

LA «ACOMODACIÓN» DE LAS FESTIVIDADES RELIGIOSAS Y LA NUEVA PROTECCIÓN POR DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN EL ORDEN LABORAL

ÀLEX SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO

SUMARIO

I • PRELIMINAR. II • LOS ELEMENTOS DE LA ACOMODACIÓN EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA CANADIENSE. 1. Del caso *Ontario Human Rights Commission et. al. v. Simpsons-Sears Ltd.*, al caso *Michael Chernack v. Air France and Joël Corneloup*. 2. Definición y fundamento jurídico de la acomodación. 3. Los requisitos invocables por el trabajador. 4. Los medios de defensa del empresario. 5. Los límites genéricos intransgredibles. **III • LA AUSENCIA DE ACOMODACIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 19/1985, DE 13 DE FEBRERO. IV • DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y TUTELA DE LA RELIGIÓN Y LAS CONVICCIONES. V • CONCLUSIONES FINALES.**

I. PRELIMINAR

Es evidente que la multiculturalidad de la población española viene experimentando un progresivo incremento por efecto de las traslaciones demográficas¹. La llegada de inmigrantes con diversidad de creencias religiosas origina nuevas demandas que no cabe solucionar otorgando tan sólo los oportunos permisos de trabajo y residencia, pues una integración efectiva en la sociedad receptora requiere combinar una vertiente cuantitativa, socioeconómica, con otra cualitativa, cultural-religiosa.

1. El número de extranjeros legales se ha visto triplicado en los seis últimos años, sumando un total de 1.647.011. Las Comunidades Autónomas de Madrid y Cataluña aglutinan cerca del 50%. Por nacionalidades, la marroquí es la mayoritaria: la forman el 20,28% de los extranjeros regulares, un tercio de los cuales se encuentra en Cataluña. Fuente: Ministerio del Interior, *Anuario Estadístico de Extranjería*, diciembre 2003. La repatriación de los indocumentados se cifró en 92.679 inmigrantes ilegales.

Algunos de los hábitos y prácticas religiosas cuestionan normas y convenciones socialmente aceptadas por la mayoría. Tal es el caso de aquellos fieles cuyas festividades religiosas no coinciden con el calendario cristiano-gregoriano, dando lugar a pretensiones que exigen una atención especial de las Administraciones públicas y también de los sectores empresariales².

Son días festivos religiosos aquellos que, «caracterizados por el deber de cumplir ciertas prácticas y de observar determinadas abstenciones, se destinan a honrar a Dios o a conmemorar actos o personas cualificadas por su significado religioso»³. Su asidero jurídico se encuentra en el art. 2.1 b) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR), que reconoce el derecho de toda persona a «conmemorar sus festividades». Y aunque la LOLR no explica el alcance del término «conmemoración», cabe entender que se refiere a dos derechos conexos: la asistencia a actos litúrgicos y el descanso laboral⁴.

Al mismo tiempo, la normativa pactada con la Iglesia Católica y las minorías religiosas «con notorio arraigo» estipula diversas concreciones sobre la conmemoración de las fiestas. El Acuerdo de 3 de enero de 1979 con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos dispone en su art. III que «el Estado reconoce como días festivos todos los domingos. De común acuerdo se determinará qué otras festividades religiosas son reconocidas como días festivos». Y las leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, que aprueban los Acuerdos de Cooperación 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), especifican en sus respectivos arts. 12 el descanso laboral semanal de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras

2. 1 de enero (Año Nuevo), 25 de diciembre (Natividad del Señor), 15 de agosto (Asunción de la Virgen), 1 de noviembre (Todos los Santos), 8 de diciembre (Inmaculada Concepción), Jueves Santo, Viernes Santo, 6 de enero (Epifanía del Señor) y 19 de marzo (San José) ó 25 de julio (Santiago Apóstol), correspondiendo a las Comunidades Autónomas optar por una de estas dos festividades. Sobre el papel competencial de las Autonomías, véase: J. GOTI, «Competencias en la designación de las fiestas», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. V, 1989, pp. 267 y ss.

3. M. LÓPEZ ALARCÓN, «Tutela de la libertad religiosa», en AA.VV. (coord. R. NAVARRO-VALLS), *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona 1993, p. 573.

4. D. LLAMAZARES, *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, Madrid 1989, p. 1046.

Iglesias evangélicas, así como las festividades y conmemoraciones religiosas prescritas por la Ley y tradición judía e islámica.

Según el Acuerdo firmado con la FEREDE «el descanso laboral semanal, para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas, pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, cuyo día de precepto sea el sábado, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general».

En términos semejantes se expresa el Acuerdo con la FCIE, al señalar también que el descanso laboral semanal «para los fieles de Comunidades Israelitas pertenecientes a la FCIE, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general».

Y el art. 12.1 del Acuerdo con la CIE dispone que «los miembros de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la “Comisión Islámica de España” que lo deseen, podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne para los musulmanes, desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán). En ambos casos, será necesario el previo acuerdo entre las partes. Las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas sin compensación alguna».

El ejercicio efectivo del derecho a conmemorar estas festividades genera una proliferación de lo que se ha dado en llamar *demandas de acomodación* en el ámbito de las relaciones laborales. La *acomodación* conlleva el ajuste o la modificación de normas «vocacionalmente» neutrales que se extienden y aplican a todos los trabajadores de una empresa o sector económico⁵. El objetivo de estas *acomodaciones* es el de integrar a aquellos empleados a los que, por causa de su identidad religiosa, la apli-

5. Así, el art. 37 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, dispone que el descanso semanal comprenderá, como regla general, «la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo».

cación de una norma general —neutral, legítima y estrictamente secular—, habría de producirles una discriminación indirecta. La acomodación razonable es, así, una plausible técnica jurídica que pretende favorecer el ejercicio de la libertad religiosa en condiciones de igualdad.

II. LOS ELEMENTOS DE LA ACOMODACIÓN EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA CANADIENSE

Para la cabal comprensión de la técnica de la acomodación trataremos los principales elementos que la conforman, partiendo de una de las decisiones de mayor calado que ofrece la jurisprudencia canadiense, abordando después en línea comparativa las aportaciones doctrinales de nuestra experiencia jurídica, tomando como muestra la sentencia 19/1985, de 13 de febrero, del Tribunal Constitucional.

1. *Del caso Ontario Human Rights Commission et al. v. Simpson-Sears Ltd., al caso Michael Chernack v. Air France and Joël Corneloup*

Desde 1975 hasta 1978 la Sra. O'Malley trabajó a tiempo completo como vendedora en los almacenes comerciales Simpson-Sears Ltd.⁶. Su horario semanal comprendía los viernes y los sábados, que eran los días de mayor venta, conocidos como «*the time for selling*». A principios de octubre de 1978 se convirtió a la Iglesia Adventista del Séptimo Día que, entre sus preceptos religiosos obligatorios, incluye el descanso semanal desde la puesta de sol del viernes hasta la puesta de sol del sábado.

Consecuente con sus convicciones, resolvió la demandante que no podía seguir laborando la jornada del sábado. Sin embargo, la empresa la informó de que, si no quería ser despedida, debía seguir prestando servicios los sábados. Ella reconoció que deseaba mantener su puesto de trabajo, si bien le resultaba imposible conciliar el horario laboral con los preceptos de su Iglesia. La dirección de recursos humanos decidió, final-

6. (1985) 23 D.L.R. (4th.), pp. 321-339. Otras decisiones posteriores a la que se analiza fueron: *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta Human Rights Commission* (1990) 72 D.L.R. (4th.), p. 417; y *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud* (1992) 95 D.L.R. (4th.), p. 577.

mente, ofrecerle un empleo a tiempo parcial, oferta que la trabajadora aceptó con la consiguiente pérdida de sueldo y beneficios extras.

El 23 de octubre ambas partes firmaron una declaración que resumía las conversaciones mantenidas con la dirección y la aceptación del nuevo contrato de trabajo. Y la empresa, en consideración a la trayectoria y buen hacer de la trabajadora, decidió comprometerse a recolocarla en otro puesto de trabajo a jornada completa, siempre que pudiese ausentarse los sábados. No obstante, este compromiso nunca llegó a materializarse.

Es significativo que la Corte Suprema se refiera de inmediato en su argumentación a la necesidad de interpretar el Código de Derechos Humanos de Ontario de un modo más avanzado que de costumbre. Si es propio de los tribunales buscar el fin de las normas y procurar un efecto que sea claro, en el presente caso ese propósito consiste en erradicar la discriminación de los empleados⁷. Así lo dispone el art. 4(1) del *Ontario Human Rights Code*, al consignar que:

«No person shall, [...] (g) discriminate against any employee with regard to any term or condition of employment, because of race, creed, color, age, sex, marital, status, nationality, ancestry or place of origin of such person or employee».

Para la Corte, una visión inflexible de los fenómenos discriminatorios significaría colocar una «barrera insuperable» en el camino del demandante que busque amparo, al que resultaría extremadamente difícil, en la mayor parte de las situaciones, probar el motivo o la causa de la discriminación. Las normas que imponen estándares iguales para todos los trabajadores son susceptibles de generar injusticias y discriminaciones a través de un idéntico tratamiento respecto a aquellos que no comparten las mismas características religiosas de la mayoría⁸.

7. «... and it is for the courts to seek out its purpose and give effect. The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination», p. 329.

8. «To take the narrower view and hold that intent is a required element of discrimination under the Code would seem to me to place a virtually insuperable barrier in the way of a complainant seeking a remedy. It would be easy to cloak in the formation of rules which, though imposing equal standards, could create [...] injustice and discrimination by the equal treatment of those who are unequal», p. 331.

Por ello la Corte entiende que los tribunales inferiores erraron al considerar que la discriminación ante leyes neutrales —de existir— ha de ser probada por quien dice padecerla, en este caso la trabajadora. Y asimismo, critica que los tribunales omitieran la cuestión del efecto adverso que produce la discriminación indirecta⁹. A partir de aquí pasa a distinguir conceptualmente lo que es una discriminación intencional o directa de lo que es una discriminación indirecta en el ámbito de las relaciones laborales. Si la primera resulta nítida al quedar prohibida explícitamente en todas las Cartas de Derechos Humanos —no pudiendo, por tanto, un empleador adoptar una norma que discrimine a sus trabajadores en función de la raza, la religión, el sexo o la nacionalidad—, no ocurre lo mismo con las discriminaciones no intencionadas, es decir, indirectas.

A juicio de la Corte, éstas se producen cuando un empleador, por causas razonables —auténticamente laborales— adopta una norma o estándar que, en su apariencia superficial, es neutra ya que se dirige a todos los empleados sin distinciones entre ellos, pero que, aplicada, produce un efecto discriminatorio involuntario a uno o a varios, pues les impone una serie de obligaciones, cargas, penalidades o condiciones restrictivas que no afectan al resto de trabajadores de la empresa. La causa de estas cargas que indirectamente genera la norma deriva de una característica especial, habitualmente minoritaria y singular, verbigracia: el profesar una determinada religión¹⁰.

9. «As to the second consideration, the courts below upon a not unreasonable construction of the Ontario Human Rights Code based their judgments primarily upon the proposition that an intent to discriminate was necessary element in prohibited discrimination under the Code. They did not then have to consider the question of adverse effect discrimination as a concept separate from intentional discrimination», p. 331.

10. «A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where and employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, “No Catholics or no woman or no blacks employed here”. There is, of course, no disagreement in the case at bar that direct discrimination of that nature would contravene the Act. On the other hand, there is no concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force [...] I am of the opinion that this court may consider adverse effect discrimination as described in these reasons a contradiction of the terms of the Code», p. 332.

Para la Corte Suprema, en tales situaciones no debe ser rechazada la norma de trabajo, ya unilateral, ya de convenio colectivo. Y al no hallarnos ante una discriminación directa, ha de reconsiderarse tan sólo el efecto adverso que produce sobre el trabajador o trabajadora. Si, como sostenía la Corte desde el principio, de lo que se trata es de otorgar un resultado más flexible que el alcanzado hasta la fecha por el Código de Derechos Humanos de Ontario, lo que procedía —en rigor— era exigir a la compañía comercial una adaptación razonable en beneficio de su empleada¹¹.

Al respecto, la Corte señala que no hay problema alguno con relación a la libertad religiosa. Es ésta una libertad perfectamente asentada en la sociedad canadiense, que incluso antecede a las Declaraciones de Derechos Humanos. Por ello, aceptar la idea de que existe un deber de adaptación impuesto al empleador implica, necesariamente, establecer un límite realista. La obligación, en los casos en los que se produce una *unintentional discrimination* generadora de un *adverse effect* por la libre pertenencia religiosa, significa que el empresario debe adoptar una serie de pasos razonables para que la demandante —parte débil de la relación contractual—, pueda acomodarse sin por ello tener que sufrir el empresario una carga o perjuicio no deseado, y sin que el negocio se resienta¹².

En los supuestos de discriminación directa la carga de la prueba recae, lógicamente, en quien la comete. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando las discriminaciones no son intencionadas? Algo ya se ha hecho notar antes. A diferencia de los tribunales inferiores, la Corte se dirige al empresario, requiriéndole que demuestre que ha adoptado los pasos razonables para acomodar a la empleada, sin que —por otra parte— esa acomodación le produzca un gravamen excesivo (*undue hardship*) a su empresa. Ésta es la responsabilidad que recae en el empresario, ya que es

11. «The working rule or condition is not struck down, but its effect on the complainant must be considered, and if the purpose of the Ontario Human Rights Code is to be given effect some accommodation must be required from the employer for the benefit of the complainant», p. 333.

12. «Accepting the proposition that there is a duty to accommodate imposed on the employer, it becomes necessary to put some realistic limit upon it. The duty in a case of adverse effect discrimination on the basis of religion or creed is to take reasonable steps to accommodate the complaint, short of undue hardship: in other words, to take such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer's business and without undue expense to the employer», p. 335.

él quien mejor puede reunir y conocer toda aquella información necesaria que le permitirá probar cuándo la acomodación de su empleada podría significarle un gravamen excesivo¹³.

En el caso que nos ocupa, la Corte resolvió que no existían pruebas que denotaran un gravamen indebido que perjudicara a los almacenes Simpson-Sears Ltd. Por consiguiente, se admitió la apelación de la empleada la cual, en compensación, obtuvo la diferencia salarial a tiempo completo que había dejado de percibir durante los nueve meses que prestó servicios en régimen de jornada parcial.

La actora actuó en todo momento de buena fe, comunicando a la empresa sus creencias religiosas y aceptando el nuevo puesto de trabajo, aunque eso le comportara una reducción considerable de su sueldo. La empresa, por su parte, no dio todos los pasos razonables para encontrar una solución al problema: ni demostró *undue hardship*, ni llamó nunca a la empleada para que ocupara otro puesto de trabajo a jornada completa que no incluyera el sábado. Es más, cuando aconteció tal posibilidad, se la denegaron alegando una dudosa y nunca demostrada «falta de capacitación» de la Sra. O'Malley para trabajar de administrativa en las oficinas.

Parece acertada la postura de la Corte Suprema por cuanto que el pluralismo exige tolerancia, por ejemplo en lo que atañe al ejercicio de los derechos de la libertad religiosa. Y aquí sólo caben dos caminos, que por cierto van más allá de la experiencia jurídica anglosajona: o acomodar cierto tipo de demandas razonables, intentando así la integración de la diversidad religiosa; o, por el contrario, asimilar a las minorías desde una visión secular que anteponga un espacio de laicismo frente a las manifestaciones religiosas¹⁴.

13. «... the employer is not required to justify it but rather to show that he has taken such reasonable steps toward accommodation of the employee's position as are open to him without undue hardship. It seems evident to me that in this kind of case the onus should again rest on the employer, for it is the employer who will be in possession of the necessary information to show undue hardship, and the employee will rarely, if ever, be in a position to show its absence», p. 338.

14. Por ejemplo en Francia, con el *Projet de loi relatif à l'application du principe de laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics*. En su artículo primero se consigna que «Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit».

Esta segunda postura ha sido criticada por Margaret H. Ogilvie, cuando denuncia la «sospecha de que algunos tribunales ven a las instituciones religiosas a través de una “óptica” moderna, secular y liberal, como instituciones autoritarias, jerárquicas y opresivas de cuyo yugo los creyentes desean desatarse. Un ejemplo reciente se dio en el punto de vista expresado por Mclachlin J. en *Adler v. Ontario*, al sostener que el sistema de escuelas secular y público es más probable que promueva una sociedad multicultural que las escuelas religiosas que promueven la intolerancia, y por lo tanto se les debe negar la financiación pública»¹⁵.

Hasta aquí se ha demostrado que, en algunos supuestos, leyes y normas neutrales con objetivos seculares pueden requerir adaptaciones razonables para determinadas personas. En otros casos, en cambio, la acomodación no será razonable ni posible, al no existir una norma o política empresarial discriminatoria —ni directa ni indirecta— hacia los miembros de una Iglesia o minoría religiosa. Veamos un ejemplo reciente.

En *Michael Chernack v. Air France and Joël Corneloup*¹⁶, se consideró que la política de esta compañía aérea no generaba un efecto adverso que discriminara indirectamente a los pasajeros que durante los trayectos en avión quisiesen practicar sus ejercicios cultural-religiosos.

El 25 de abril de 1999 Michael Chernack viajaba desde Montreal a París en el vuelo 347 de Air France. Como judío observante tenía la obligación de realizar las plegarias matinales, que solían durar cerca de cuarenta minutos. Mientras el resto de pasajeros dormía, el Sr. Chernack se levantó de su asiento y se trasladó a la parte posterior del avión. Una vez allí, se vistió con el chal, las filacterias y el resto de accesorios religiosos, dando inicio a sus deprecaciones en un interior prácticamente a oscuras. De pie, mirando a la ventana y de espaldas al pasillo, leía el libro de oraciones, susurrándolas suavemente¹⁷.

15. M. H. OGILVIE, «The Seven Deadly Myths: What Every Church Administrator Should Know about the Law in Canada Today», *Studia canonica*, vol. 33/1, 1999, p. 78.

16. (2002-10-22) QCCS 500-05-053073-993. Consúltese: www.canlii.org.

17. «The praying process involves the donning of the prayer shawl and phylacteries, all noticeable. While praying, Mr. Chernack held a prayers book and was standing facing the window, his back to the aisles and the passengers. He read the prayers in a hushed undertone, producing a very soft whisper» [10].

Cuando llevaba cerca de cinco minutos, tiempo en el que su creencia no permite conversar ni relacionarse con nadie, sintió un ligero golpe en la espalda. Se trataba de un auxiliar de vuelo —Joël Corneloup— que le dijo en francés que «esto es un avión, no un lugar para prácticas ocultas. Vuelva a su asiento inmediatamente»¹⁸. El Sr. Chernack entró en un estado de «*shock*», miró al auxiliar y se fue rápida y consternadamente a su asiento¹⁹; le quedaban todavía más de treinta minutos para finalizar las oraciones, pero como no deseaba enfrentarse al personal del avión, se trasladó a un corredor que unía los dos pasillos de la parte posterior. Según su testimonio, allí pudo finalizar apresuradamente sus preces, en un estado nervioso y sin lograr la concentración debida²⁰.

Ya más tarde y calmado, ordenó que le sirvieran una comida *casher*, que le fue suministrada en el almuerzo. Sin embargo, al llegar a su destino interpuso una demanda contra la compañía aérea y el Sr. Corneloup, por haberle interrumpido las oraciones durante los cinco primeros minutos alegando que se había violado su derecho a practicar la religión. Exigía una condena por daños y perjuicios de 150.000 dólares canadienses.

El Tribunal Superior de Québec empieza informando sobre los hechos. Señala que la supuesta violación de la libertad religiosa del pasajero se produjo en pleno vuelo, en el contexto de la dirección de la aeronave y mostrando las evidencias que, pese a haber sido interrumpido, el demandante pudo completar sus rezos matinales²¹. No obstante, el tribunal reconoce que los realizó nervioso, sin la necesaria paz interior y en

18. «When he had reached a time of approximately less than five minutes into the prayers where he is forbidden to converse or interact with any outside influence, except a life-threatening event, Mr. Chernack felt a gentle tap on his left side. He turned and saw Mr. Corneloup, speaking to him, in French» [11], «At his examination on discovery, Mr. Chernack recalled Mr. Corneloup saying: “C’est un avion ici, c’est pas une place pour les pratiques d’occulte. Retournez à votre siège immédiatement”» [12].

19. «At the time Mr. Chernack understood, he was being told that it was not a place to pray. In shock, he stared at Mr. Corneloup without responding» [13].

20. «There remained approximately 30 minutes of prayers to be read. Mr. Chernack who did not want another confrontation, moved to a corridor joining the two aisles at the back of the plane; nervously and in a rush he continued and completed his prayers» [15].

21. «The evidence also revealed that, notwithstanding having been interrupted, Mr. Chernack was able to complete his morning prayers. However, he did so nervously, in a rush and certainly in a shorter period of time and without his usual peace of mind» [52].

menos tiempo de lo que suele ser habitual. Con todo, los jueces recuerdan que no hay pruebas que indiquen que el auxiliar de vuelo actuara de mala fe, intentando evitar las prácticas cultural-religiosas del pasajero²². La iluminación era tenue y cuando le interrumpió estaba trabajando en el marco de un procedimiento rutinario por lo que, con toda probabilidad, el auxiliar no estaría prestando atención al Sr. Chernack. Para el tribunal, si no hubiera sido la hora de almorzar seguramente el Sr. Corneloup no hubiera ordenado al pasajero que volviese a su asiento, a no ser que el capitán hubiese dado otras indicaciones por motivos de seguridad²³. A diferencia de otros vuelos, en los que sí pudo completar sus oraciones, el momento elegido por el Sr. Chernack, sin informar a ningún miembro de la tripulación, precipitó irremediablemente un «desafortunado incidente».

Fijados los hechos, el esquema de análisis de la sentencia se centra en si hubo o no un efecto adverso discriminatorio, extensible a los pasajeros creyentes que practican actos cultuales durante los vuelos de la compañía. El Tribunal Superior no tiene más remedio que interesarse por la política general que en este punto sigue *Air France*, y constata que en situaciones similares su personal de vuelo recibe órdenes de actuar siempre intentando, en la medida de lo posible, adaptarse a las necesidades espirituales de los clientes²⁴. En tal sentido, la compañía permite que el área de descanso reservada para las azafatas y auxiliares —situada en la parte posterior del avión— sea cedida como espacio de culto para las oportunas oraciones²⁵.

Por ello una interrupción puntual —o un desafortunado incidente—, no se puede reputar *stricto sensu* como un efecto adverso; es más, no

22. «There is no proof that Mr. Corneloup acted for another purpose nor is there any evidence justifying this Court to dismiss Mr. Corneloup's testimony in this respect. Nowhere in the evidence is there any indication that, as suggested by Plaintiff, Mr. Corneloup intended to prevent him from praying because it disturbed him» [56].

23. «Also, should it not have been breakfast time, the evidence brings the Court to conclude that Mr. Chernack, in all probability, would not have been invited to return to his seat unless the captain signaled otherwise, and this for security reasons» [59].

24. «Should the situation arise where a passenger expresses a need to pray during a flight, Air France personnel was instructed to act according to the situation but in all cases try, as much as possible, to accommodate the passenger» [27].

25. «The resting area reserved for Air France flight personnel, at the rear of the plane, is located not far from where Mr. Chernack prayed at first; it remains most of the time unoccupied and may be used to accommodate passengers who wish to pray» [28].

existe una política de discriminación establecida *ex professo* por Air France tendente a prohibir las plegarias dentro de sus aeronaves²⁶. Argumento que se itera en el fundamento 59:

«Air France has no policy prohibiting prayers on its airplanes and, in fact, Plaintiff did pray on other flights including Air France flights. The airline offered accommodations suitable to allow Plaintiff to proceed to his morning prayers without being interrupted».

Por tales razones, el tribunal rechazó la demanda del Sr. Chernack, así como la indemnización pecuniaria que reclamaba.

Más allá de los dos casos referenciados, pocas dudas hay en admitir que la técnica de la acomodación lleva implícita un conjunto de elementos y variables en los que conviene detenerse, siquiera sea sintetizando en lo posible las principales aportaciones de la doctrina canadiense, deudoras en muchos aspectos de la estadounidense²⁷.

2. Definición y fundamento jurídico de la acomodación

No ha de confundirse la acomodación con la obligación del empresario de mantener a los trabajadores que no reúnan las habilidades necesarias para el normal desempeño de su puesto de trabajo. Muy al contrario, como destaca Daniel Proulx, la acomodación consiste en tomar las medidas razonables para evitar que gente competente y apta para desempeñar su trabajo sea injustamente excluida a causa de una característica personal —por ejemplo religiosa—, que nada tiene que ver con la ejecución y el desempeño seguro y eficaz de sus responsabilidades profesionales²⁸. Desde tal consideración cabe suscribir que «l'obligation d'accommodement fait partie intégrante du droit à l'égalité»²⁹.

Así, el fundamento de esta técnica deriva del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación indirecta que —a diferencia de

26. «The fact that Mr. Corneloup interrupted Mr. Chernack's prayers cannot be found to be the result, either directly or as an adverse effect of discrimination, of a policy adopted by Air France prohibiting prayers on its airplanes: Air France has no such policy» [54].

27. Sobre la experiencia jurídica americana, véase, entre otros, el sugestivo trabajo de R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia*, Madrid 1994, pp. 159-216.

28. D. PROULX, «L'accommodement raisonnable, cet incompris: Commentaire de l'arrêt Large c. Stratford», *Revue de Droit de McGill*, 1996, vol. 41, pp. 701-702.

29. *Ibidem*, p. 702.

la directa—³⁰ no suele figurar en los textos legislativos. Además, en el peculiar caso de la experiencia jurídica canadiense, la acomodación no es en absoluto ajena al clima que ha ido generando la política multiculturalista, oficialmente debatida por vez primera el 8 de octubre de 1971 bajo el mandato de Pierre-Elliot Trudeau³¹.

De sus primeros y tímidos cuatro objetivos³², se pasó en la década de los ochenta a la confección de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (CCRF) de 1982, que, en su art. 27, consagraría constitucionalmente la *cláusula multiculturalista*. En virtud de la misma, los derechos y libertades de todos los canadienses deberán ser interpretados «in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians».

Hay que hacer notar que, en el marco de esta cláusula, los reflejos doctrinales³³ y jurisprudenciales del art. 27 CCRF se han extendido a las Confesiones y minorías religiosas, dado que «la religión es uno de los aspectos dominantes de una cultura que se debe intentar preservar y mejorar»³⁴.

Posteriormente fue elaborada la *Canadian Multiculturalism Act*, de 21 de julio de 1988, que concretaría mediante su art. 3(1) los diez objetivos oficiales de esta política: 1.º Reconocimiento de la libertad de opciones culturales de todos los canadienses; 2.º Promoción del multiculturalismo como característica fundamental de la sociedad canadiense; 3.º Promoción de la participación plena e imparcial de los individuos y

30. Art. 14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

31. Sobre el particular, véase: S. LI. PETER «The Multiculturalism debate», en AA.VV. *Race and Ethnic Relations in Canada*, Oxford 1999, pp. 149 y ss.

32. 1.º Apoyar a todas las culturas de Canadá y asistir a los grupos culturales que hayan demostrado un deseo de continuar desarrollando su capacidad de crecimiento contribuyendo a Canadá; 2.º Asistir a los miembros de los grupos culturales para que superen las barreras que les imposibilitan participar en la sociedad civil canadiense; 3.º Promover encuentros creativos e intercambios entre los grupos culturales canadienses en interés de la unidad nacional; 4.º Asistir a los inmigrantes para que aprendan, al menos, una de las dos lenguas oficiales: el inglés o el francés. (*House of Commons Debates*, 1971, p. 8581).

33. Así lo entienden W. KYMLICKA - W. NORMAN, «Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts», en AA.VV., *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford 2000, pp. 23-24.

34. *R. v. Videoflicks Ltd. et. al.* (1984) 48 O.R. (2d.) 395

comunidades de un mismo origen; 4.º Ayuda para que el desarrollo sea compartido por comunidades de un mismo origen; 5.º Aseguramiento de un igual trato y protección para todos los individuos mientras que se respeta la diversidad; 6.º Animar y asistir a las instituciones sociales a ser respetuosas e inclusivas con el carácter multicultural de Canadá; 7.º Promoción del entendimiento de las interacciones intergrupales; 8.º Fomento del reconocimiento y la apreciación de las diversas culturas canadienses; 9.º Conservación y ayuda a las lenguas no oficiales mientras se refuerzan las oficiales; 10.º Progreso en el multiculturalismo con armonía y compromiso ante las dos lenguas oficiales.

El reconocimiento de la libertad religiosa y de conciencia se garantiza *ex art. 2 CCRF*: «*Everyone has the following fundamental freedoms: (a) freedom of conscience and religion*», y se refuerza con el art. 27 CCRF, que ejerce una influencia hermenéutica orientada al mantenimiento de la identidad religiosa como uno de los elementos del multiculturalismo canadiense³⁵.

Si la secularización de las sociedades occidentales ha acabado por asumir sin problemas que la discriminación directa no puede ser aceptada jurídicamente (y no sólo por motivos religiosos sino también por la edad, el origen, la raza, la etnia o el sexo), no ocurre en cambio lo mismo con la discriminación indirecta o inintencionada, la cual —por ser más sutil— dificulta las respuestas de los operadores jurídicos cuando se hallan frente a nuevas demandas que obedecen al creciente pluralismo religioso. Por ello, el objetivo de la acomodación consiste en hacer desaparecer los inconvenientes o efectos adversos que, para ciertas personas o trabajadores, generan las normativas aparentemente neutrales, facilitando una plausible integración cultural-religiosa en los centros de trabajo.

3. *Los requisitos invocables por el trabajador*

Los requisitos necesarios para que prospere la acomodación del empleado se centran en: a) la naturaleza religiosa de las creencias y

35. Sobre el particular, véase: E. RELAÑO, «El pluralismo religioso: el modelo canadiense», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 1, 2003, www.iustel.es; y nuestro estudio «Pluralisme i acomodacions religioses», *Idees. Revista de Temes Contemporanis*, núm. 15/16, 2002, pp. 87-98.

prácticas; b) la sinceridad de las mismas; y, c) la contrariedad que, para su conciencia, supondría obedecer la norma de trabajo aparentemente neutral³⁶.

a) En cuanto al primer requisito, el empleado debe efectivamente profesar unas convicciones religiosas que, según jurisprudencia constante (no sólo en Canadá o Estados Unidos, sino también en la Unión Europea), es dable extender a aquellas creencias de tipo secular (éticas, filosóficas, ideológicas...) que no son necesariamente religiosas. De todos modos, será más fácil *a priori* demostrar una exigencia de acomodación por motivos religiosos —fruto del arraigo social, organizativo e institucional de las Iglesias— que el de los movimientos de cosmovisión laica. En el primero de los casos está el adventismo, implantado en numerosos países, y una de cuyas fundamentales características es la conmemoración de la festividad del sábado, en absoluto equiparable a un mero capricho. Los jueces pueden dirigirse al ministro de culto competente para que emita dictamen o dé su opinión acerca de la importancia de las prácticas religiosas. Por ejemplo, en *Petitioner's (Orthodox Jewish) v. City of Outremont and Mouvement Laïque Québécoise*, que enfrentaba a una asociación laica y a una comunidad judía, el tribunal resolvió favorablemente a las pretensiones de esta última debido —entre otros razonamientos— al informe presentado por el rabino que, como autoridad religiosa, demostró la importancia que para su comunidad suponía la instalación de los *eruvim* en la vía pública³⁷.

b) La sinceridad de las creencias, sean o no de naturaleza religiosa, será enjuiciada objetivamente por la existencia dogmática del precepto moral y, además, por la honestidad y franqueza subjetiva y personal del empleado. Aunque, lógicamente, cabe interpelarse en este punto respecto del grado verdadero de autenticidad y sentimiento de las cre-

36. Seguimos a J. WOEHLING, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse», *Revue de Droit de McGill*, 1998, vol. 43, pp. 384 y ss.

37. Los *eruvim* son hilos similares a los de pescar que se colocan durante el *Sabbath* en los aleros de los tejados de las casas judías para unir simbólicamente a los miembros de la comunidad. Véase nuestro artículo: «Simbología religiosa y espacio público. Comentario a la Sentencia canadiense *Petitioner's (Orthodox Jewish) v. City of Outremont and Mouvement Laïque Québécoise*», *Ius Canonicum*, XLIII, n. 86, 2003, pp. 729-745.

encias, lo que resulta complicado de elucidar para cualquier clase de tribunal, como vana es la verificación objetiva de los sentimientos profundos de las personas. Por ello, constatada la existencia del precepto dogmático, la jurisprudencia sobreentiende que la demanda de acomodación lleva implícita la sinceridad de las convicciones. Y es que la sinceridad difícilmente podrá ponerse en causa, pues *contrario sensu* los tribunales podrían caer en la tentación de «verificar» las creencias del trabajador, interrogándose acerca de la veracidad o no de las mismas, vulnerando con tal proceder la neutralidad que preserva el principio de laicidad³⁸. Una excepción se encontraría en la sentencia *Tuli v. St. Albert Protestant Separate School District No. 6*³⁹. El tribunal rechazó el *kirpan* (una especie de pequeña daga) de un alumno antes de haber sido bautizado. Los jueces apoyaron su criterio en las propias normas de la religión sikh, que autorizan el porte de la daga a los adolescentes después del bautismo pero no antes, por lo que consideraron que la práctica del alumno obedecía más un capricho que al cumplimiento sincero de un deber religioso.

c) Finalmente, la contrariedad derivada de la oposición entre la norma laboral y las convicciones profesadas ha de ser grave para la conciencia del trabajador, lo que acontece cuando la legislación impone una conducta u omisión verdaderamente prohibida por el código moral-religioso del creyente. De nuevo el papel de los ministros de culto resulta importante para esclarecer el grado de importancia de las prácticas religiosas cuando colisionan con la normativa laboral.

38. Algunos razonamientos jurisprudenciales no han orillado las acusaciones que, desde ciertos sectores, sirven para connotar peyorativamente como «sectas» lo que según la legalidad son Confesiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas. Así, en la STS 27 de marzo de 1990, los jueces valoraron las creencias religiosas de los Testigos de Jehová a partir del «... dogmatismo y la rigidez de los esquemas morales que dan, en la indicada opción religiosa, un valor absoluto al consentimiento, con preeminencia de la libertad de conciencia sobre el derecho a la vida, y un ferviente y radical altruismo, conformado por dichas creencias, que autoriza a poner en riesgo o a sacrificar la vida de los fieles por razones trascendentes que surgen de una particular exégesis de los Textos Sagrados, puede conducir, y de hecho conducen, a una ofuscación del raciocinio y la pérdida del pleno dominio de la voluntad, a un estado pasional caracterizado por el disturbio psicológico derivado del aludido orden de valores que merman o recortan la capacidad de culpabilidad del sujeto» (FJ 2).

39. (1985) 8 C.H.R.R. D/3906.

4. *Los medios de defensa del empresario*

Los medios de defensa que en el ámbito de las relaciones laborales pueden oponer los empresarios frente a las demandas de acomodación religiosa son los siguientes⁴⁰:

a) En primer lugar, deben demostrar que la condición o norma impuesta en el empleo que produce la discriminación indirecta al trabajador tiene una relación lealmente racional con el puesto de trabajo, exigida por razones económicas y de servicio (*business necessity*).

b) En segundo lugar, el empresario deberá demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles para acomodar al empleado; las negociaciones deben estar presididas recíprocamente por el principio de la *bona fides*. Repárese que en el primero de los casos referenciados el empresario fue condenado a pagar la diferencia salarial por no haber realizado todos los esfuerzos que tenía a su alcance para acomodar a la trabajadora.

c) En último lugar, se deberá probar que la acomodación religiosa supone para la empresa un gravamen ciertamente excesivo (*undue hardship*). Tres son los aspectos que lo conforman. Primero: los costes económicos, cuya valoración debe ser real —no hipotética— y efectuada en función de variables como el tamaño de la empresa, la coyuntura económica y el número de demandantes de acomodación (que puede originar un «efecto bola de nieve»). Segundo: que la norma laboral o la práctica empresarial que genera la discriminación indirecta sea necesaria para el funcionamiento eficaz del servicio de la compañía. En ocasiones, podrá suplirse la norma o práctica por otra que sea menos discriminatoria y que permita, igualmente, atender los servicios que se requieran; lo que no se acepta es la mera «comodidad» administrativa que —recuérdese— era lo que latía cuando no se permitió a la trabajadora de Simpsons-Sears Ltd. prestar sus servicios en las oficinas de la división administrativa. Y el último de los aspectos a sopesar va referido a los derechos y libertades de terceras personas —empleados, clientes, etc.—, que no pueden ser vulnerados por la acomodación.

Como se dijo, en todos estos casos recae en las empresas la carga de la prueba, cuya dirección es la que posee el *ius variandi* y conoce me-

40. J. WOEHLING, «L'obligation d'accommodement...», cit., pp. 340 y ss.

por las necesidades económicas, de servicio o de producción que pueden ir surgiendo en el desarrollo de su actividad.

5. Los límites genéricos intransgredibles

La primera limitación que se impone a las demandas religiosas se encuentra en el art. 1 CCRF, al disponer que los derechos y libertades fundamentales únicamente podrán ser limitados por ley en el marco de una sociedad libre y democrática⁴¹. Esta alusión al concepto «sociedad libre y democrática» lo encontramos también en el art. 3.1 de nuestra LOLR⁴².

El siguiente límite se refiere al principio de laicidad o no-confesionalidad estatal, también en nuestra legislación⁴³. Según se mire, cabría sostener que el objetivo de la máxima neutralidad de los poderes públicos cuestiona la acomodación religiosa —por ejemplo de los funcionarios—, por lo que las Administraciones estarían favoreciendo a unas determinadas minorías religiosas en detrimento de las otras. Sin embargo ya se ha visto que tal argumento queda anulado al entrar en juego los principios de igualdad y no-discriminación (directa o indirecta).

A diferencia de la Constitución estadounidense —que no sin tensiones combina la cláusula de ejercicio de la libertad religiosa con la de establecimiento⁴⁴—, la *Canadian Charter* sólo prevé la de ejercicio en su art. 2(a). Con todo, la doctrina canadiense se muestra pacífica a la hora de defender la separación institucional del Estado y la Religión⁴⁵. La úni-

41. «The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society».

42. «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto [v. gr., la conmemoración de festividades] tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

43. Art. 16.3 CE: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

44. Con una sencilla fórmula la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos consigna la *Establishment Clause* y la *Free Exercise Clause*: «El Congreso no elaborará ninguna ley que establezca una religión o que prohíba su libre ejercicio».

45. Véase el excelente análisis de M. H. OGILVIE, «What is a Church by Law Established?», *Osgoode may Law Journal*, 28/1, 1990, pp. 179-236. Su conclusión es que a diferencia

ca salvedad va conectada con las subvenciones que reciben las escuelas católicas francófonas en Ontario y las protestantes anglófonas en Québec, consecuencia del pacto fundacional de la Confederación.

Los otros límites de la acomodación religiosa —con diáfanas resonancias en la experiencia jurídica americana—, son los que aluden a un interés público superior (*compelling state interest*) y, más específicamente, al *business necessity*, al incumplimiento de la *bona fides* y al gravamen excesivo o *undue hardship*, según se explicó en el epígrafe anterior.

III. LA AUSENCIA DE ACOMODACIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 19/1985, DE 13 DE FEBRERO

Abordados los elementos que configuran las acomodaciones por razón religiosa, vamos a la jurisprudencia española. En la decisión mencionada del Tribunal Constitucional los hechos son como siguen: una fiel perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día solicitó de la empresa en que trabajaba se le eximiera de su actividad laboral desde la puesta del sol del viernes a la del sábado. La trabajadora había iniciado su relación contractual el 20 de septiembre de 1971, convirtiéndose a la mencionada Iglesia diez años más tarde: el 4 de septiembre de 1982. Según los hechos probados, la actora adujo que el horario laboral la imposibilitaba para cumplir adecuadamente con el precepto religioso, por lo que pidió el cambio de turno o la ausencia de asistencia al trabajo con pérdida de salario y compensación en otro horario distinto. Todas estas propuestas no fueron admitidas por la empresa, que al cabo de un tiempo despidió a la empleada por incumplimiento contractual disciplinario basado en faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo⁴⁶.

El Constitucional estimó procedente el despido promovido por la empresa, siguiendo así lo fallado anteriormente por el Tribunal Central

de la experiencia americana, en las dos Actas de Constitución canadienses (la de 1867 —art. 93—, y la de 1982 —art. 29—), quedan esparcidos restos de un confesionalismo en relación con las subvenciones públicas a las escuelas protestantes y católicas con exclusión del resto, según confirmó —no sin fuertes críticas— la decisión *Adler v. Ontario*, (1996), 140 D.L.R. (4th) 385. Por ello el sistema canadiense no es del todo equiparable al «muro de separación» entre las Iglesias y el Estado, atribuido a Thomas Jefferson.

46. Trata este tipo de despido la STC 21/1992, de 14 de febrero, sobre la que nos detendremos más adelante.

de Trabajo en fecha 2 de diciembre de 1983. En cambio, en primera instancia, la Magistratura de Trabajo número 2 de Vigo (sentencia de 14 de marzo de 1983) había declarado la nulidad radical del despido, al entender que era discriminatorio contra lo dispuesto en el art. 14 de la Constitución española.

El análisis de la sentencia del Constitucional se asienta en dos tipos de argumentos. El primero se centra en las modificaciones contractuales, que no pueden imponerse a una de las partes, en este caso el empresario. El segundo, en cambio, se refiere al papel que juega el domingo como día feriado, que no tiene un origen únicamente religioso, sino también secular y laboral.

a) Principia el TC reconociendo que la demandante dejó de asistir al trabajo por motivos religiosos, incumpliendo las prescripciones obligatorias en orden a la jornada y buscando en dichos motivos una justificación de su conducta, por lo que el problema se centra en una alegada incompatibilidad entre la práctica religiosa y el cumplimiento de las obligaciones laborales.

Según la actora, el derecho a conmemorar las festividades debe prevalecer sobre los deberes laborales, por lo que es dable que se concilie la organización del trabajo —que ella considera factible sin trastorno grave— con la práctica religiosa. A juicio del Tribunal, sin embargo, «... no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades [como los de la libertad religiosa] puede ser utilizada por una de las partes contratantes [v. gr., la recurrente] para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas» (FJ 1).

Lo que pretende la empleada es «que se le dispense del cumplimiento de las obligaciones que libremente aceptó [...] de manera que no se extraiga de su incumplimiento la necesaria consecuencia del despido. Se evidencia con ello que la idea que subyace a toda la argumentación de la recurrente es la de que un cambio puramente fáctico (el de sus ideas o creencias religiosas), en cuanto es manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, provoca la modificación de los contratos por ella suscritos, cuyo cumplimiento sólo será exigible, en la medida en que no sea incompatible con las obligaciones que su nueva confesión religiosa le impone, llevando así [...] el principio de la sujeción de

todos a la Constitución (art. 9.1) a extremos inaceptables por contrarios a principios que, como el de la seguridad jurídica, son también objeto de garantía constitucional (art. 9.3)» (FJ 1).

Según el TC, que la empresa no posibilite el cumplimiento de los deberes religiosos de la actora «es algo sustancialmente bien distinto de una actuación coercitiva impeditiva de la práctica religiosa» (FJ 2). Por ello no debe confundirse la incompatibilidad sobrevenida —desde que la empleada se convirtió al adventismo— con «una coercibilidad contraria al principio de neutralidad que debe presidir, en la materia, la conducta del Empresario» (FJ 2). Es más, «el otorgamiento de un descanso semanal distinto supondría una excepcionalidad, que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al Empresario» (FJ 3).

b) En cuanto al segundo razonamiento —papel que cumple el domingo—, el FJ 4 asegura que el hecho de que «el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues [...] es inequívoco [...] que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el “domingo” como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición. [...] Esta secularización —no podía ser de otro modo, dada la aconfesionalidad que proclama el art. 16 de la Constitución— se mantiene en el art. 37.1 del Estatuto de los Trabajadores». En cambio, «la tesis de la demandante conduce a configurar el descanso semanal como institución marcadamente religiosa» (FJ 4).

La petición de la demandante —basada en motivaciones religiosas, no seculares ni laborales—, configura su descanso semanal como una institución marcadamente religiosa, parecida —pero no igual— a la concepción sostenida por el TC sobre el domingo, que califica doblemente como una especie de día «religioso/secularizado». Es éste un argumento contemporizador, ya que dependerá de la conciencia de cada demandante de acomodación el considerar o no la fiesta dominical como un día religioso o secular, o ambas cosas a la vez. No hay duda que para muchos fieles el

domingo sí será una institución con origen cien por cien religioso, del mismo modo que ocurre con el sábado para los judíos o los adventistas en los *sabbatarian cases*. El TC parece querer sustituir el juicio individual de conciencia de la adventista, dilucidando, *sua sponte*, lo que para los creyentes, pero también para ateos y agnósticos, debe considerarse el domingo.

IV. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y TUTELA DE LA RELIGIÓN Y LAS CONVICCIONES

Por lo común la literatura eclesiasticista se ha mostrado crítica con el fallo del Tribunal Constitucional. Se ha dicho que «la peroración doctrinal es improcedente en el caso. Se trata de averiguar si el ejercicio de ese derecho resulta viable o no en el caso concreto [...] en vez de explicarle por qué motivos poderosos no puede ella descansar en sábado en vez de en domingo»⁴⁷. Con la denegación del amparo se «traslada la posibilidad del respeto a esta objeción de conciencia en el ámbito laboral al campo del marco discrecional del empresario, sin matizar que dicha discrecionalidad [...] no puede ser absoluta, sino *razonable*»⁴⁸. De ahí que el maniqueísmo de «la tensión poder de dirección-derecho fundamental se resuelve a favor del poder de dirección lesionando, así, gravemente un derecho fundamental»⁴⁹.

Para Dionisio Llamazares la cuestión basilar reside en el correcto funcionamiento de la empresa que, de ser posible, no deberá impedir el ejercicio del derecho a conmemorar las festividades religiosas, pues lo contrario «supondría una violación del artículo 14 y una discriminación, en la empresa y en la formulación del contrato, por razones religiosas»⁵⁰.

Finalmente, hay quien ha defendido que en esta «incompatibilidad» se produce —según el término adoptado por el TC— un cambio en las circunstancias contractuales que, por una analogía que justifica en

47. J. M.^a GONZÁLEZ DEL VALLE, «Objeción de conciencia y libertad religiosa e ideológica en las Constituciones española, americana, alemana, Declaraciones de la O.N.U. y Convenio Europeo, con jurisprudencia», *Revista de Derecho Privado*, abril 1991, p. 282.

48. R. NAVARRO-VALLS, «Las objeciones de conciencia», en AA.VV. (coord. R. NAVARRO-VALLS), *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona 1993, p. 534.

49. A. CASTRO JOVER, «Libertad religiosa y descanso semanal», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1990, vol. VI, p. 307.

50. D. LLAMAZARES, *Derecho Eclesiástico...*, cit., p. 1052.

cuatro supuestos⁵¹, exigía de suyo la acomodación religiosa, «ya que la recurrente fue bautizada según el rito de la Iglesia Adventista del Séptimo Día una vez firmado el contrato de trabajo con la Empresa en cuestión [...], el contrato de trabajo no puede convertirse en una herramienta que juegue sólo juegue a favor del empresario»⁵².

No obstante, ha de advertirse que el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores actúa a favor de la unilateralidad del empresario, que —en el caso de afectar a la jornada, el horario o el régimen de trabajo a turnos— no contempla como supuesto de acomodación (o «modificación sustancial de las condiciones de trabajo» para ser más exactos), el bautizo del trabajador en otra Confesión o Iglesia. Como no podía ser de otro modo, el art. 41 sólo se refiere a una serie de cambios que van prietamente vinculados a «razones económicas, técnicas, organizativas o de producción», que nada tienen que ver con el ejercicio de los derechos de la libertad religiosa ni el de la conmemoración de festividades. Por consiguiente, si del tenor de la legislación laboral no se deduce la posibilidad de una pretendida analogía aplicable a este conflicto, tampoco puede inferirse un cambio en las circunstancias contractuales por el motivo religioso objeto de amparo.

El Tribunal Constitucional sostiene claramente que el derecho a conmemorar las festividades no implica *per se* ninguna modificación contractual imperativa para el empresario, por lo que resulta palmaria la ausencia de coercibilidad del trabajador hacia aquél. El nuevo bautismo de la actora, en definitiva, no es equiparable a una alteración extraordi-

51. Basándose más en la Teoría del Derecho Civil que en la propia del Derecho del Trabajo, I. SAN MILLÁN señala que «el hecho de haber firmado un contrato laboral que implica una serie de derechos y obligaciones, no obsta, para que en el caso de un cambio de circunstancias en el tiempo, éste pueda modificarse. En cuanto a los requisitos necesarios para su eficacia son los siguientes: a) Que entre las circunstancias existentes en el momento de cumplimiento del contrato y las concurrentes al celebrarlo se haya producido una alteración extraordinaria. b) Que como consecuencia de dicha alteración resulte una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones convenidas. c) Que ello se haya producido por sobreveniencia de circunstancias realmente imprevisibles. d) Que se carezca de otro medio para subsanar el referido desequilibrio patrimonial producido. *De todo ello y realizando una interpretación analógica para el caso en concreto, podemos afirmar, que hay un cambio en las circunstancias, afirmación que podemos fundamentar basándonos en los hechos mismos*», vid., «Contrato de trabajo y descanso religioso semanal», en AA.VV. (coord. J. MARTÍNEZ-TORRÓN), *La libertad religiosa y de conciencia ante el Tribunal Constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Granada, 13-16 de mayo de 1997, Granada 1998, pp. 833-834 (la cursiva es nuestra).

52. *Ibidem*, p. 834.

naria de la relación contractual. A diferencia de la jurisprudencia canadiense, la española no ha exigido ningún esfuerzo al empresario para acomodar a los trabajadores en los supuestos de discriminación religiosa indirecta.

Sin embargo, esta situación habrá de cambiar, ya que recientemente la legislación ha contemplado la regulación de las discriminaciones indirectas. Por virtud de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, han sido modificados los arts. 4.2 letra c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, que tan sólo protegían frente a las discriminaciones directas.

El 4.2 c) del Estatuto queda modificado por el art. 37 apartado uno de la Ley 62/2003, que señala que los trabajadores tienen derecho «c) A no ser discriminados directa o *indirectamente* para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, *religión o convicciones*, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español»⁵³.

Y el apartado cuatro de esta Ley 62/2003 deja como sigue el art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores: «1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o *indirectas* desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, *religión o convicciones*, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español»⁵⁴.

53. La antigua redacción del art. 4 era: «2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: [...] c) A no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, por la edad dentro de los límites marcados por esta Ley, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español».

54. La antigua redacción del art. 17 era: «1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones [no dice si directas o indirectas] favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada

En consecuencia, y a tenor del art. 55.5 del Estatuto, «Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador»⁵⁵.

Como cabe observar, con estas modificaciones legales la negativa radical del empresario a la conmemoración de festividades podría suponer una violación de la libertad religiosa, por tratarse de una discriminación indirecta en la que lo recomendable —o más bien exigible— es la demostración, el diálogo y el consenso entre las partes.

Cuando la rescisión contractual es discriminatoria y lesiva para los derechos fundamentales, la carga de la prueba de su justificación recae en el empresario demandado y, de no prosperar, el despido se declarará nulo, teniendo por efecto «la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir», según reza el art. 55.6 del Estatuto. De hecho, la propia jurisprudencia constitucional así lo ha reiterado en numerosas ocasiones⁵⁶.

y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español».

55. Y prosigue: «Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley [maternidad], o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período. b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a) y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley [lactancia, guarda legal], o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma [atención al cuidado de cada hijo]».

56. Por todas, la STC 21/1992, de 14 de febrero: «En los casos en que se alegue [...] que el despido es discriminatorio o lesivo de cualquier otro derecho fundamental del trabajador [verbigracia la libertad religiosa], el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión extintiva y que expliquen por sí mismas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias. [...] Lo anterior tiene su base no sólo en la primacía o en el mayor valor de los derechos fundamentales, sino más en concreto en la dificultad que el trabajador encuentra en poder probar la causa discriminatoria, o lesiva de otro derecho fundamental, del despido y en la facilidad con que, dado el régimen jurídico de los despidos nulos por razones formales e improcedentes, podría un empresario encubrir un despido atentatorio contra un derecho fundamental del trabajador bajo la apariencia de un despido sin causa, por medio de un requerimiento o carta de despido que diera lugar a una declaración de despido nulo o, todavía más, improcedente» (FJ 3).

El art. 36 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, refiriéndose a la carga de la prueba, dispone que «en aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, *la religión o convicciones*, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección, *corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*».

El Título II de la Ley 62/2003 tiene por objeto el establecimiento de medidas relacionadas con el orden social, que vienen consignadas en el Capítulo III para la aplicación del principio de igualdad de trato y no-discriminación. Con ello se pretende adecuar la legislación española transponiendo las dos normas de referencia en esta materia: nos referimos, de un lado, a la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que aborda tal principio en diversos ámbitos; y, por otro, a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

La Ley 62/2003 establece un marco general para combatir la discriminación de las personas en todos los ámbitos, al tiempo que define legalmente la discriminación directa e indirecta. De esta manera remoja la normativa de la igualdad de trato y no-discriminación en el trabajo mediante la reforma de algunos preceptos del Estatuto de los Trabajadores. Junto con los arts. 4.2 c) y 17.1 mencionados, se ha modificado también el 4.2 e)⁵⁷ y el 16.2⁵⁸.

57. El párrafo e) del apartado 2 del art. 4 del Estatuto de los trabajadores queda redactado en los siguientes términos: «e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, *religión o convicciones*, discapacidad, edad u orientación sexual».

58. Por su parte, el apartado 2 del art. 16 del Estatuto de los Trabajadores queda redactado como sigue: «2. Se prohíbe la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos. El

Según dispone su art. 27.1, la Ley 62/2003 tiene por objeto «establecer medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no-discriminación, en particular por razón de origen racial o étnico, *religión o convicciones*, discapacidad, edad u orientación sexual, en los términos que en cada una de sus secciones de establecen». Este Capítulo III de la ley «será de aplicación a todas las personas, tanto en el sector público como en el sector privado» (art. 27.2).

Las definiciones del principio de igualdad de trato y de la discriminación directa e indirecta vienen en el art. 28.1. Se entenderá por principio de igualdad de trato «la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, *la religión o convicciones*, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona». Habrá discriminación directa «cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, *religión o convicciones*, discapacidad, edad u orientación sexual». Y será indirecta «cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, *religión o convicciones*, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios».

De igual modo, la letra d) del art. 28.1 define el acoso como «toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, *la religión o convicciones*, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo». Y en el art. 28.2 se señala que «cualquier orden de discriminar a las personas por

servicio público de empleo podrá autorizar, en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración y previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de Empleo, la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos, siempre que la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados. Dichas agencias deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, *religión o convicciones*, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate».

razón de origen racial o étnico, *religión o convicciones*, discapacidad, edad u orientación sexual se considerará en todo caso discriminación. El acoso por razón de origen racial o étnico, *religión o convicciones*, discapacidad, edad u orientación sexual se consideran en todo caso actos discriminatorios».

Finalmente, la Sección 3.^a del Capítulo III de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, se refiere a las medidas en materia de igualdad de trato y no-discriminación en el trabajo que tengan por objeto el acceso al empleo, la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua, así como el acceso a la actividad por cuenta propia y el ejercicio profesional y la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen profesión concreta (art. 34.1). A efectos de lo dispuesto, «el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o *indirecta* por razón del origen racial o étnico, *religión o convicciones*, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona» (art. 34.2).

En último lugar, el art. 35 menciona unas medidas de acción positiva: «para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, *religión o convicciones*, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afectan relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección». Entre estos colectivos no se ha regulado nada respecto a los religiosos, sí en cambio respecto a los minusválidos⁵⁹.

V. CONCLUSIONES FINALES

A diferencia de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, en la regulación pactada de nuestro Derecho Eclesiástico todo se confía a un hipoté-

59. Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo; Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos.

tico acuerdo de las partes..., si es que existe voluntad previa del empresario para llegar efectivamente a un compromiso con el trabajador. No obstante, con la nueva legislación de medidas en el orden social resultará aventurado seguir sosteniendo que el art. 12 de los Acuerdos de Cooperación «aporta la norma de solución de conflictos»⁶⁰, o bien «exige un esfuerzo de adecuación por parte del empresario a la pretensión objetora»⁶¹. Ahora esa *norma de conflicto* habrá que buscarla en la redacción que el legislador ha dado a los arts. 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores. Los Acuerdos de 1992 no generaron actuaciones de obligado cumplimiento; e incluso bien podía suceder que un empresario aceptara acomodar el día festivo a un empleado del que su Iglesia o Confesión no hubiera suscrito ningún Acuerdo con el Estado a través del art. 7.1 LOLR.

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, ahonda con más rigor en la igualdad y muestra que el legislador se ha sensibilizado ante un fenómeno —las discriminaciones indirectas— que venía siendo cada vez más habitual debido al creciente pluralismo religioso de la sociedad española.

Si la acomodación redundaba en una igualdad concebida en términos «postmodernos» (no uniformes), que pretende el mantenimiento efectivo de las diferencias a través del ejercicio de la libertad religiosa frente a normas seculares susceptibles de producir en el creyente un efecto adverso, habrá que concluir que desde 1992 hasta la fecha los Acuerdos de Cooperación no han servido para profundizar en una igualdad más compleja⁶² (o multicultural), en contra de lo recordado por el juez Dickson, cuando afirmaba que «la igualdad necesaria para sostener la libertad de religión no exige que todas las religiones reciban un trato idéntico, ya que la verdadera igualdad puede exigir que sean tratadas de un modo diferente»⁶³.

60. Cfr. M. LÓPEZ ALARCÓN, «Tutela de la libertad...», cit., p. 577.

61. Cfr. R. NAVARRO-VALLS, «Las objeciones...», cit., p. 535. Compartimos con este autor que la regla áurea de solución frente a esta clase de conflictos debería ser la razonable acomodación.

62. Se ha definido la *igualdad compleja* o *postmoderna* como una alternativa a la igualdad liberal: «se trata de un modelo de igualdad no examinado aún en las cartas internacionales de derechos, probablemente porque exige una construcción constante: quiere admitir diferencias sin permitir desigualdades; quiere admitir, en definitiva, desemejanzas recíprocas», vid., Á. CASTIÑEIRA, «La igualtat en els drets humans», *Diàlegs*, vol. II, gener-març 1999, núm. 3, p. 12.

63. *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1985) 18 D.L.R. (4th.) 347.