANO, "El pluralismo religioso: el modelo canadiense", *Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, núm. 1, 2003, p. 6.

⁴⁶ La *Constitution Act* de 1867 es un texto relevante por cuanto establece criterios de reparto de competencias entre el Gobierno Federal y las provincias. Sin embargo no recoge ninguna referencia a la libertad de religión.

⁴⁷ *R. v. Big Drug Mart Ltd* [1985] 1 S.C.R. 295, sec. 94-95.

of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

Se subraya en esta definición la vertiente interna y externa del hecho religioso así como la dimensión positiva y negativa de esta libertad. Coherentemente con la visión que las democracias occidentales tienen de los derechos fundamentales se acepta que la libertad religiosa no se trata de ninguna manera de un derecho absoluto, sino que está sometido a restricciones. Esta idea tiene plasmación positiva en el artículo 1 de la CCDL, que lo enmarca “*subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*”.

La segunda referencia a la religión en la CCDL la encontramos en el artículo 15 que consagra el principio de igualdad sin que quepa discriminación por razón de religión.

Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

De cara a entender la concepción de la igualdad que configura la CCDL, es interesante la matización que contiene el párrafo segundo del artículo 15. Se afirma que el principio de igualdad no obsta a que se puedan implementar normas jurídicas, programas o actividades que tengan por objeto la aplicación de medidas de acción positiva. De esta manera se da cobertura constitucional a las acciones en favor de individuos o colectivos que se encuentran en posición de desventaja por causa de alguno de los campos protegidos contra la discriminación⁴⁸.

Otra de las peculiaridades de la carta canadiense la encontramos en el artículo 27 con el encabezamiento “Preservación de la pluralidad cultural”.

This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

No se va a entrar aquí a valorar el carácter que tiene este artículo⁴⁹. Sí interesan dos consideraciones. Por un lado que, a diferencia del caso estado-

⁴⁸ *Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.*

⁴⁹ Se ha debatido sobre si este artículo genera un derecho sustancial y por tanto reclamable ante los tribunales, si es un principio interpretativo del resto del articulado de la carta

unidense, en el que la existencia de la cláusula de no establecimiento en la primera enmienda suponía un freno a los intentos de los poderes públicos por tomar partido en ciertas cuestiones, en el caso canadiense no existe una previsión similar. Es más, el artículo 27 se podría llegar a interpretar como una invitación a la promoción de la diversidad cultural, cuando ésta sea vista en peligro. Por otro lado la conjunción de los textos que hemos visto, el art. 2 (a) -libertad religiosa-, el art. 15 -principio de igualdad- y el art. 27 -preservación de la pluralidad cultural- ofrecen un marco peculiar para la gestión de la diversidad religiosa en Canadá.

En su concepción de la neutralidad del Estado en materia religiosa este país encuentra también argumentos para el desarrollo de la obligación de acomodar. Es sabido que su legislación no contiene ninguna previsión oficial de separación entre Estado y Confesiones religiosas, aunque se estima que la interacción entre las libertades constitucionales de conciencia y religión crea una obligación indirecta de neutralidad⁵⁰. Una neutralidad para la que se rechazan fórmulas de laicidad cerrada propia de tradiciones como la francesa o la turca. Por el contrario se propone una fórmula de neutralidad positiva, respetuosa con la expresión de las manifestaciones religiosas. El papel que le correspondería al Estado es el de preservar y fomentar esta pluralidad a través de varios instrumentos, uno de los cuales resulta ser el acomodo razonable.

3.2. La ruptura con la igualdad formal

Precisamente los conceptos de igualdad y no discriminación, tal y como vienen previstos en la CCDL fueron objeto de reflexión para el TSC en el caso *Andrews v. Law Society of British Columbia*⁵¹. El señor Andrews, ciudadano británico con residencia permanente en Canadá, cumplía todos los requisitos para acceder al colegio de abogados de la Columbia Británica, salvo el de poseer la ciudadanía canadiense. Este requisito era, para el demandante, contrario a las previsiones del art. 15. La importancia de este pronunciamiento reside en que el tribunal va a definir conceptos que dan forma al acercamiento

o si se trata de un precepto que da dimensión grupal a derechos individuales. Ver E.J. RUIZ VIEYTEZ, "Una valoración del artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades", *Revista española de Derecho constitucional*, num. 80, vol. 2, mayo-agosto, 2007, pp. 169-197.

⁵⁰ L. BARNETT, *Freedom of Religion and religious symbols in the public sphere*, Library of Parliament, Canada, 2008, p. 5.

⁵¹ [1989] 1 SCR 143.

to canadiense a esta materia. En *Andrews* se rechaza el llamado “similarly situated test”, vinculado a la idea de igualdad formal y que propugna que quienes están situados en un plano similar deben recibir un trato similar y quienes están situados de manera diferente deben recibir un trato diferente. Enfoque que está elaborado a partir de un conocido principio aristotélico. En el fallo se sostiene que, por el contrario, un trato similar no debe desembocar necesariamente en la igualdad, ni un trato diferenciado debe desembocar necesariamente en la desigualdad. Consecuentemente, el objetivo de eliminación de las diferencias no está presente en el espíritu del art. 15, y se rechaza con ello el ideal asimilacionista que en ocasiones acompaña al principio de igualdad. Con esta interpretación, se abre la puerta a medidas de acomodo para gestionar esas diferencias existentes en la sociedad. La pregunta que cabe hacerse en este punto es por el tipo de diferenciaciones que serían aceptables a la luz del art. 15.

Precisamente el subrayado que hace el texto de este artículo “sin discriminación alguna”, lleva al tribunal a formular una definición de discriminación.

Discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

En esta definición se han incluido elementos que están presentes en la figura de la “Adverse effect discrimination” o discriminación indirecta. Como ya se ha visto, la referencia a los efectos del acto discriminatorio y no a su intencionalidad, llevan la definición más allá de los aspectos formales de la igualdad y la entronca con el ideal de la igualdad material. Por tanto, siempre que el trato diferencial se deba a características personales o grupales y conduzca a cargas o limitaciones no soportadas por otras personas o grupos será cuando estaremos ante un supuesto discriminatorio prohibido por el texto del art. 15(1).

La opción por esta definición deja dos cuestiones abiertas que nos resultan de interés. Por un lado, podemos preguntarnos si en esta formulación de la prohibición de discriminación habría naturalmente un man-

dato de protección. En el ideal de la igualdad formal la prohibición de discriminación comporta una exigencia de abstenerse de dañar a otros, que resulta coherente con una interpretación liberal del Estado y una concepción correctiva de la justicia. En el ideal de la discriminación indirecta podría ir implícita una necesidad de actuación positiva por parte de quien ha realizado el acto discriminatorio, que entronca con los requisitos de un Estado social y que responde a un ideal de justicia participativa⁵². De esta manera vemos cómo esta concepción de la discriminación indirecta permite atisbar una necesidad de acomodo de las necesidades religiosas cuando éstas pueden ser causa de la imposición en ciertas personas de desventajas, cargas u obligaciones que otras personas que no comparten esa característica personal de adscripción a ese credo religioso, no tienen que soportar.

La segunda cuestión de interés es la de si hay lugar para una interpretación grupal de la discriminación indirecta. El TSUSA ha mostrado una visión más individualista y liberal de esta figura, pero en la definición que da el TSC se hace referencia al diferente impacto que una medida tiene en quienes componen un determinado colectivo. A través de esta vertiente grupal se está en disposición de poner en cuestión el estándar de lo bueno que una norma da por sentado. Es lo que se conoce como el “dilema de la diferencia”. Para predicar que algo o alguien es diferente se necesita hacer un ejercicio comparativo en el que cierto estándar es considerado bueno o normal y frente al cual otros comportamientos son calificados de “diferentes”. En la sentencia de Andrews se pone como ejemplo de caso de *Bliss v. Canada*⁵³ en el que una mujer embarazada se vio privada de ciertos beneficios laborales durante su periodo de baja maternal. Para el tribunal, la legislación entonces vigente no la discriminaba por razón de sexo sino que la trataba como una persona en situación de baja por enfermedad y bajo esa categoría todas las personas eran tratadas iguales. Lo que late bajo esa afirmación es que lo que en aquel momento la legislación laboral canadiense consideraba “normal” no era otra cosa que un trabajador varón, soltero y sin cargas familiares, frente al cual el colectivo de mujeres trabajadoras que compatibilizaban su dedicación profesional y familiar resultaba discriminado.

⁵² A. AGUILERA, *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*. Tirant, 1ª ed., Valencia, 2013.

⁵³ [1979] 1 S.C.R. 183.

Por tanto, en ocasiones, los requisitos impuestos por las normas o estándares laborales pueden tener más que ver con las características del grupo dominante que con criterios de eficacia. La conciencia de este hecho permite evitar la asimilación de aquellos grupos que no han tenido acceso históricamente a la implantación de esos estándares. Sin embargo tampoco sería correcto establecer políticas en base a la pertenencia de las personas a ciertos grupos sin que cupiese la posibilidad de salir de ellos o de legislar en base a criterios de igualdad para todos ellos. De ahí que el dilema de la diferencia “puede plantearse como una elección entre integración y separación, como una elección entre tratar de forma similar y tratar de forma especial, o como la elección entre la neutralidad y la acomodación⁵⁴”.

Precisamente el dilema entre neutralidad y acomodo que se presenta desde el ideal de la discriminación indirecta se le planteó al TSC en materia religiosa por primera vez en el caso de *O'Malley v. Simpson Sears*⁵⁵. A continuación veremos el razonamiento que ofreció para éste y posteriores casos. Para tener una visión más amplia de la concepción canadiense del acomodo razonable también se mencionará la sentencia del caso *Central Okanagan School District n° 23 v. Renaud*⁵⁶.

⁵⁴ Martha Minow, *Making all the difference*, 1990, citado por Aguilera, op. cit., pp. 181-182.

⁵⁵ [1985] 2 S.C.R. 536. Theresa O'Malley trabajaba en *Simpson-Sears*, cuyo horario de atención al público incluía las tardes de los viernes y sábados en los que se concentraba el mayor nivel en las ventas. Los turnos en estos días eran asignados de manera rotativa entre el personal comercial. En octubre de 1978 la señora O'Malley puso en conocimiento del encargado de personal que había entrado en la Iglesia Adventista del séptimo día que exige respetar el Sabbat. El encargado le hizo ver que se le exigiría cumplir con el horario de trabajo establecido, ante lo cual la demandante decidió dejar su puesto de trabajo. Posteriormente la empresa le ofreció trabajar a media jornada, con la consiguiente reducción de salario. La empresa también se comprometió a valorar su candidatura para puestos vacantes que fuesen compatibles con sus necesidades religiosas. Desgraciadamente las alternativas que se le ofrecieron requerían bien trabajar el sábado o bien un perfil laboral superior al de la demandante. La señora O'Malley demandó a la empresa por discriminación.

⁵⁶ [1992] 2 S.C.R. 970. Larry Renaud, miembro de la Iglesia Adventista del séptimo día, no podía dedicar el Sabbat a actividades seculares. Ciertos turnos del centro de enseñanza primaria en los que impartía clases incluían la noche del viernes y la jornada del sábado. Cuando el señor Renaud puso a los directores del centro en conocimiento de sus necesidades religiosas, éstos le indicaron que cualquier cambio en los turnos debía hacerse con consentimiento del sindicato con el que se había negociado el convenio colectivo. Fruto de las conversaciones entre la dirección y el demandante (que no quería perder salario trabajando sólo 4 días por semana) se decidió que la mejor solución de acomodo consistía en crear una jornada semanal de domingo a jueves, para lo cual se precisaba del consentimiento sindical. El sindicato, reacio a violar los términos del convenio colectivo, se negó.

3.3. La apuesta por un acomodo negociado

Al igual que en los casos estadounidenses analizados, ambos demandantes planteaban reclamaciones de acomodo que tenían que ver con el día de descanso semanal (sábado) que su fe les prescribía y que entraba en contradicción con el calendario laboral de sus respectivas empresas. Además del marco legislativo de la CCDL, en ambos casos eran aplicables las leyes de Derechos Humanos vigentes en la provincia de residencia de cada uno de los demandantes⁵⁷. A diferencia del Título VII CRA, no existía en Canadá ninguna norma que previese la obligación de acomodar.

Se acepta que el calendario laboral de las empresas ha sido elaborado sin ánimo discriminatorio y por motivos legítimos. Su aplicación es igual para todas las personas, de manera que la pregunta es si existe discriminación. La práctica de escoger el domingo como día de descanso entra dentro de la libertad de empresa, una de cuyas facultades es la de organizar el trabajo de la manera más eficiente para sus fines. Con independencia de cuáles son los orígenes históricos del descanso dominical, lo cierto es que hoy en día esta medida es asumida con naturalidad por la mayoría de la fuerza de trabajo. Sin embargo a quienes son practicantes de una religión que tiene un día diferente del domingo para ser dedicado a actividades religiosas se les plantea la disyuntiva de escoger entre mantener su puesto de trabajo a costa de su práctica religiosa o bien continuar en la observancia sacrificando su profesión. Esta dura decisión, que está basada en una característica personal como es la pertenencia a una religión y no a otra, supone tener que asumir una carga o desventaja –en el sentido en que lo dice la definición del caso Andrews– que a otras personas no se les plantea.

De manera que atendiendo a los efectos que la norma produce el tribunal del caso *O'Malley* puso sus ojos en la figura de la Adverse effect discrimination, que desde el caso *Duke Power* también había empezado a ser empleada por los tribunales canadienses⁵⁸. El TSC identifica la discriminación

⁵⁷ En el caso *O'Malley*, la *Ontario Human Rights Code* R.S.O. 1980 y en el caso de Renaud la *British Columbia Human Rights Act*, S.B.C. 1984. Ambos textos prohibían la discriminación laboral en términos genéricos.

⁵⁸ Se cita como primera ocasión el caso *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.* (Ontario Human Rights Board of Inquiry), decisión inédita de mayo de 1977. Se aceptó la existencia de una discriminación basada en religión ante el rechazo que se produjo por la empresa a una solicitud de empleo de un ciudadano Sij que no cumplía los requerimientos de vestimenta y presencia física (afeitado) por estar comprometido con los requerimientos de su fe. Ver I.Camós Victoria, "La evolución del tratamiento de la discriminación en materia de

indirecta en aquellos casos en los que la empresa, llevada por necesidades de su negocio, adopta una norma o estándar que es neutral a primera vista pero que provoca un efecto diferenciado en un empleado o grupo de ellos a consecuencia de una característica especial de estos últimos no compartida por otros miembros del personal. Hasta este punto la carga de la prueba le corresponde al empleado y supondría un reconocimiento *prima facie* de la existencia de discriminación. La cuestión controvertida es qué ocurre a partir de este momento.

En estos casos se activa un test de proporcionalidad que ponderará los intereses en conflicto. Por un lado la libertad de empresa y por otro la libertad religiosa de las personas empleadas. Si en la ponderación de los intereses en juego se concluye que esa norma constituye un requerimiento profesional impuesto de buena fe⁵⁹ (RPBF), la libertad religiosa se vería obligada a caer. Para los casos en que la norma no pudiera ser amparada como un RPBF la ley no preveía nada. Ante este vacío legal, el TSC se vio obligado a dar una respuesta –y lo hizo positivamente– a la interrogante sobre si la definición de discriminación indirecta no encierra implícitamente una obligación de reparación. La “cobertura” jurídica a esta situación la encuentra en la importación de la obligación de acomodar. De ahí que como apunta Woerling⁶⁰, la obligación de acomodar se configura en Canadá como una exigencia del principio de igualdad y el corolario de la prohibición de la discriminación indirecta.

Ahora bien, el reconocimiento de la existencia de discriminación por causa de religión no conlleva automáticamente un derecho a implementar un remedio. Se acepta que el espíritu de la ley requiere cierta forma de acomodo de las prácticas que han originado el conflicto, pero en el marco de un modelo flexible que resulte garantista tanto para la protección del derecho a la libertad religiosa como para la adecuada gestión del negocio. Por esta razón la configuración del concepto de carga excesiva se articula por el TSC como una garantía más que como un límite del ejercicio del acomodo razonable.

empleo en aplicación de las cartas de libertades de las personas en Canadá y Quebec”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002, p.138.

⁵⁹ *Bona Fide occupational requirement* es la expresión empleada en la ley. Esta formulación viene a cumplir la misma función que en la discriminación por efecto adverso del TSUSA tiene el *test de objetividad* a través del cual se debe demostrar, por la parte empleadora, que la norma impugnada tiene relación manifiesta con el puesto de trabajo y que es necesaria para alcanzar un objetivo legítimo y no discriminatorio.

⁶⁰ J. WOERHLING, “L’obligation d’accommodement raisonnable et l’adaptation de la société a la diversité religieuse”, *Revue de droit de McGill*, núm. 43, 1998, p. 330.

Efectivamente, el rechazo expreso por parte del TSC de emplear el requisito “de minimis” de su homólogo estadounidense implica que el concepto de carga excesiva se pretende articular como un elemento que sirva para ejecutar un test de proporcionalidad a la hora de aplicar acciones positivas. Un elemento previsible en su formulación pero variable en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Así fue definido en el caso conocido como *Central Alberta Dairy Pool*⁶¹, donde se listaron varios factores que, lejos de ser una enumeración cerrada o exhaustiva, pretendían ofrecer una guía cuya puesta en valor frente a la libertad de religión podría dar un resultado diferente según el caso ante el que nos encontrásemos:

“...financial cost, disruption of a collective agreement, problems of morale of other employees, interchangeability of work force and facilities. The size of the employer’s operation may influence the assessment of whether a given financial cost is undue or the ease with which the work force and facilities can be adapted to the circumstances. Where safety is at issue, both the magnitude of the risk and the identity of those who bear it are relevant considerations.”

Un aspecto controvertido al que el TSC tuvo que dar respuesta es al eventual conflicto que surge entre la obligación de acomodar y los requerimientos laborales emanados de un convenio colectivo. Se plantea aquí la segunda de las preguntas que nos hacíamos respecto a la discriminación indirecta y que tiene su núcleo en el dilema de la diferencia. Un colectivo perfectamente legitimado, en tanto que ostenta la representación de la mayoría de la fuerza de trabajo, ha acordado unas condiciones laborales que quedan plasmadas en el texto del convenio colectivo. Sin embargo esa negociación no ha previsto la existencia de determinadas necesidades de carácter religioso que pueden ser presentadas por personas o colectivos no representados o que no tienen peso suficiente dentro de ese agente negociador. ¿Qué hacer ante un conflicto de este tipo? La respuesta difiere según se adopten posturas neutrales, que ignoren el conflicto y en consecuencia conduzcan a las personas con necesidades de este tipo a integrarse o asimilarse en lo establecido por la negociación, o bien se opte por posturas favorables al acomodo que acepten un trato especial en forma de acciones positivas.

En el caso *Renaud*, el tribunal entiende que lo pactado en un convenio colectivo está provocando una interferencia en la libertad religiosa del demandante. Cuando esta medida no pueda ser justificada como un RPBF y tenga efectos discriminatorios, se produce un choque entre la legitimidad

⁶¹ *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489.

representativa del convenio colectivo y el ejercicio, garantizado constitucionalmente, de un derecho fundamental. Para el TSC, de la misma manera que la existencia de una relación laboral no supone la suspensión del ejercicio de derechos fundamentales, tampoco lo pactado en un convenio colectivo debería suponer un paréntesis respecto al marco jurídico aplicable en materia de discriminación. Dicho de otro modo, obligar a la persona afectada a integrarse en los términos del convenio a pesar de los efectos que éste provoca, supondría aceptar que lo pactado podría quedar eximido de la legislación en materia de Derechos Humanos.

De manera que el convenio colectivo no exige a las partes de su obligación de acomodar. Ahora bien, el efecto que produzca el acomodo debe ser tenido en cuenta dentro del límite que marca la carga excesiva. En ese sentido, un acomodo que suponga incumplir sustancialmente los términos y condiciones de la operativa pactada en el convenio puede ser considerado como una interferencia indebida en el desarrollo del negocio. Conviene recordar que en el caso concreto de Renaud, las partes involucradas consideraban que la mejor alternativa de acomodo consistía en la creación de un nuevo turno –de domingo a jueves– que satisfacía tanto al centro educativo como a la parte demandante. Sin embargo, la puesta en marcha de esta medida precisaba de la colaboración del sindicato ya que suponía introducir una exención en lo previsto en el convenio. Esa falta de asistencia en la materialización del acuerdo es la que critica la sentencia al subrayar que la obligación de acomodo es una “indagación multilateral” en cuya consecución se precisa el compromiso de todas las partes involucradas. En consecuencia el sindicato también estaría afecto por la obligación de acomodar.

A pesar de la posición del TSC en este caso, la aplicación práctica de este principio resulta compleja, especialmente si además –como suele ser habitual– concurren otras características como la antigüedad (que en ocasiones también pueden ocultar discriminaciones sistémicas). De las características de los casos vistos hasta el momento podemos concluir⁶² que la obligación de acomodar podría imponerse como excepción a lo previsto en un convenio colectivo –sin que exista un patrón general y siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto– cuando no existan mejores alternativas disponibles, cuando su puesta en práctica no interfiera con el desarrollo del negocio y sin que el acomodo pueda suponer la pérdida de un puesto de trabajo o

⁶² R. HATFIELD, “Duty to accommodate”, *Just Labour*, vol. 5, winter, 2005, pp. 28-29.

relegación de una persona que actualmente está ocupando un determinado puesto.

4. EL ACOMODO RAZONABLE COMO HERRAMIENTA DE FUTURO

Los diferentes elementos que entran en juego en cada tradición jurídica ejercen una notable influencia en el desarrollo de una misma figura, como se ha visto con el acomodo razonable en los casos estadounidense y canadiense. Ciertamente en ninguno de los dos países esta figura es ajena a la controversia, aunque también es cierto que el empeño en desarrollarla muestra hasta qué punto la libertad religiosa ocupa un lugar relevante en su ordenamiento jurídico.

Un punto común en ambos casos tiene que ver con la crítica que pone el acento en la excesiva permisividad del acomodo razonable; en la cantidad impredecible de conductas que puede llegar a amparar. Una objeción que tiene más que ver con la propia configuración de la libertad de religión como un derecho individual y subjetivo que se da en las democracias liberales. Una de las tendencias que se observa en el fenómeno espiritual contemporáneo en Occidente viene definida por la proliferación de opciones religiosas o incluso de “bricolaje identitario” en materia de creencias y que ha sido etiquetado como “religión á la carte”⁶³. Esto ha llevado a cuestionar el acomodo razonable a la luz de la excesiva judicialización a la que se sometería a esta materia en caso de implementar completamente este instrumento. Es verdad que no faltan ejemplos de casos en los que la definición de práctica religiosa o comportamiento amparable por la libertad religiosa puede ofrecer dudas⁶⁴. Curiosamente es esa exacerbación del individualismo la que lleva a ciertas voces entre la doctrina estadounidense a rechazar el acomodo razonable por el efecto de *slippery slope* que podría crear⁶⁵. Incluso quienes tienen mayor experiencia en la obligación de acomodar aceptan que la perspectiva de dar

⁶³ S. LEFEVRE, “Religion in court: between an objective and a subjective definition” en L.G. BEAMAN (ed.) *Reasonable Accommodation: managing religious diversity*, UBC Press, Vancouver, 2012, pp. 34-35.

⁶⁴ Casos como los de *Wilson v. US West Communications*. 58 F.3d 1337 (8th. Cir. 1995) en Estados Unidos o *Bruker v. Marcovitz*, [2007] 3 S.C.R. 607 en Canadá presentan una notable elevación de la carga subjetiva en la parte demandante.

⁶⁵ J.A. SONNE, op. cit., pp. 1051-1059; R.S. POST, op. cit., pp. 194-197, quien analiza el choque de principios que se da entre la visión liberal que encierra la primera enmienda de la constitución y la visión progresista de la CRA.

respuesta a casos derivados de una multitud de creencias individuales resulta intimidatoria⁶⁶. Se puede confiar en que el carácter flexible y cooperativo con el que se ha configurado el test de la carga excesiva –al menos en Canadá– sirva para que el acomodo razonable no quede, efectivamente, invalidado por esta dificultad.

Una de las preguntas que nos hacíamos al comienzo del texto es si tiene sentido pensar en la eventual exportación del razonamiento jurídico que propone el acomodo razonable. En el régimen establecido por la Constitución (CE) de 1978, el principio de igualdad (arts. 9 y 14) así como el reconocimiento de la libertad ideológica y religiosa (puntos 1 y 2 del art. 16) dan forma a la neutralidad estatal que adquiere, en sus relaciones con las confesiones religiosas, un modelo de aconfesionalidad al que se le añade un mandato de cooperación (art. 16.3). Este entramado materializa un principio de laicidad, que ha sido definida por el Tribunal Constitucional (TC) como positiva⁶⁷ en la medida en que demanda de los poderes públicos una actitud abierta⁶⁸. La figura de la discriminación indirecta tiene sustento en la legislación comunitaria con ocasión de la trasposición de la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, hecha a través de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. La ponderación de los bienes jurídicos en juego a través de un test de proporcionalidad cuando se presente un conflicto entre derechos fundamentales ya ha sido prevista por el TC⁶⁹. Bien es cierto que en el caso que nos ocupa se trata de una colisión entre un derecho fundamental y un dere-

⁶⁶ G. VUICIC, "Religious accommodation in the workplace. A management perspective", *2012-2013 Labour Arbitration Yearbook. Second Series*, Lancaster House, 1ª ed., Toronto, 2013, pp. 141-161.

⁶⁷ STC 46/2001, de 15 de febrero (BOE nº 65 de 16 de marzo de 2001) FJ4.

⁶⁸ Se puede poner en común el contenido del mencionado artículo con el 9.2 CE sobre el papel de los poderes públicos para garantizar la efectividad de los Derechos y Libertades garantizados en la Constitución. El Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión en la sentencia 154/2002 de 18 de julio de manifestar en el fundamentado jurídico tercero que junto con la neutralidad del Estado en materia religiosa está la necesidad de cooperación entre Iglesia y Estado. Por tanto, la simple abstención en esta materia no satisface la postura que el Estado debe tener ante el fenómeno religioso.

⁶⁹ STC 154/2002 *op. cit.* FJ12 relativa a un caso de negativa a recibir una transfusión sanguínea por parte de una familia de Testigos de Jehová, se afirmó: "...cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante".

cho reconocido en la CE como es la libertad de empresa (art. 38, situado en la sección 2ª “de los derechos y deberes de los ciudadanos” del capítulo II); circunstancia que deberá ser tenida en cuenta al poner en práctica el mencionado test. Sin perjuicio de hacer un análisis más detallado sobre la cuestión⁷⁰, a primera vista parece haber un marco jurídico en el que la obligación de acomodar podría encontrar bases en las que justificarse.

La modificación, por motivos religiosos, del régimen de festividades y días de descanso del que da cuenta el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores⁷¹ fue prevista en las leyes ordinarias que sancionan los acuerdos que el Estado español alcanzó con la Federación de entidades Evangélicas, Israelitas e Islámicas⁷². Sin embargo, en estos textos, el eventual acuerdo queda condicionado a que “medie acuerdo entre las partes”. Por un lado, esta formulación deja al arbitrio de las relaciones laborales un aspecto relevante de la exteriorización de la libertad religiosa y de culto⁷³. Por otro, aunque la determinación del calendario laboral en España carece en la actualidad de justificación religiosa y busca su legitimidad en aspectos seculares y laborales propios de la tradición⁷⁴, su deuda con una prolongada confesionalidad cató-

⁷⁰ Ver M. ELÓSEGUI ITXASO, *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, Thomson Reuters, 1ª ed., Cizur Menor, 2013; L. BORGES BLÁZQUEZ, “Freedom of religion versus freedom of business management in Spain: Spanish case-law analyzed in the light of reasonable accommodation figure according to Canadian case-law”, *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos*, Edición especial, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, pp. 55-70.

⁷¹ Que expresa una preferencia clara por el domingo como día de descanso semanal al establecer que éste consistirá en día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. El punto 2 del mismo artículo reconoce la existencia de un máximo de catorce días festivos y retribuidos al año, cuyo desarrollo se encuentra en el artículo 45 del Real Decreto 2001/1983 de 28 de julio de *regulación de jornadas de trabajo, jornadas especiales y descansos* (BOE nº 180, de 29 de julio de 1983).

⁷² Art. 12 de las leyes 24, 25 y 26/1992 de 10 de noviembre, por las que se aprueban los Acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE) y la Comisión Islámica de España (CIE).

⁷³ En los casos que hasta el momento han llegado a los tribunales por causa de necesidades religiosas en el puesto de trabajo, cuando la ponderación de los derechos en juego ha sido favorable a la libertad de empresa (haciendo prevalecer, por ejemplo, la seguridad jurídica) no se han dado pistas sobre la manera en que la libertad religiosa podría llegar a prevalecer sobre los otros intereses en juego. STC 19/1985, *op. cit.*; STS –sala de lo social– 20/04/1988 RJ 2999/1988; STSJ Madrid 20/10/1997 (Rec. 2170/1997); STSJ Baleares 9/09/2002 (Rec. 390/2002); STSJ Comunidad Valenciana 11/09/2000 (Rec. 1925/2000).

⁷⁴ STC 19/1985, de 13 de febrero. (BOE nº 55, de 5 de marzo de 1985) FJ 4.

lica es evidente. En este sentido resulta claro que la posición de las personas que demandan días festivos por motivación religiosa, que sean diferentes a los consagrados por el tiempo, supone una desventaja respecto a quienes no tienen inconveniente en seguir la situación establecida, y su margen de negociación es menor. El enfoque propio del derecho antidiscriminatorio y de la acción positiva que descansa tras la figura del acomodo razonable demanda igualmente una negociación entre las partes, pero asume la asimetría de las mismas y por ello pide un esfuerzo mayor a la parte empleadora situando ese acuerdo en el terreno de la obligación de mantener la relación laboral hasta el límite de la carga excesiva.

5. CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de los diferentes elementos que confluyen en cada uno de los casos y que les hacen evolucionar de manera distinta, se puede afirmar a tenor de lo visto, que la figura del acomodo razonable no ha desarrollado en el caso estadounidense un carácter verdaderamente negociador, que es una característica definitoria de esta figura. En su lugar, se puede decir que se ha dotado a la parte empleadora –a través del requisito “de minimis” con el que se configura la carga excesiva, así como con la restringida extensión de la obligación de acomodar que se perfiló en *Philbrook*– de un margen de maniobra tan amplio que ha desvirtuado el aspecto bilateral del acomodo hasta dejarlo en un trámite poco operativo en lo que se refiere a la integración de las sensibilidades religiosas minoritarias en el puesto de trabajo. La ponderación de los intereses en juego entre la libertad de empresa y la libertad religiosa se ha decantado en favor de la primera a través de una visión integracionista y formal en su aplicación de los criterios de igualdad. La discriminación se entiende predicada sólo respecto al estatus, mientras que la práctica es “desgajada” de la libertad religiosa para ser considerada un hábito al que se debe renunciar para poder responder convenientemente a las exigencias laborales.

El caso canadiense, por el contrario, concibe la prohibición de discriminación por razón de religión como un mandato que cubre no sólo el estatus sino también la práctica, en la medida en que ésta es una manifestación en el fuero externo de un derecho fundamental. Consecuentemente realiza un esfuerzo por avanzar hacia una concepción de la igualdad en clave sustantiva y no asimilacionista. El choque entre la libertad de contratación y la práctica

religiosa se encauza desarrollando los aspectos bilaterales que tiene el acomodo razonable. Incluso los aspectos multilaterales, ya que el sindicato –en la medida en que le corresponde– tampoco va a escapar de esta obligación de agotar las posibilidades de la negociación sin menoscabo de la relación laboral. De manera ideal, el test de proporcionalidad que se activa en la obligación de acomodar debe otorgar un peso constante a la libertad religiosa para poder valorar, en el otro lado de la balanza, las circunstancias que concurren en el ejercicio de la libertad de empresa, con la garantía de la carga excesiva, un concepto jurídico indeterminado frente al que el TSC tiene el crédito de haber explorado diferentes indicadores para dotarlo de contenido.

A pesar del esfuerzo realizado, ya se ha visto que en ninguno de los dos casos el acomodo razonable ha conseguido superar los obstáculos que la complicada madeja de las relaciones laborales hace aflorar en el lado de la balanza que ocupan los intereses organizativos de la parte empleadora, ni los aspectos estructurales que tienen que ver con la organización social y que impiden, en ocasiones, el ejercicio de prácticas de los grupos minoritarios que podrían encontrar encaje constitucional. La obligación de acomodar, hasta el momento, se limita a negociar la diversidad gestionando excepciones y soluciones ad casum⁷⁵. Tal vez la clave resida en la adopción de un multiculturalismo que no dependa de la idea de tolerancia de la diferencia sino de la idea de igualdad plena, por mucho que este concepto, hoy por hoy, encuentre demasiados escollos para su materialización.

JOSÉ RAMÓN INTXAURBE VITORICA

Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe.

Universidad de Deusto

Avenida de las Universidades, 24

48007 Bilbao

e-mail: jr.intxaurbe@deusto.es

⁷⁵ Para una reflexión sobre su capacidad para gestionar la diversidad religiosa y lingüística, véase E.J. RUIZ VIEYTEZ, “Crítica del Acomodo Razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2009, pp. 1-22. Un análisis sobre la necesidad de desarrollar instituciones inclusivas que superen el binomio Igualdad/Diferencia, se encontrará en S. DAY y G. BRODSKY, “The duty to accommodate: who will benefit?”, *The Canadian Bar Review*, vol. 75, 1996, pp. 433-473; y en L.G. BEAMAN, “Alternatives to Reasonable Accommodation” en L.G. BEAMAN (ed.) *Reasonable Accommodation: Managing religious diversity*. UCB Press, 1ª ed., Vancouver, 2012, pp. 215-216.