

# LA ACOMODACIÓN RAZONABLE PARA LA RELIGIÓN EN EL LUGAR DE TRABAJO EN EE.UU., CANADÁ Y EUROPA

## Lecciones de esa experiencia aplicables al ámbito latinoamericano.

JUAN MARTIN VIVES<sup>1</sup>

### Resumen

La creciente diversidad religiosa, y los correspondientes reclamos de igualdad de trato por parte de las minorías religiosas, están produciendo algunas nuevas fricciones en las sociedades latinoamericanas. El ambiente de trabajo es el escenario para muchos de esos conflictos. Esto no resulta sorprendente, ya que el trabajo y la religión son asuntos de la máxima importancia en la vida de muchas personas. Ambas esferas convergen en el lugar de trabajo, donde los individuos pasan una gran porción de sus vidas.

El presente artículo examina la acomodación razonable como una herramienta para prevenir y resolver algunos de esos conflictos, específicamente cuando las prácticas religiosas de los empleados colisionan con los reglamentos y los requerimientos de los empleadores. El objetivo de la acomodación razonable es ofrecer un trato igualitario a quienes por su religión se encuentran privados del disfrute pleno de un bien socialmente accesible como es el trabajo.

El autor analiza el desarrollo del deber de acomodación razonable en el lugar de trabajo tal como ha sido interpretado por la Corte Suprema de Estados Unidos, la Corte Suprema de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A continuación, se abordan las dos mayores objeciones que la noción de acomodación razonable podría enfrentar en Latinoamérica: la posibilidad de establecer con claridad sus límites, y la necesidad o no de que exista un mandato legislativo previo y expreso.

En última instancia, el autor se expresa en favor de la adopción de la acomodación razonable en Latinoamérica como una herramienta para afrontar la diversidad religiosa en el lugar de trabajo, y para asegurar la igualdad real (y no meramente formal) entre todas las personas con independencia de sus creencias religiosas.

**Palabras Clave:** acomodación razonable; derecho laboral y religión; minorías religiosas; libertad religiosa; igualdad religiosa

### Abstract

The increasing religious diversity and the claims for equal treatment of religious minorities are producing some new frictions in the Latin American societies. The workplace is a framework for many of these conflicts. This is no to surprise, since religion and work are major areas in most people's lives. The two spheres merge in the workplace, where individuals spend a substantial amount of their lifetime.

This article examines the reasonable accommodation as a tool to prevent and solve some of these conflicts, specifically when an employee's religious practices collide with the companies' rulings and standards. The

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Público Global (Universidad Autónoma de Barcelona, España). Director del Centro de Estudios sobre Derecho y Religión (Universidad Adventista del Plata, Argentina). Becario de investigación postdoctoral 2015/2016 del Centro para el Estudio Comparativo del Derecho Constitucional y Religión (Universidad de Lucerna, Suiza).

reasonable accommodation aims to provide an equal treatment to those who because of their religion are deprived of the benefits of a socially accessible good, such as work.

The author analyzes the development of the duty of reasonable accommodation in the workplace as interpreted by the United States Supreme Court, the Supreme Court of Canada, and the European Court of Human Rights. Afterwards, he addresses two major objections the reasonable accommodation notion could face in Latin America: the possibility of clearly establishing its limits and the need to have a previous, explicit statutory mandate.

Ultimately, the author expresses himself in favor of the adoption of reasonable accommodation in Latin America as a tool for managing religious diversity in the workplace and securing actual (not merely formal) equality for individuals of all religious beliefs.

**Keywords:** reasonable accommodation; employment law and religion; religious minorities; religious liberty; religious equality

DOI: 10.7764/RLDR.4.41

## 1. Introducción

El campo religioso latinoamericano se está diversificando aceleradamente. A pesar de ser una región históricamente católica, hoy en día nuevos actores están compartiendo el escenario religioso latinoamericano. Hay un notable crecimiento en el número de protestantes<sup>2</sup> y de personas sin afiliación religiosa, lo que desafía la hegemonía social católica. De manera creciente se puede encontrar en Latinoamérica, además, una cantidad de otras minorías, tanto religiones tradicionales como los llamados nuevos movimientos religiosos.

Esta transformación no solo implica un aspecto cuantitativo. Muchas de estas minorías religiosas han cambiado también su actitud al momento de enfrentar a la sociedad y al Estado. No sólo pretenden ser tolerados; cada vez más reclaman la posibilidad de practicar su religión en igualdad de condiciones con la mayoría. El antiguo paradigma de la libertad religiosa como mera ausencia de persecución violenta está dando lugar a un nuevo paradigma donde se demanda vivir conforme a las propias creencias religiosas sin sufrir, en la medida de lo posible, un resultado desventajoso por ello.

Estas nuevas demandas han comenzado a provocar cierta fricción, e incluso algunos conflictos legales, algo hasta ahora poco común en Latinoamérica en relación a las cuestiones religiosas. Una zona habitual de conflicto es el lugar de trabajo. Allí los empleados requieren practicar libremente su religión, mientras las empresas pretenden controlar el comportamiento de

---

<sup>2</sup> El término "protestante" se utiliza aquí como sinónimo de "evangélico". A pesar de que actualmente muchas personas que admiten ser evangélicos niegan ser protestantes, las doctrinas reconocidas como básicas por ellos se ubican en el espectro típico de la Reforma, es decir, se enmarcan en el protestantismo. Ver al respecto Leopoldo Cervantes-Ortiz, "Protestantismo, protestantismos e identidad en América Latina y en México," *Graffylia: Revista de la Facultad de Filosofía y Letras*, no. 2 (2003): 129.

ISSN 0719-7160

aquellos a fin de maximizar los beneficios económicos (por ejemplo, evitando que se afecte el clima laboral o que aumenten los costos operativos)

El presente artículo está construido sobre la idea de que la acomodación razonable es una herramienta apropiada para resolver muchos de los conflictos entre la observancia religiosa de los empleados y la facultad de organización de las empresas. Anticipando que esta herramienta podría ser utilizada en Latinoamérica de una forma amplia, se analizan aquí el desarrollo y la aplicación del deber de acomodación razonable en otras regiones, haciendo particular hincapié en algunas objeciones que se han hecho a esta figura en el ámbito de los tribunales de justicia.

El artículo comienza analizando los cambios en la demografía religiosa latinoamericana, y como esto influye en los conflictos en el lugar de trabajo. A continuación se presenta una revisión de la figura de la acomodación razonable como una manera de resolver esos conflictos. Esta revisión incluye un breve resumen de cómo la acomodación razonable en el ámbito del trabajo se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá, la Corte Suprema de Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ha habido dos desafíos significativos a la imposición de un deber de acomodación razonable en las regiones donde hasta ahora la figura ha tenido mayor desarrollo. Uno está relacionado a los límites del deber de acomodación de los empleadores, con el fin de evitar el efecto de “la caja de Pandora”. El otro desafío se basa en la necesidad de contar con una previsión legal específica que ordene la existencia de ese deber. Ambas cuestiones son abordadas en la parte final del presente trabajo.

La acomodación razonable en el lugar de trabajo basada en la religión es un asunto que apenas comienza a estudiarse en Latinoamérica. Existen unos pocos trabajos académicos sobre la materia, y no son demasiados los precedentes jurisprudenciales de tribunales influyentes. Aun así, en la medida en la que la diversidad religiosa crece, y la cantidad de conflictos laborales producidos por la misma aumenta, la acomodación razonable debería establecerse como una valiosa herramienta para prevenir y resolver esos conflictos. Desde luego, no es la única herramienta posible. Por otro lado, es evidente que no será aplicable a cada situación planteada. Con todo, resulta necesario analizar sus fortalezas y debilidades como un modo de colaborar en el proceso de aplicación a la realidad latinoamericana.

## 2. Diversidad religiosa y lugar de trabajo en Latinoamérica. Un asunto cada vez más desafiante.

### 2.1 Breve resumen sobre el panorama religioso latinoamericano

Durante siglos los países latinoamericanos han procurado lograr la cohesión social por medio de la homogeneidad religiosa<sup>3</sup>. La idea es relativamente simple: nacionalidad y religión se confundían, de manera que solo quien adhiriera a la religión oficial podría considerarse como un ciudadano pleno. Los demás, los “disidentes”, fueron primero perseguidos y luego tolerados, aunque nunca (o casi nunca) estuvieron en un pie de igualdad con la mayoría.

Sin embargo, la noción de homogeneidad religiosa es tan solo una ilusión. Siempre ha habido diversidad religiosa en Latinoamérica, bien que muchas veces soterrada. La novedad de los últimos años no es, por tanto, la diversidad religiosa *per se*, sino su notable crecimiento y visibilización. Conforme a un estudio a gran escala realizado en 2014, en los últimos 50 años el porcentaje de católicos en la población latinoamericana descendió de (al menos) un 90% a 69%<sup>4</sup>. Al mismo tiempo, el número de protestantes y de no afiliados a ninguna religión se ha incrementado, así como una miríada de otras expresiones religiosas. Las conclusiones del estudio son que gran parte de ese cambio se ha producido en el transcurso de una generación, lo que demuestra la velocidad con la que esas transformaciones están ocurriendo.

No obstante, diversidad y pluralismo no se identifican inmediatamente. El pluralismo religioso implica no solo la existencia de diversidad religiosa, sino también la aceptación social de los diversos grupos religiosos y la comprensión del valor de la diversidad para la sociedad<sup>5</sup>. Por ello, la mera ruptura del monopolio religioso no conlleva necesaria y automáticamente una mayor libertad religiosa<sup>6</sup>, especialmente para los grupos minoritarios. Muchas veces las estructuras legales del antiguo régimen persisten, perpetuando las dificultades de las minorías<sup>7</sup>.

Como resultado de la diversidad religiosa, muchos estados con democracias liberales están enfrentando tensiones entre la libertad y la igualdad porque las personas, en general

---

<sup>3</sup> Norman Rubén Amestoy, "Ideas para repensar la historia del cristianismo en América latina," *Teología y cultura* 12, no. 7 (2010): 9. En este sentido, es paradigmático el caso de los monarcas católicos españoles, que buscando la unidad del imperio expulsaron a los judíos y musulmanes de su reino. Pierre Vilar, *Historia de España*, 6ª ed., Biblioteca de bolsillo (Barcelona: Crítica, 2010), 62-63.

<sup>4</sup> Pew Forum on Religion & Public Life, "Religion in Latin America: Widespread Change in a Historically Catholic Region," (Washington, D.C.: Pew Research Center, 2014), 4.

<sup>5</sup> James A. Beckford, *Social theory and religion* (Cambridge - New York: Cambridge University Press, 2003), 74.

<sup>6</sup> Alejandro Frigerio and Hilario Wynczyk, "Diversidad no es lo mismo que pluralismo: cambios en el campo religioso argentino (1985-2000) y lucha de los evangélicos por sus derechos religiosos," *Sociedade e Estado* 3, no. 2 (2008): 230.

<sup>7</sup> *Ibid.*, 228.

ISSN 0719-7160

perteneciente a los grupos minoritarios, reclaman por acomodaciones que les permitan vivir conforme a sus creencias y prácticas religiosas<sup>8</sup> en igualdad de condiciones con los demás. Como consecuencia, el desafío de las sociedades contemporáneas es ajustar las estructuras legales y jurídicas a la diversidad religiosa<sup>9</sup>, y en este sentido Latinoamérica lejos está de constituir la excepción.

## 2.2 Mayor diversidad religiosa, mayores reclamos de las minorías religiosas

Uno de los ámbitos donde esas tensiones se producen con mayor frecuencia es el lugar de trabajo. La relación entre religión y trabajo se complica en la medida en que los empleados no sólo son religiosamente más diversos, sino también desean cada vez más observar prácticas religiosas en el ambiente laboral<sup>10</sup>. Cuando la fe de los empleados no coincide con la noción tradicional de religión, el problema se vuelve aún más complejo. Esto ocurre porque el trabajo tiene no solo una función económica; en el lugar de trabajo transcurre gran parte de la vida de los empleados<sup>11</sup>. Es lógico que quieran manifestar sus creencias religiosas en ese lugar, derrumbando la vieja noción de “reserva tu religión para tu tiempo libre”.

La sociedad entera debería comprender y abordar estos cambios, y adaptarse en consecuencia, de modo de superar los problemas que traen aparejados. Los empleadores, por ejemplo, pueden tener que ajustarse a prácticas religiosas hasta ahora desconocidas o poco familiares; los empleados pueden tener que aprender cómo trabajar codo a codo con personas de otras religiones; los clientes pueden tener que admitir que, hasta cierto punto, haya demostraciones de la religión de los empleados; los gobiernos pueden tener que cambiar algunas de las normativas laborales para asegurarse de prevenir la discriminación indirecta basada en la religión (una noción poco desarrollada hasta el momento en nuestra región).

## 2.3 Conflictos en el lugar de trabajo basados en la religión de los empleados

Desde luego, esta es una situación que no se da exclusivamente en Latinoamérica. Tanto en la Norteamérica anglosajona como en Europa –en cada caso con sus particularidades– están enfrentando desde hace años el desafío de manejar la diversidad religiosa en el trabajo.

Como observó el juez Marshall, refiriéndose al derecho estadounidense,

---

<sup>8</sup> Floris Vermeulen and Veit Bader, "Reasonable accommodation of religious claims in Europe? Basic tensions and socio-legal debates," (RELIGARE. Religious Diversity and Secular Models in Europe Innovative Approaches to Law and Policy, 2012), 1.

<sup>9</sup> Jocelyn Maclure and Charles Taylor, *Laicidad y libertad de conciencia* (Madrid: Alianza, 2011), 14.

<sup>10</sup> Dallan F. Flake, "Image is everything: corporate branding and religious accommodation in the workplace," *University of Pennsylvania Law Review* 163, no. 3 (2015): 700-01.

<sup>11</sup> Naciones Unidas, "Nota del Secretario General transmitiendo el reporte interino del Relator Especial sobre la libertad de religión o creencias, Heiner Bielefeldt," in *A/68/290*(2013), 6.

“uno de los problemas más complicados [relacionados a la discriminación en el lugar de trabajo] ha sido determinar si un empleador es culpable de discriminación religiosa cuando despide a un empleado (o se niega a contratar un postulante) por las prácticas religiosas de ese empleado. Particularmente problemático ha sido el dilema de los adherentes a religiones minoritarias que no observan los días sagrados en los cuales la mayoría de los negocios están cerrados –domingos, navidad y pascua- sino que necesitan tiempo libre para sus propios días de observancia religiosa”<sup>12</sup>.

Diversos reportes resumen los pedidos más frecuentes de acomodación y las quejas de discriminación basada en la religión en los lugares de trabajo. En EE.UU., por ejemplo, parecen ser tres los principales reclamos: horarios de trabajo, uniformes y etiquetas de vestimenta, y reglas de presentación personal<sup>13</sup>.

En cuanto a la primera cuestión, incluye los conflictos entre los requerimientos horarios establecidos por la empresa y la observancia de días u horas religiosas<sup>14</sup>. La segunda área concierne a las reglas religiosas de vestimenta que no se ajustan a las políticas de uniforme de las empresas. El último asunto está relacionado a la necesidad del empleado de lucir cierta presentación personal por motivos religiosos, de nuevo en conflicto con la política de imagen de la compañía en la que trabaja<sup>15</sup>.

En Europa la escena parece ser similar. A los tres temas mencionados, los reportes añaden algunos otros, incluyendo reclamos relacionados a requisitos de entrenamiento vocacional, alteraciones de deberes o circunstancias particulares de trabajo (incluyendo hábitos de socialización), y pedidos para utilizar determinados espacios para prácticas religiosas como la oración o la meditación<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> United States Supreme Court, *Trans World Airlines, inc v. Hardison*, 432 U.S. 63 US Reports (1977) [del voto en disenso del juez Marshall]. [*“One of the most intractable problems [related to discrimination at workplace] has been whether an employer is guilty of religious discrimination when he discharges an employee (or refuses to hire a job applicant) because of the employee's religious practices. Particularly troublesome has been the plight of adherents to minority faiths who do not observe the holy days on which most businesses are closed - Sundays, Christmas, and Easter - but who need time off for their own days of religious observance”*].

A menos que se indique lo contrario, todas las traducciones pertenecen al autor. Para facilitar la constatación se han colocado en notas al pie las porciones traducidas correspondientes a las citas textuales, en especial cuando se trata de normativa legal o notas de jurisprudencia.

<sup>13</sup> Allen Smith, "Supreme Court Bolsters Religious Discrimination Law," *HR Magazine* 60, no. 6 (2015): 9.

<sup>14</sup> Aparentemente, este es el tema más reportado, especialmente cuando se trata de la observancia del sábado. Alan J. Reinach, "Religious accommodation in post-9/11 America (minorities and the workplace)," *Employee Rights Quarterly* 2, no. 4 (2002): 37.

<sup>15</sup> Keith Blair, "Better Disabled than Devout? Why Title VII Has Failed to Provide Adequate Accommodations Against Workplace Religious Discrimination," *Arkansas Law Review* 63 no. 3 (2010): 517.

<sup>16</sup> Marie-Claire Foblets and Katie Alidadi, "Religious Diversity and Secular Models in Europe: Innovative Approaches to Law and Policy," in *Summary Report on the RELIGARE Project*(K.U. Leuven, 2013), 11. Véase también Katayoun Alidadi, "Reasonable accommodations for religion and belief: adding value to Article 9 ECHR and the European Union's anti-discrimination approach to employment? (European Convention on Human Rights)," *European Law Review* 37, no. 6 (2012).

ISSN 0719-7160

El fracaso en resolver estos conflictos en el lugar de trabajo puede acarrear casos de discriminación basada en la religión. La discriminación religiosa es una categoría particularmente compleja de abordar para los jueces y los legisladores. Como el resto de las categorías de discriminación, la discriminación religiosa puede estar basada en el estatus de la persona: se lo discrimina porque es musulmán, católico, budista. Sin embargo, muchas veces el reclamo es que la discriminación religiosa no está basada en la afiliación religiosa del individuo, sino más bien en una práctica, observancia o creencia en particular<sup>17</sup>. Más aún, a diferencia de otras categorías de discriminación, la religión de una persona no es inmutable. Algunas veces un individuo sigue la misma religión toda la vida. Otras veces la persona cambia de religión, incluso en diversas ocasiones. Aun cuando no se convierta formalmente a otra religión, una persona puede cambiar su opinión en materia de asuntos religiosos. El quid de la cuestión es que una vez que el individuo tomó su decisión en lo concerniente a creencias y prácticas religiosas, no es una opción cambiar esa decisión basado, por ejemplo, en requisitos laborales.

Este escenario se vuelve aún más complejo en relación a las minorías religiosas. En las sociedades diversas, la opinión pública de la mayoría muchas veces tiende a poner en desventaja a los grupos minoritarios en el "mercado" de bienes sociales deseables<sup>18</sup>. No es extraño que las posiciones de las minorías religiosas sean malentendidas o desvalorizadas, y que sus necesidades sean subestimadas e ignoradas. Así ocurre a veces en el lugar de trabajo, donde muchos empleados se ven forzados a elegir entre su fe y su trabajo. Este no es el modo en el cual las sociedades plurales deberían tratar a las personas religiosas, especialmente a aquellas que pertenecen a minorías. Tal como se ha reportado sobre Europa<sup>19</sup>, en Latinoamérica las estructurales legales no siempre se adaptan bien a las necesidades de las minorías religiosas. De nuevo: diversidad no equivale necesariamente a pluralismo.

La acomodación razonable para las prácticas religiosas en el lugar de trabajo es una técnica legal destinada a ayudar a quienes enfrentan dificultades por el hecho de tener creencias y prácticas religiosas distintas de las dominantes en el entorno<sup>20</sup>. El principal objetivo de la acomodación razonable es eliminar el conflicto entre las creencias religiosas del empleado y los requerimientos organizacionales del empleador, de modo que ninguno de ellos deba sacrificar

---

<sup>17</sup> Blair, "Better Disabled than Devout? Why Title VII Has Failed to Provide Adequate Accommodations Against Workplace Religious Discrimination," 546.

<sup>18</sup> Jennifer Jackson Preece, "Emerging standards of reasonable accommodation towards minorities in Europe?," in *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, ed. Council of Europe, *Trends in Social Cohesion* (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010), 119-20.

<sup>19</sup> Kristin Henrard, "Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights: a closer look at the prohibition of discrimination, the freedom of religion and related duties of state neutrality," *Erasmus law review* 5, no. 1 (2012): 59.

<sup>20</sup> Jackson Preece, "Emerging standards of reasonable accommodation towards minorities in Europe?," 119-20.

por completo sus intereses. La idea detrás de la técnica de la acomodación razonable es proveer un trato igualitario a aquellos que por un rasgo inherente (como la religión) se encuentran privados del disfrute de bienes socialmente accesibles (como el trabajo)<sup>21</sup>. Por eso la acomodación razonable es tan importante para las minorías religiosas. Como recalca Bosset, la acomodación razonable y otros enfoques legales equivalentes ponen de manifiesto la cuestión fundamental de qué tan lejos las sociedades democráticas están dispuestas a llegar en su reconocimiento de las diferencias<sup>22</sup>.

Tal vez es por eso que, al menos en la América del Norte anglosajona, los asuntos relacionados a la acomodación razonable han sido una de las áreas del derecho laboral de mayor crecimiento en los últimos años<sup>23</sup>, y que probablemente seguirá ganando importancia en el futuro cercano. Es razonable estimar que éste también puede ser el curso de acción en Latinoamérica. De hecho, diversos especialistas han comenzado a explorar esa posibilidad para algunos de los países de la región, como Brasil<sup>24</sup>, Chile<sup>25</sup>, Perú<sup>26</sup> y Argentina<sup>27</sup>. En este último país, incluso hay un

---

<sup>21</sup> Emmanuelle Bribosia, Julie Ringelheim, and Isabelle Rorive, "Reasonable accommodation for religious minorities: a promising concept for European antidiscrimination law?," *Maastricht journal of European and comparative law* 17, no. 2 (2010): 138.

<sup>22</sup> Pierre Bosset and Marie-Claire Foblets, "Accommodating diversity in Quebec and Europe: different legal concepts, similar results?," in *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, ed. Council of Europe, *Trends in social cohesion* (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010), 56.

<sup>23</sup> Walter Olson, "A Hijab and a Hunch: Abercrombie and the Limits of Religious Accommodation," *Cato Supreme Court Review* 2014(2014): 155.

<sup>24</sup> Aloisio Cristovam dos Santos Junior, "Direito Fundamental À Liberdade Religiosa E Contrato De Trabalho: O dever De Acomodação Razoável No Direito Brasileiro " (PUCRS, 2012), 260. El autor sostiene que las prácticas religiosas en el lugar de trabajo son una "expresión inequívoca del libre desarrollo de la personalidad, por lo que el sacrificio de la libertad religiosa para la creación de un entorno religiosamente neutral va en contra del principio de la dignidad humana y, en el caso específico de Brasil, se opone a la Constitución de la República de 1988". El autor aboga entonces "expresión inequívoca del libre desarrollo de la personalidad, por lo que el sacrificio de la libertad religiosa para la creación de un entorno neutral en lo religioso va en contra del principio de la dignidad humana y el caso específico de Brasil, que antagoniza con la Constitución 1988 para un modelo de alojamiento de la expresión religiosa al contrato de trabajo que refleje la concepción ideológica de la Constitución brasileña y no ignore el derecho fundamental a la libertad religiosa". [...traduz inequívoca expressão do livre desenvolvimento da personalidade, daí por que o sacrifício da liberdade religiosa em prol da criação de um ambiente religiosamente neutro vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana e, no caso específico brasileiro, antagoniza-se com a Constituição da República de 1988 (...). Propugna-se, assim, por um modelo de acomodação da expressão religiosa ao contrato de trabalho que reflita a concepção ideológica do texto constitucional brasileiro e não ignore que o direito fundamental à liberdade religiosa tanto pode ser exercido pelo empregado quanto pelo empregador...].

En el mismo sentido, João Batista do Rêgo Júnior, "Discriminação Por Motivos Religiosos: Limites Entre a Liberdade Religiosa E O Poder Diretivo Do Empregador," *Âmbito Jurídico* XVII, no. 125 (2014): 5.

<sup>25</sup> "...persistiendo una incompatibilidad entre el ejercicio de la libertad religiosa y el pacto laboral voluntariamente celebrado por el trabajador, el empleador se encuentra en la necesidad de realizar una acomodación razonable del sistema organizativo partiendo de la base que el trabajador no está obligado a efectuar tareas contrarias a sus creencias religiosas sin que antes el empleador le ofrezca una solución adecuada." Pedro Irueta Uriarte, "Situación De Las Personas Que Prestan Servicios En Una Entidad Religiosa," *Revista Chilena de Derecho* 40, no. 2 (2013): 497.

<sup>26</sup> "Los derechos fundamentales, como la libertad de conciencia y la libertad religiosa, no sólo deben inspirar respeto sino antes bien actuaciones positivas de protección que permitan y faciliten su ejercicio en la medida de lo posible, más aún en el ámbito laboral donde muchos de ellos necesariamente están comprometidos. La buena fe, la razonabilidad y una acomodación razonable contribuyen en esa tarea..." Carlos Santos Loyola, "La Objeción De Conciencia Laboral Por Creencias Religiosas Y La

ISSN 0719-7160

precedente relevante con el caso Belotto<sup>28</sup>, resuelto por la influyente Suprema Corte de Buenos Aires.

En consecuencia, resulta provechoso analizar el origen y el actual desarrollo de la noción de acomodación razonable para las prácticas religiosas en el lugar de trabajo en otras regiones, concretamente en Europa y Norteamérica, donde con diferentes alcances esta herramienta existe desde hace varios años.

### 3. Acomodación razonable en el lugar de trabajo basada en la religión. Orígenes y desarrollo

La acomodación religiosa procura garantizar la igualdad sustantiva. Es una técnica legal que permite ir más allá de la mera igualdad procedimental. La igualdad procedimental solo asegura igualdad de trato en casos similares, sin prestar atención a las circunstancias reales del caso ni a los resultados que se producen para las personas involucradas. Este enfoque tradicional ha prevalecido por mucho tiempo en varios países de Latinoamérica, al menos en lo que se refiere a igualdad religiosa. La Corte Suprema de la Nación Argentina, por ejemplo, sostuvo que la igualdad ante la ley “consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos, de lo que se conceda a otros en iguales circunstancias”<sup>29</sup>. La igualdad sustantiva, por otro lado, requiere que existan diferencias de trato basadas en las diferencias fácticas, así como medidas positivas para satisfacer más plenamente el deber de igualdad<sup>30</sup>.

El asunto de la igualdad sustantiva, y otros relacionados como el de la discriminación indirecta, comenzaron a ser discutidos tanto en Norteamérica como en Europa desde la década de los

---

Exigencia De Una «Acomodación Razonable» Ante Un Eventual Conflicto Con El Ius Variandi Del Empleador: Reflexiones a Partir De Una Sentencia Del Tribunal Constitucional." *Derecho y Sociedad* XV, no. 23 (2004): 89.

<sup>27</sup> "...será inviable resolver la exigencia de acomodación de la tarea laboral en función de la observancia de preceptos religiosos mediante el sencillo procedimiento de su rechazo por aplicación irrestricta de la norma laboral contractual. Es necesario, en cambio, buscar un mecanismo que permita solucionar el dilema con el menor grado posible de lesión a los derechos en pugna. Allí es donde la acomodación razonable se ofrece como una muy interesante alternativa." Juan Martín Vives, "La «Acomodación Razonable» De Las Prácticas Religiosas En El Ámbito Laboral," *Revista Argentina de Derecho Constitucional* 12D (2012).

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Belotto, Rosa E. Contra Asociación Bancaria (S.E.B.)*, Unpublished (2014).

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Criminal c/ Olivari, Guillermo*, 16:118 Fallos (1875). Desde entonces, nunca se ha apartado demasiado de este concepto. Por ejemplo, diciendo que “el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones ó privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Nuevo Banco Italiano c/ Municipalidad de la Capital*, 200:424 Fallos (1944), y que “el principio de igualdad que consagra el artículo 16 de la Constitución Nacional no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Santoro, Cayetano c/ Frias, Estela*, 124:122 Fallos (1916).

<sup>30</sup> Jackson Preece, "Emerging standards of reasonable accommodation towards minorities in Europe?," 112.

'70<sup>31</sup>. Sin embargo, la respuesta a este tema ha seguido caminos diversos en el viejo y el nuevo continente. Aunque la discriminación indirecta y otros conceptos análogos han estado presentes en la normativa antidiscriminatoria norteamericana y europea, solo en la primera la noción de acomodación razonable se ha afianzado con firmeza. En Europa este parece ser un proceso todavía en marcha, como se comentará más adelante.

A los fines del presente análisis es relevante señalar que tanto en EEUU como en Canadá el concepto de acomodación razonable ha surgido en el marco de la protección de la igualdad como una forma de abordar los problemas originados por la diversidad religiosa<sup>32</sup>.

### 3.1 Desarrollo en la Corte Suprema de Canadá

Según lo sostiene la propia Corte Suprema<sup>33</sup>, Canadá no ha sido el primer país en adoptar el concepto de acomodación razonable dentro de su legislación de protección de la igualdad. Sin embargo, es indudable que ha sido el país donde el concepto ha tenido un mayor desarrollo como herramienta para asegurar la igualdad sustantiva en un marco de diversidad religiosa y cultural<sup>34</sup>. Tal como ha sido interpretado por los tribunales, este concepto ha seguido un camino distinto, más amplio por ejemplo que en el modelo estadounidense.

En 1985, la Corte Suprema decidió el *leading case Simpson-Sears*. Allí sostuvo la Corte que “no hay una base expresa en la legislación para esa proposición”<sup>35</sup>, es decir, para establecer un deber de acomodación razonable para las prácticas religiosas en el lugar de trabajo. Sin embargo, para evitar la discriminación indirecta (esto es, la discriminación resultante del impacto perjudicial de una previsión legal o reglamentaria aparentemente neutral), “el derecho del empleado requiere pasos razonables hacia una acomodación de parte del empleador”<sup>36</sup>.

En Canadá el deber de acomodación razonable es un corolario no sólo del derecho de libertad religiosa, sino también del derecho a la igualdad y a la no discriminación, aún antes de que

---

<sup>31</sup> Frédérique Ast, "European legal frameworks responding to diversity and the need for institutional change. Indirect discrimination as a means of protecting pluralism: challenges and limits," *ibid.*, *Trends in social cohesion*, 86.

<sup>32</sup> Bribosia and Rovire, "Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe?," 5.

<sup>33</sup> Supreme Court of Canada, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Limited*, [1985] 2S.C.R. 536 Supreme Court Reports (1985).

<sup>34</sup> Bribosia, Ringelheim, and Rovire, "Reasonable accommodation for religious minorities: a promising concept for European antidiscrimination law?," 144.

<sup>35</sup> *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Limited*, 554-55. ["There is no express statutory base for such a proposition in the Code"].

<sup>36</sup> *Ibid.* [the employee's right requires reasonable steps towards an accommodation by the employer]

ISSN 0719-7160

existiese una previsión legal expresa en ese sentido. Finalmente en 1998, la Ley Canadiense de Derechos Humanos fue enmendada para incluir explícitamente este deber<sup>37</sup>.

### 3.2 Desarrollo en la Corte Suprema de Estados Unidos

En Estados Unidos no había tampoco una previsión legal expresa cuando el concepto de acomodación razonable emergió por primera vez. En su texto original, la Ley de Derechos Civiles de 1964, Título VII, solo prohibía la discriminación en el empleo basada, entre otras cosas, en la religión<sup>38</sup>.

La Comisión para la Igualdad de Oportunidades (EEOC, por sus siglas en inglés) introdujo el concepto en 1966, estableciendo el deber de los empleadores de acomodarse a las prácticas religiosas de los empleados. Para marcar el límite a esta obligación, la EEOC utilizó el concepto de "inconveniencia seria" [*serious inconvenience*]: los empleadores debían acomodar el ambiente de trabajo a las prácticas religiosas de los empleados salvo que esto les produjera una seria inconveniencia. En 1967, en un intento por fortalecer la protección de los empleados, la EEOC modificó sus regulaciones. En la nueva versión, los empleadores debían acomodarse a las prácticas religiosas de los empleados a menos que esto les produjera un perjuicio excesivo [*undue hardship*]<sup>39</sup>. El empleador tiene la carga de probar que la acomodación es irrazonable, lo cual debe definirse caso por caso.

Al año siguiente, en una decisión dividida a partes iguales, la Corte Suprema se rehusó a afirmar esa obligación en el caso *Dewey v. Reynolds*<sup>40</sup>. Dewey era un guardador del sábado que pretendía una acomodación para su observancia religiosa. En respuesta a la decisión negativa de la Corte, el Congreso modificó en 1972 el Título VII de la Ley de Derechos Civiles para incorporar el deber de acomodación razonable, y para definir que el término "religión" incluye todos los aspectos de la observancia y práctica religiosa. El senador Jennings Randolph, que promovió la enmienda legal, presentó tres argumentos principales para adoptar el deber de acomodación religiosa en el lugar de trabajo. En primer lugar, argumentó que cientos de miles de empleados creen en la observancia del reposo religioso en un día distinto al domingo. En segundo término, el senador Randolph sostuvo que los empleados que trabajan para empresas privadas debían tener la misma libertad religiosa que aquellos que trabajan para el estado, que estaban cubiertos

---

<sup>37</sup> Ast, "European legal frameworks responding to diversity and the need for institutional change. Indirect discrimination as a means of protecting pluralism: challenges and limits," 89.

<sup>38</sup> Un resumen de la historia del Título VII puede encontrarse en D. Brierton Thomas, "'Reasonable accommodation' under Title VII: Is it reasonable to religious employee?," *Catholic Lawyer* 42(2002): 166-74.

<sup>39</sup> Sobre la significación del término inglés "*undue hardship*", Vives, "La «Acomodación Razonable» De Las Prácticas Religiosas En El Ámbito Laboral," nota 23.

<sup>40</sup> United States Supreme Court, *Dewey v. Reynolds Metals Co.*, 402 US 689 US Reports (1971).

por la primera enmienda a la Constitución Federal. Finalmente, citando el caso *Dewey*, señaló que los tribunales habían fallado en resolver adecuadamente los asuntos relativos a la libertad religiosa en el lugar de trabajo.

No obstante, en los próximos dos casos relevantes que siguieron a la reforma del Título VII, la Corte Suprema se mostró nuevamente reacia a aplicar una interpretación amplia del deber de acomodación razonable para las prácticas religiosas en el trabajo. En el caso *TWA v. Hardison*<sup>41</sup>, en sentido contrario a la decisión del Congreso impulsada por el senador Randolph, la Corte cercenó el deber de acomodación razonable, definiendo que el “perjuicio excesivo” [*undue hardship*] constituye cualquier mínima carga que deba soportar el empleador. Esta interpretación *de minimis* genera que la mayoría de las acomodaciones caigan en la categoría de irrazonables. En su opinión en disenso, el juez Marshall escribió que la decisión de la Corte “asesta un golpe mortal a todos los esfuerzos del Título VII por acomodar los requerimientos laborales a las prácticas religiosas”<sup>42</sup>.

En 1980, la EEOC hizo un esfuerzo por explicar la decisión en *Hardison* mediante la revisión de sus regulaciones. Sin embargo, en *Ansonia Board of Education v. Philbrook*<sup>43</sup> la Corte nuevamente relativizó el deber de acomodación para la religión. Allí el máximo tribunal sostuvo que siempre que el empleador haya ofrecido alguna acomodación razonable que hubiese permitido al empleado trabajar sin violar sus creencias, no debe entrarse en mayores consideraciones ni debe acordar otra acomodación que pueda ajustarse mejor a las necesidades del empleado.

Hasta *EEOC v. Abercrombie*<sup>44</sup>, el cual como se verá lidia en realidad con algunos aspectos muy específicos, la Corte Suprema no volvió a abordar el tema de la acomodación razonable para las prácticas religiosas en el trabajo. Sin embargo, los tribunales inferiores han venido aplicando el estándar derivado de *Hardison/Philbrook* por los últimos 30 años.

Por ejemplo, en *Anderson v. General Dynamics Connair Aerospace Div.*, el Noveno Circuito ha establecido tres elementos a considerar para habilitar una acción judicial por falta de acomodación. El primero es que el empleado haya demostrado una creencia religiosa de *bona fide*, la cual llevada a la práctica entra en conflicto con un deber impuesto por el empleador; el segundo es que el empleado haya informado al empleador tanto de su creencia como del conflicto que se genera; el tercero y último es que el empleador haya sufrido una penalización

---

<sup>41</sup> *Trans World Airlines, inc v. Hardison*.

<sup>42</sup> *Ibid.* [del voto en disenso del juez Marshall]. [“...deals a fatal blow to all efforts under Title VII to accommodate work requirements to religious practices”].

<sup>43</sup> United States Supreme Court, *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479 U.S. 60 US Reports (1986).

<sup>44</sup> United States Supreme Court, *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc*, 575 U.S. \_US Reports (2015).

ISSN 0719-7160

como consecuencia de ese conflicto. Una vez que el empleado haya probado esos extremos, estando *prima facie* habilitado para reclamar que se realice una acomodación, el empleador debe demostrar que ha hecho un esfuerzo de buena fe para acomodarse a las creencias religiosas del empleado, o que no se ha podido realizar esa acomodación sin que ello provoque un perjuicio excesivo [*undue hardship*]<sup>45</sup>.

La reticencia de la Corte Suprema a hacer una interpretación amplia del deber de acomodación basado en la religión en el trabajo ha sido decodificada como el inicio del fin de la llamada era Sherbert/Yoder<sup>46</sup>. Conforme a esta hipótesis, la Corte Suprema bajo la presidencia del juez Warren (1953-1969) se caracterizó por el reconocimiento amplio de los derechos de acomodación basado en creencias y prácticas religiosas cuando estos entraban en conflicto con las leyes de aplicación general. La presidencia del juez Renhquist, en cambio, llevó a la Corte a poner límites estrictos a esos derechos. El ejemplo más claro en este sentido es la célebre decisión *Employment Division v. Smith*<sup>47</sup>.

El Congreso reaccionó inmediatamente a esta deriva de la Corte. En 1993, en un intento por oponerse al estándar *Smith* y reinstalar en cambio el del caso *Sherbert*, se sancionó la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa (RFRA, por sus siglas en inglés). La ley fue aprobada de manera unánime en la Cámara de Representantes, y por una abrumadora mayoría en la de Senadores. Al año siguiente, se introdujo el proyecto de Ley de Libertad Religiosa en el Lugar de Trabajo (WRFA, por sus siglas en inglés), con el objetivo de hacer lo mismo respecto del estándar de *Hardison/Philbrook* en relación a la acomodación razonable en el lugar de trabajo. El proyecto buscaba limitar la discrecionalidad del empleador al rechazar la acomodación para las prácticas religiosas de los empleados o potenciales empleados<sup>48</sup>. Sin embargo, el proyecto nunca se convirtió en ley.

Finalmente, en el reciente caso *Abercrombie* la Corte parece haber sido más generosa con el empleado (o potencial empleado) en la interpretación del deber del empleador de acomodarse a sus prácticas religiosas. Sin embargo, es aún pronto para visualizar plenamente las consecuencias que esta decisión tendrá en los tribunales inferiores.

### 3.3 Desarrollo en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A diferencia de Estados Unidos y Canadá, en Europa no existe un deber legal explícito de acomodación razonable en el lugar de trabajo, excepto en lo que se refiere a personas

---

<sup>45</sup> "Reasonable accommodation' under Title VII: Is it reasonable to religious employee?," 177.

<sup>46</sup> Olson, "A Hijab and a Hunch: Abercrombie and the Limits of Religious Accommodation," 160.

<sup>47</sup> United States Supreme Court, *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 US Reports (1990).

<sup>48</sup> Thomas, "Reasonable accommodation' under Title VII: Is it reasonable to religious employee?," 166.

discapacitadas<sup>49</sup>. Esta es sin dudas una diferencia clave. Con todo, como se amplía más adelante, la legislación europea no está completamente cerrada a la posibilidad de requerir una acomodación razonable en el lugar de trabajo con base en las creencias religiosas.

A nivel europeo, la noción de acomodación razonable no ha permeado todavía a las políticas legislativas y las decisiones judiciales de manera tan efectiva como cabría esperar. En cuanto a la legislación, la implementación de las directivas de la Unión Europea (UE) sobre el principio de igualdad, que aspira a combatir tanto la discriminación directa cuanto la indirecta, ha permitido cierto progreso en la protección de las personas con creencias religiosas, pero sin un reconocimiento explícito del derecho a requerir una acomodación para las prácticas religiosas en el lugar de trabajo<sup>50</sup>. En el año 2000, fue sancionada la Directiva de Igualdad en el Empleo, introduciendo por primera vez de manera oficial el concepto de acomodación razonable en la legislación europea<sup>51</sup>. Este derecho sigue siendo, sin embargo, reconocido únicamente a las personas discapacitadas.

En cuanto a la jurisprudencia, tanto la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH) como el actual Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se han mostrado reacios a admitir el deber de acomodación razonable con base en la religión en el lugar de trabajo.

Al resolver casos concernientes a las prácticas religiosas en el trabajo, la antigua ComEDH invariablemente ha considerado que no existe interferencia en el derecho de libertad religiosa, y que las obligaciones contractuales de los empleados justifican las acciones disciplinarias que los empleadores hubiesen tomado.

En *Kontinnen c. Finlandia*<sup>52</sup>, por ejemplo, un empleado ferroviario solicitó retirarse temprano del trabajo los viernes durante el invierno, con el objetivo de observar su creencia religiosa de guardar los sábados. En opinión de la ComEDH, su despido por ausencias no autorizadas no afectaba el derecho de libertad religiosa del art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), ya que las ausencias no fueron entendidas como manifestaciones de su religión. En *Stedman c. Reino Unido*<sup>53</sup>, un empleado de una empresa privada fue despedido por negarse a trabajar los domingos. La ComEDH entendió que las ausencias laborales no

---

<sup>49</sup> Bosset and Foblets, "Accommodating diversity in Quebec and Europe: different legal concepts, similar results?," 56.

<sup>50</sup> Silvia Meseguer Velasco, "La cuestión de las prácticas religiosas en el ámbito laboral: La jurisprudencia de Estrasburgo," *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 144 (2015): 1040-41.

<sup>51</sup> Bribosia, Ringelheim, and Rorive, "Reasonable accommodation for religious minorities: a promising concept for European antidiscrimination law?," 138.

<sup>52</sup> European Commission of Human Rights, *Konttinen v. Finland*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-3379> HUDOC (1996).

<sup>53</sup> European Commission of Human Rights, *Stedman v. the United Kingdom*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-3620> HUDOC (1997).

ISSN 0719-7160

autorizadas, basadas en creencias religiosas, no están protegidas cuando se trata de relaciones entre particulares.

En resumen, la doctrina de la ComEDH puede sintetizarse así: si una creencia religiosa resulta un obstáculo para el cumplimiento de una obligación de un empleado, su derecho de libertad religiosa se ve garantizado por la posibilidad de aquel de renunciar al empleo<sup>54</sup>.

El TEDH también ha sido reacio a admitir demandas requiriendo acomodación en el lugar de trabajo por motivos religiosos, dejando como única alternativa la renuncia del empleado a su trabajo como modo de preservar su libertad religiosa. Más aún, el TEDH parece no haber estado dispuesto a admitir la existencia de una obligación positiva de trato diferencial en ningún campo. Sin embargo, esta posición se ha ido flexibilizando a lo largo del tiempo.

En *Thlimmenos c. Grecia*<sup>55</sup>, el Tribunal reconoció que puede haber discriminación cuando un estado, sin una justificación objetiva y razonable, se abstiene de ajustar una regla de aplicación general (por ejemplo, introduciendo las debidas excepciones), cuando esto resulte necesario para evitar poner en desventaja a las personas que practican una religión determinada porque reciben el mismo trato que las personas que están en una situación diferente. En el caso, un puesto laboral había sido denegado a un potencial empleado en razón de tener antecedentes penales. El crimen que había cometido había sido rehusarse a realizar el servicio militar por motivos religiosos.

Aunque el TEDH ha identificado algunos deberes positivos de los estados, yendo más allá de la simple obligación estatal de no interferir, la realidad es que no ha aplicado igualmente este enfoque a todos los derechos. En cuanto al derecho a la igualdad y la libertad religiosa, muchas veces el TEDH ha rechazado ir tan lejos como para requerir a los estados medidas concretas que aseguren la acomodación para las necesidades de las personas con creencias religiosas.

En *Dahlab c. Suiza*<sup>56</sup>, el TEDH declaró la inadmisibilidad de la demanda, rehusando identificar un deber de acomodación relativo a la vestimenta de un docente de escuela pública. En *Kosteki c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*<sup>57</sup> el TEDH parece continuar con el camino marcado por la ComEDH en lo relativo a las licencias laborales. Resulta interesante que en este caso el Tribunal presta atención a la prueba de la veracidad de las creencias religiosas. Dijo el TEDH que “en los casos en los que el empleado pretende obtener una exención particular, no es opresivo o ni entra en conflicto fundamental con la libertad de conciencia el exigir un cierto grado de

---

<sup>54</sup> Meseguer Velasco, "La cuestión de las prácticas religiosas en el ámbito laboral: La jurisprudencia de Estrasburgo," 1045-46.

<sup>55</sup> European Court of Human Rights, *Case of Thlimmenos v. Greece*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115881> HUDOC (2000).

<sup>56</sup> European Court of Human Rights, *Dahlab v. Switzerland*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22643> HUDOC (2001).

<sup>57</sup> European Court of Human Rights, *Case of Kosteki v. "The former Yugoslav Republic of Macedonia"*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-73342> HUDOC (2006).

sustanciación cuando dicho reclamo se refiere a un privilegio o derecho no comúnmente disponible y, si esa sustanciación no ocurre, el llegar a una conclusión negativa”<sup>58</sup>. De todos modos, el TEDH no parecía estar dispuesto a establecer un deber explícito de acomodación razonable para las diferencias religiosas, al menos no en un caso exclusivamente basado en el art. 9.

En el caso *El Morsli c. Francia*<sup>59</sup>, otra decisión basada únicamente en el art. 9 del CEDH, el TEDH declaró inadmisibile la demanda de una mujer musulmana que no podía acceder al consulado francés en Marrakech por negarse a quitarse el velo para la verificación de su identidad. La Sra. El Morsli estaba dispuesta a quitarse el velo en presencia de personal femenino de seguridad, de modo que un simple ajuste habría sido suficiente para corregir el problema. Sin embargo, la Corte determinó que la negativa a proveer a personal femenino para realizar ese chequeo no excede el margen de apreciación del estado.

El argumento de la discrecionalidad del Estado vuelve a aparecer como base para la decisión de seis casos contra Francia<sup>60</sup> presentados ante el TEDH en 2009. Allí, el Tribunal desestimó las solicitudes de una adaptación razonable por parte de estudiantes musulmanas y sij que trataron de acceder a la escuela vistiendo ropa religiosa.

En el caso *Francesco Sessa c. Italia*<sup>61</sup>, la Corte una vez más se rehusó a adoptar la lógica de la adaptación razonable en asuntos religiosos. El solicitante, un abogado judío, solicitó la modificación de la fecha de una audiencia que coincidía con una fiesta religiosa judía. Su petición fue denegada. En una votación de 4 a 3, el TEDH no encontró ninguna violación de los arts. 9 o 14 CEDH, porque no había habido una restricción al libre ejercicio de la religión y el solicitante no había sido presionado para cambiar sus creencias.

Por otra parte, es muy interesante la opinión en disenso en ese caso, la que entendió que sí hubo violación a los derechos del solicitante. Según la opinión minoritaria, las autoridades italianas no adoptaron las medidas razonables necesarias para garantizar el derecho del solicitante a la libertad de religión con arreglo al art. 9. Los magistrados basaron su opinión en el hecho de que “se cumplían las condiciones para intentar llegar a una acomodación razonable de

---

<sup>58</sup> Ibid., para. 39. [“Where the employee then seeks to rely on a particular exemption, it is not oppressive or in fundamental conflict with freedom of conscience to require some level of substantiation when that claim concerns a privilege or entitlement not commonly available and, if that substantiation is not forthcoming, to reach a negative conclusion”].

<sup>59</sup> European Court of Human Rights, *El Morsli v. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117860> HUDOC (2008).

<sup>60</sup> European Court of Human Rights, *Bayrak v. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93698> HUDOC (2009); European Court of Human Rights, *Gammaleldyn v. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93699> HUDOC (2009); European Court of Human Rights, *Ghazal v. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93700> HUDOC (2009); European Court of Human Rights, *Jasvir Singh v. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93701> HUDOC (2009); European Court of Human Rights, *Ranjit Singh v. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93702> HUDOC (2009); European Court of Human Rights, *Aktas v. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93697> HUDOC (2009).

<sup>61</sup> European Court of Human Rights, *Case of Francesco Sessa v. Italy*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110174> HUDOC (2012).

ISSN 0719-7160

la situación, es decir, una que no impusiera una carga desproporcionada a las autoridades judiciales”<sup>62</sup>.

Para llegar a esa conclusión, se basaron en la jurisprudencia del TEDH que considera que el control de la proporcionalidad exige que “al elegir entre varios medios posibles para alcanzar el objetivo legítimo perseguido, [uno] debe optar por la medida menos restrictiva de los derechos y libertades”. Por lo tanto, “buscar una acomodación razonable de la situación en cuestión puede, en algunas circunstancias, constituir un medio menos restrictivo para lograr el objetivo perseguido”<sup>63</sup>.

En *Jakobski c. Polonia*,<sup>64</sup> el Tribunal reconoció una obligación *de facto* de realizar acomodaciones en prisión basadas en las necesidades dietarias de las personas con ciertas creencias religiosas. En *Glor c. Suiza*,<sup>65</sup> el TEDH aplicó nuevamente la lógica de la acomodación razonable, desarrollando los argumentos del caso *Thlimmenos*, pero en relación al campo de la discapacidad y no de la religión. En cuanto a las diferencias religiosas, la Corte continuó apoyándose en el margen de apreciación de los estados, evitando la identificación de un deber de acomodación razonable para las personas religiosas en el trabajo. Es posible, sin embargo, que el caso *Eweida c. Reino Unido*<sup>66</sup> pueda significar un punto de inflexión hacia la aplicación de un test de proporcionalidad más efectivo en este campo<sup>67</sup>.

En *Eweida*, el TEDH se aparta de los precedentes relacionados a los reclamos de una acomodación razonable en el lugar de trabajo sobre la base de la religión. Como se ha visto, la doctrina tradicional tanto de la ComEDH como del TEDH sobre el tema ha sido que el conflicto entre los requerimientos laborales del empleador y la libertad religiosa del empleado pueden ser resueltos por la simple renuncia al trabajo del último.

En cambio, en *Eweida* el TEDH sostiene que,

---

<sup>62</sup> Ibid. [del voto conjunto en disenso, parr. 10]. [“...the conditions were met for attempting to reach a reasonable accommodation of the situation, that is to say, one that did not impose a disproportionate burden on the judicial authorities”]

<sup>63</sup> Ibid. [del voto conjunto en disenso, parr. 9]. [“...when choosing between several possible means of achieving the legitimate aim pursued, (one) must opt for the measure that is least restrictive of rights and freedoms”. Therefore, “seeking a reasonable accommodation of the situation in issue may, in some circumstances, constitute a less restrictive means of achieving the aim pursued”].

<sup>64</sup> European Court of Human Rights, *Case of Jakóbski V. Poland*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102121> HUDOC (2010).

<sup>65</sup> European Court of Human Rights, *Case of Glor V. Switzerland*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92525> HUDOC (2009).

<sup>66</sup> European Court of Human Rights, *Case of Eweida and Others v. the United Kingdom*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115881> HUDOC (2013).

<sup>67</sup> Miguel Rodríguez-Piñero, "Prólogo," in *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, ed. María Elósegui Itxaso (Cizur Menor: Aranzadi, 2013), 33.

“Dada la importancia que tiene en una sociedad democrática la libertad de religión, el Tribunal considera que cuando un individuo se queja de una restricción a la libertad de religión en el lugar de trabajo, en vez de considerar que la posibilidad de cambiar de trabajo negaría la existencia de cualquier interferencia con el derecho, el mejor enfoque sería sopesar esa posibilidad en el balance general al considerar si la restricción era o no proporcional”<sup>68</sup>.

Por lo tanto, la decisión en *Eweida* significa restringir en ciertos casos el margen de apreciación de los estados, aplicando en su lugar un criterio de escrutinio más estricto. Aunque el caso concernía a una compañía privada, el estado tenía la obligación de asegurar que los ciudadanos dentro de su jurisdicción puedan gozar plenamente del derecho a la igualdad y libertad religiosa<sup>69</sup>. En este sentido, el TEDH dejó abierta la puerta para un posterior desarrollo mayor del deber de acomodación razonable con base en la religión.

#### 4. Límites a la acomodación razonable: en busca de un estándar de aceptación para las peticiones de acomodación.

Uno de los principales desafíos para la acomodación para las prácticas religiosas en los lugares de trabajo radica en el peligro de la "caja de Pandora". Este argumento se utiliza para oponerse a las políticas de acomodación razonable en otras regiones<sup>70</sup>, y es lógico esperar que también se utilice en Latinoamérica. Esto conduce a la cuestión de los límites del deber de acomodación, un problema particularmente difícil cuando se trata de acomodarse a las prácticas religiosas en el lugar de trabajo<sup>71</sup>. En otras palabras, es válido preguntarse cuánto alojamiento se debe proporcionar para garantizar el derecho a la igualdad y la libertad religiosa, sin afectar indebidamente a otros derechos e intereses.

Estos límites tienden a caer dentro de los conceptos de “perjuicio excesivo” [*undue hardship*], “carga desproporcionada” [*disproportionate burden*] o “coerción excesiva” [*contrainte excessive*]. Diversos aspectos pueden tomarse en consideración para delinear esos límites, como ocurre con el costo de aplicar la acomodación requerida, la eficiencia del negocio, la

---

<sup>68</sup> Case of *Eweida and Others v. the United Kingdom* [ap. 83].

<sup>69</sup> María Elósegui Itxaso, "El caso *Eweida*: los acomodamientos razonables y el test de proporcionalidad en el TEDH," *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, no. 4 (2014): 112. El caso *Eweida* fue decidido en conjunto con otros tres casos. En *Ladele* y *McFarlane*, el TEDH consideró justificadas las interferencias al derecho de libertad religiosa. Dicho de otro modo, la acomodación no fue considerada razonable.

<sup>70</sup> Ver, por ejemplo, Lori Beaman, *Reasonable Accommodation: Managing Religious Diversity* (Vancouver: UBC Press, 2012), 66-67; and Veit Bader, Katayoun Alidadi, and Floris Vermeulen, "Religious Diversity and Reasonable Accommodation in the Workplace in Six European Countries: An Introduction," *International Journal of Discrimination and the Law* 13, no. 2-3 (2013): 6.

<sup>71</sup> Thomas, "'Reasonable accommodation' under Title VII: Is it reasonable to religious employee?," 165.

ISSN 0719-7160

perturbación del lugar de trabajo y la alteración de la producción, la igualdad en el tratamiento de los empleados, el tamaño de la empresa empleadora, la fungibilidad de la tarea de los empleados, y la duración y alcance de la acomodación.

Como regla general, debe tenerse presente que –como ya se ha mencionado–, la igualdad sustantiva no sólo es el objetivo de, sino también el límite al deber de acomodación razonable<sup>72</sup>. Es precisamente eso lo que hace que la acomodación sea razonable.

La noción de “perjuicio excesivo” [*undue hardship*] ha sido desarrollada tanto en Estados Unidos como en Canadá. No obstante, existen notables diferencias en el modo en que este concepto ha sido interpretado en ambos países.

#### 4.1 La noción de perjuicio excesivo en los Estados Unidos

La doctrina y la jurisprudencia estadounidense se han dedicado extensamente a la reflexión sobre los límites a la acomodación razonable, especialmente en relación al concepto de “perjuicio excesivo” [*undue hardship*].

En rigor de verdad, el perjuicio excesivo no es el único límite a la acomodación razonable. Cuando un caso de acomodación a las prácticas religiosas en el lugar de trabajo es presentado en los tribunales estadounidenses comienza un proceso que procura ofrecer como resultado un apropiado balance a los intereses en juego. Este proceso puede ser resumido de la siguiente manera: el actor tiene la carga de probar la viabilidad *prima facie* de su caso, es decir, que sea le ha negado una acomodación válidamente requerida. Para hacerlo, el actor debe demostrar una creencia religiosa *bona fide*; debe haber informado al empleador de esa creencia y que la misma entra en conflicto con alguno de los requerimientos laborales; y debe haber sido sometido a un tratamiento adverso como consecuencia. Probados tales extremos, la carga de la prueba se traslada al empleador, que debe demostrar que ha realizado esfuerzos de buena fe para acomodarse a las prácticas religiosas del empleado, pero que esto ha sido imposible sin que ello acarree un perjuicio excesivo<sup>73</sup>. Por lo tanto, si bien el perjuicio excesivo es probablemente el elemento clave en la mayoría de los casos, es sólo el último eslabón de una cadena de chequeos destinados a prevenir que en empleador se vea obligado a realizar acomodaciones irrazonables.

En lo que respecta al elemento de buena fe de las creencias del empleado, por ejemplo, si el tribunal considera que la creencia es falsa, el empleado queda inhabilitado para probar el resto de los extremos y, por lo tanto, la acomodación es desestimada<sup>74</sup>. Sin embargo, la capacidad de

---

<sup>72</sup> Henrard, "Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights: a closer look at the prohibition of discrimination, the freedom of religion and related duties of state neutrality," 63.

<sup>73</sup> Reinach, "Religious accommodation in post-9/11 America (minorities and the workplace)," 40.

<sup>74</sup> Thomas, "'Reasonable accommodation' under Title VII: Is it reasonable to religious employee?," 186.

este requisito para limitar una reclamación de acomodación no debe ser exagerada. Mientras la creencia religiosa sea sincera, los tribunales ordinariamente no harán más investigaciones al respecto. No se requiere participación ni obediencia a una iglesia establecida, ni la adhesión a ningún libro o autoridad que puedan parecer teológicamente correctos. A este respecto, la jurisprudencia estadounidense ha sido generosa con respecto a los reclamos de acomodación de la religión<sup>75</sup>.

En cuanto a la cuestión de la notificación, tradicionalmente se ha entendido que la obligación de acomodación comienza cuando un individuo comunica a su empleador la necesidad de una adaptación. Esto se debe a que la jurisprudencia ha reconocido que la acomodación razonable es un proceso cuyo inicio se deja en manos del empleado. Además, se ha dicho tratándose de acomodaciones, el trabajador tiene información que el empleador desconoce. Por ello, el empleador podría ser emboscado por un trabajador desleal que oculta intencionalmente la necesidad de una acomodación, por ejemplo con el objetivo de fabricar una demanda judicial<sup>76</sup>.

No obstante, este requisito ha sido fuertemente relativizado desde el reciente caso *d Abercrombie*. Allí, la Corte Suprema dictaminó que el conocimiento de la necesidad acomodación por parte de un candidato laboral no es indispensable para que el reclamo sea viable<sup>77</sup>. El tribunal declaró que “un empleador que actúa con el motivo de evitar la acomodación puede violar el Título VII, incluso si no tiene más que una sospecha infundada de que esa acomodación resultaría necesaria”<sup>78</sup>.

A pesar de la existencia de estos otros requisitos, el perjuicio excesivo [*undue hardship*] parece ser el concepto clave para determinar los límites de la acomodación razonable.

Como se ha mencionado, el término *undue hardship* apareció por primera vez en la legislación estadounidense en 1967, cuando la EEOC empezó a utilizarlo en sustitución del término “seria inconveniencia” [*serious inconvenience*] en las directrices sobre discriminación basada en la religión. Hasta entonces, el término había sido utilizado sólo en casos que involucraban miembros del jurado, deportación de extranjeros indocumentados y leyes estatales de urbanización, es decir casos que señalaban las dificultades individuales sufridas como resultado

---

<sup>75</sup> En *Thomas v. Review Board*, la Corte Suprema declaró que la objeción de un empleado a trabajar en la producción de armas militares por motivos religiosos estaba legalmente protegida, aunque la creencia era personal y no coincidía con las doctrinas enseñadas por su iglesia. United States Supreme Court, *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 US Reports (1981). Por supuesto, la verificación realizada por alguna autoridad eclesiástica simplifica la prueba de la *bona fide*.

<sup>76</sup> Olson, "A Hijab and a Hunch: Abercrombie and the Limits of Religious Accommodation," 144-46.

<sup>77</sup> Smith, "Supreme Court Bolsters Religious Discrimination Law," 9.

<sup>78</sup> Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc. ["...an employer who acts with the motive of avoiding accommodation may violate Title VII even if he has no more than an unsubstantiated suspicion that accommodation would be needed"]

ISSN 0719-7160

de la regulación gubernamental en una circunstancia particular y que requerían la intervención del poder judicial para obtener equidad<sup>79</sup>.

La Corte Suprema abordó la cuestión del *undue hardship* en el caso de *Hardison*. Allí, la Corte declaró que el pago regular de las horas extraordinarias a un empleado sustituto que cubriera el horario para un guardador del sábado sería un perjuicio excesivo. A juicio de la Corte, sólo se podría exigir al empleador un costo *de minimis*: "Requerir que TWA supere un costo *de minimis* para dar los sábados libres a Hardison es un perjuicio excesivo. Al igual que el abandono del sistema de antigüedad para exigir que TWA asuma costos adicionales cuando no se incurre en tales costos para dar a otros empleados los días libres que ellos quieren implicaría un trato desigual de los empleados sobre la base de la religión"<sup>80</sup>. Como Marshall señaló en su opinión en disenso, el costo de emplear un sustituto para Hardison hubiese ascendido a 450USD, una cantidad difícil de considerar un perjuicio excesivo para una empresa tan rica (en ese momento) como TWA<sup>81</sup>.

La Corte Suprema no ha abordado la cuestión del perjuicio excesivo [*undue hardship*] desde los casos *Hardison* y *Philbrook*. Por lo tanto, los tribunales inferiores han seguido esas normas durante las últimas décadas<sup>82</sup>. Esto no ha cambiado con el caso reciente de *Abercrombie*, una decisión que, si bien se han ocupado de la acomodación para las prácticas religiosas en el trabajo, no abordó la cuestión del perjuicio excesivo.

Sin embargo, a veces los tribunales inferiores han logrado construir decisiones que parecen alejarse del estándar impuesto por la Corte Suprema. Morgan argumenta que muchos tribunales inferiores están fallando en favor de los empleados, posiblemente en violación del mandato restrictivo que deriva forzosamente del enfoque de *Hardison / Philbrook*, porque perciben la posición de la Corte como excesivamente gravosa para los derechos de los candidatos y empleados religiosos<sup>83</sup>. Por ejemplo, al conceder una acomodación para un guardador del

---

<sup>79</sup> Thomas, "'Reasonable accommodation' under Title VII: Is it reasonable to religious employee?," 179.

<sup>80</sup> *Trans World Airlines, inc v. Hardison* [de la opinión mayoritaria, redactada por el juez White].

<sup>81</sup> *Ibid.* [del voto en disidencia del juez Marshall] ["*To require TWA to bear more than a de minimis cost in order to give Hardison Saturdays off is an undue hardship. Like abandonment of the seniority system to require TWA to bear additional costs when no such costs are incurred to give other employees the days off that they want would involve unequal treatment of employees on the basis of religion*"].

<sup>82</sup> Blair, "Better Disabled than Devout? Why Title VII Has Failed to Provide Adequate Accommodations Against Workplace Religious Discrimination," 529.

<sup>83</sup> James F. Morgan, "In Defense of the Workplace Religious Freedom Act: Protecting the Unprotected without Sanctifying the Workplace," *Labor Law Journal* 56, no. 1 (2005): 71.

sábado, el Noveno Circuito declaró que “no hemos leído *Hardison* tan ampliamente como para prohibir todas las diferencias de trato [por causa de la religión]”<sup>84</sup>.

La interpretación de la Corte Suprema del concepto de “perjuicio excesivo” [*undue hardship*] como nada por encima de un costo *de minimis* ha sido casi universalmente criticada por los comentaristas legales estadounidenses. La principal objeción es que un estándar como ese restringe la interpretación de la ley a favor de los empleadores, oponiéndose así a la intención original de los legisladores. Según muchos expertos, este estándar de la Corte exime a los empleadores de su deber legal de acomodar cuando la dificultad resultante es menos que excesiva<sup>85</sup>. Como resultado, se ha producido un dramático debilitamiento de la obligación de acomodación previsto por la ley<sup>86</sup>.

Algunos estudiosos han sugerido que un umbral de “dificultad o gasto significativo” [*significant difficulty or expense*] sería preferible al estándar de *Hardison*. Además, se ha dicho que sería preferible la obligación de realizar una búsqueda afirmativa e interactiva de una mejor acomodación al estándar de *Philbrook*<sup>87</sup>.

La estrechez del enfoque de *Hardison* es más evidente cuando se compara la acomodación religiosa con la acomodación por discapacidad. Las disposiciones relativas a la primera han sido interpretadas estrechamente, mientras que las disposiciones relacionadas con la segunda han sido interpretadas de manera significativamente más amplia.

Bajo la Ley de Estadounidenses con Discapacidades (ADA, por sus siglas en inglés), los empleadores pueden rechazar también la provisión de una acomodación sobre una base del “perjuicio excesivo” [*undue hardship*]. Sin embargo, un costo *de minimis* no es suficiente para invocarlo, sino que el empleador debe probar una “dificultad o gasto significativo” [*significant difficulty or expense*]. Entre los factores que pueden ser considerados para determinar si hay un perjuicio excesivo se incluyen: (1) la naturaleza y costo de la acomodación; (2) los recursos financieros del negocio; (3) el tamaño total de la empresa, incluyendo el número y ubicación de las instalaciones; y (4) la operación del negocio, incluyendo la composición de su fuerza laboral<sup>88</sup>.

En el *leading case Barnett*, la Corte Suprema declaró que “por definición, cualquier ‘acomodación’ especial requiere que el empleador trate a un empleado con una discapacidad de

---

<sup>84</sup> United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *Kwasi Opuku-Boateng v. State of California et. al.*, 95 F.3d 1461 Federal Reports (1996). [“We have not read *Hardison* so broadly as to proscribe all differences in treatment”].

<sup>85</sup> Alan Schuchman, “The Holy and the Handicapped: An Examination of the Different Applications of the Reasonable Accommodation Clauses in Title VII and the ADA,” *Indiana Law Journal* 73, no. 2 (1998): 761.

<sup>86</sup> *Ibid.*, 752.

<sup>87</sup> Olson, “A Hijab and a Hunch: *Abercrombie* and the Limits of Religious Accommodation,” 159.

<sup>88</sup> Blair, “Better Disabled than Devout? Why Title VII Has Failed to Provide Adequate Accommodations Against Workplace Religious Discrimination,” 530-35.

ISSN 0719-7160

manera diferente, es decir, preferentemente”<sup>89</sup>. En opinión de la Corte, las reglas neutrales serían de poca ayuda para los empleados que necesitan una acomodación. Sobre esta base, los tribunales se han mostrado reacios a admitir la defensa del perjuicio excesivo alegada por los empleadores que se enfrentan a mayores costos, interrupción y otros problemas al tratar de acomodarse a un trabajador discapacitado. Esto contrasta con la acomodación en materia de religión, donde a veces incluso un pequeño costo, interrupción o inconveniente para el empleador es considerada excesiva<sup>90</sup>.

A pesar de las divergencias de la Corte en la interpretación del “perjuicio excesivo” [*undue hardship*], la acomodación para las personas religiosas y la acomodación para las personas con discapacidad no son tan diferentes. De hecho, la discriminación religiosa y la discriminación basada en la discapacidad se tratan de manera diferente a otras categorías de discriminación en el lugar de trabajo. En ambos casos, la discriminación raramente es intencional. En otras palabras, las personas discapacitadas y las personas de fe generalmente no son discriminadas *por causa* de su discapacidad o por su religión, sino por razones económicas.

Por esta razón, se ha sugerido que los mismos criterios deberían aplicarse a ambos tipos de requerimientos de acomodación, en particular cuando se trata de evaluar un posible perjuicio excesivo para el empleador. En ese sentido, el enfoque de la ADA podría ser un mejor modelo para las acomodaciones a la religión en el lugar de trabajo<sup>91</sup>.

El Congreso de los Estados Unidos advirtió que la interpretación restrictiva realizada por la Corte Suprema debilitaba la protección a los trabajadores con creencias religiosas, cuando estas entran en conflicto con las exigencias de sus empleadores. En 1994, se introdujo la Ley de Libertad Religiosa en el Lugar de Trabajo (WRFA, por sus siglas en inglés) para enmendar la Sección 701 (j) de la Ley de Derechos Civiles de 1964, proporcionando claridad a la definición de “perjuicio excesivo” [*undue hardship*]. La enmienda propone un modelo similar al de la ADA. Dice: “En esta subsección, el término ‘perjuicio excesivo significa una acomodación que implica una dificultad o gasto significativo’”<sup>92</sup>.

La WRFA también identifica los tres factores para medir el perjuicio excesivo como: (i) el costo identificable de la acomodación; (ii) los recursos financieros totales y el tamaño del empleador involucrado; y (iii) para el empleador con ubicaciones múltiples, la separación geográfica o la

---

<sup>89</sup> United States Supreme Court, *US Airways, Inc. v. Barnett*, 535 US 391 US Reports (2002). [“...by definition any special ‘accommodation’ requires the employer to treat an employee with a disability differently, i.e., preferentially”].

<sup>90</sup> Olson, “A Hijab and a Hunch: Abercrombie and the Limits of Religious Accommodation,” 157.

<sup>91</sup> Blair, “Better Disabled than Devout? Why Title VII Has Failed to Provide Adequate Accommodations Against Workplace Religious Discrimination,” 530.

<sup>92</sup> [“In this subsection, the term ‘undue hardship’ means an accommodation requiring significant difficulty or expense”].

relación administrativa o fiscal entre las instalaciones. Además, la enmienda se refiere a la definición de acomodación razonable: “A los efectos de determinar si un empleador ha cometido una práctica de empleo ilegal en virtud de este título al no proporcionar una acomodación razonable a la observancia o la práctica religiosa de un empleado, para que ser considerada razonable, la acomodación deberá eliminar el conflicto entre los requisitos de empleo y la observancia o práctica religiosa del empleado”<sup>93</sup>.

La propuesta, que no fue aprobada en ese momento, fue reintroducida en varios períodos subsecuentes. Aunque nunca se ha transformado en ley, es una demostración de la preocupación real por la reducción de la protección de los trabajadores con creencias religiosas en el lugar de trabajo.

#### 4.2 Noción de perjuicio excesivo [*undue hardship / contrainte excessive*] en Canadá

También en Canadá el deber de acomodación en el lugar de trabajo está limitado por el concepto de “perjuicio excesivo” (*contrainte excessive* en francés). La Corte Suprema introdujo ese límite en el caso *Simpsons-Sears*. Se refiere a dos tipos de criterios: los costos de la acomodación y la interferencia en la operación de las empresas. En el caso *Renaud*, en el que también estaban en juego los deberes del sindicato, la Corte añadió un tercer criterio: los derechos de los demás trabajadores<sup>94</sup>.

En este último caso, el Tribunal Supremo de Canadá rechazó explícitamente el criterio *de minimis* de la Corte Suprema de los Estados Unidos. A juicio de la Corte canadiense, “el criterio *de minimis* de *Hardison* prácticamente elimina el deber de acomodar”, y no es apropiado para Canadá, donde “se requiere más que un esfuerzo insignificante para satisfacer el deber de acomodar”<sup>95</sup>. La Corte además declaró que “el uso del término ‘excesivo’ infiere que alguna dificultad es aceptable. Se requiere más que un simple esfuerzo insignificante. La calificación de

---

<sup>93</sup> Thomas, "'Reasonable accommodation' under Title VII: Is it reasonable to religious employee?," 189. ["For purposes of determining whether an employer has committed an unlawful employment practice under this title by failing to provide a reasonable accommodation to the religious observance or practice of an employee, for an accommodation to be considered to be reasonable, the accommodation shall remove the conflict between employment requirements and the religious observance or practice of the employee"].

<sup>94</sup> Pierre Bosset, "Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable," in *Les Accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, ed. Myriam Jézéquel (Cowansville: Yvon Blais, 2007), 12.

<sup>95</sup> Supreme Court of Canada, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 SCR 970 Supreme Court Judgments, 984 (1992). ["The *Hardison de minimis* test virtually removes the duty to accommodate (...) more than mere negligible effort is required to satisfy the duty to accommodate"].

ISSN 0719-7160

que las medidas son razonables fue una forma alternativa de expresar el mismo concepto y es una cuestión de hecho que varía según las circunstancias del caso”<sup>96</sup>.

Según Bosset, el conjunto de tres criterios que deben tenerse en cuenta al analizar la existencia de “perjuicio excesivo” [*undue hardship*] (a saber, el costo del alojamiento, la interferencia en el funcionamiento de la empresa y los derechos de terceros) pueden identificarse como límites funcionales a la acomodación razonable. Por otra parte, existen límites sociales derivados de la necesidad de integrar el derecho a la igualdad y la libertad religiosa con otros derechos fundamentales. Estos límites serían el orden público social, los valores democráticos y el bienestar general<sup>97</sup>.

La Corte Suprema colocó otro límite al deber de acomodación razonable en el caso *Hutterian Brethren*<sup>98</sup>, donde declaró que esa noción no se aplica al Parlamento.

### 4.3 Noción de carga desproporcionada [*disproportionate burden*] en Europa

Puesto que hasta ahora el deber de acomodación razonable de las prácticas religiosas en el trabajo no ha sido plenamente establecido en Europa, no se puede hablar propiamente de límites a este deber. Sin embargo, en la medida en que ese concepto está ganando impulso, también lo hacen las opiniones sobre cuál debe ser el límite apropiado para el mismo.

La idea de “carga desproporcionada” [*disproportionate burden*] se ha utilizado en otros campos, por ejemplo en términos de acomodación razonable basada en la discapacidad. Es en cierto modo análogo al concepto norteamericano de “*unude hardship*” y “*contrainte excessive*”. Una reciente propuesta de directiva sobre la igualdad de trato de la Comisión Europea adopta el término “carga desproporcionada” como límite de la acomodación razonable<sup>99</sup>. Su art. 4 dispone que “en algunos casos pueden ser necesarias medidas individuales de acomodación razonable para garantizar el acceso efectivo de una persona discapacitada en particular”. Dicha acomodación no debería imponer una “carga desproporcionada” [*disproportionate burden*], considerando “el tamaño y los recursos de la organización, su naturaleza, el costo estimado, el

---

<sup>96</sup> Ibid., 972. [“...the use of the term ‘undue’ infers that some hardship is acceptable. More than a mere negligible effort is required. The qualification that the measures be reasonable was an alternate way of expressing the same concept and is a question of fact varying with the circumstances of the case”].

<sup>97</sup> Pierre Bosset, “Limites de l’accommodement raisonnable: le droit a-t-il tout dit?,” *Éthique publique* 9, no. 1 (2007): 166.

<sup>98</sup> Supreme Court of Canada, *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 SCR 567 Supreme Court Judgments (2009).

<sup>99</sup> Jane Wright, “European legal frameworks that respond to diversity and the need for institutional change: to what extent are the Canadian concept of “reasonable accommodation” and the European approach of “mutual accommodation” reflected in those frameworks? Which conceptual approach provides the better way forward in the European context?,” in *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, ed. Council of Europe, *Trends in social cohesion* (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010), 154.

ciclo de vida de los bienes y servicios y los posibles beneficios de un mayor acceso para las personas con discapacidades”<sup>100</sup>.

Esa idea también ha estado presente en la opinión disidente del mencionado caso *Sessa*. Allí, se consideró que existían las condiciones para un ajuste razonable porque “no imponía una carga desproporcionada” [*disproportionate burden*]<sup>101</sup>.

Por otra parte, lo que Bosset ha llamado “límites sociales” puede identificarse hasta cierto punto con el concepto de “margen de apreciación” de los estados<sup>102</sup>. El TEDH ha rechazado regularmente las solicitudes de acomodación religiosa fundamentándose en ese concepto. No obstante, como muestra *Eweida*, no se trata de un límite absoluto.

Adicionalmente, los tres criterios propuestos por Bosset dentro de los límites sociales de la acomodación razonable son en gran medida coherentes con los límites del derecho a la libertad religiosa que establece el CEDH: la seguridad pública; el orden público, la salud o la moral; y los derechos y libertades de los demás. Este último límite ha sido aplicado por el TEDH, por ejemplo, para rechazar la solicitud de acomodación en el caso *Sessa*, afirmando que “aun suponiendo que hubiese interferencia con los derechos del demandante en virtud del artículo 9 § 1, el Tribunal considera que estaba prescrito por ley, y justificada por motivos de protección de los derechos y libertades de los demás...”<sup>103</sup>.

#### 4.4 ¿Qué tipo de deber de acomodación razonable debería adoptarse en Latinoamérica?

En el sistema interamericano de derechos humanos, similar a lo que ocurre en el sistema europeo, las restricciones al derecho a la igualdad y a la libertad religiosa están sujetas únicamente a las limitaciones –prescritas por la ley– necesarias para proteger la seguridad pública, el orden, la salud o la moral o los derechos y libertades de los demás. En muchos sentidos, la interpretación final del alcance exacto de los deberes de acomodación razonable

---

<sup>100</sup> Commission of the European Communities, *Proposal for a Council Directive on Implementing the Principle of Equal Treatment between Persons Irrespective of Religion or Belief, Disability, Age or Sexual Orientation*. 2008/0140 (CNS). [“In some cases individual measures of reasonable accommodation may be necessary to ensure effective access for a particular disabled person. (Such accommodation should not impose a) disproportionate burden (considering ) the size and resources of the organization, its nature, the estimated cost, the life cycle of the goods and services, and the possible benefits of increased access for persons with disabilities”].

<sup>101</sup> Case of Francesco Sessa v. Italy, ap. 10 [del voto en disidencia]. [“...did not impose a disproportionate burden”].

<sup>102</sup> Elósegui Itxaso, “El caso Eweida: los acomodamientos razonables y el test de proporcionalidad en el TEDH,” 108-09.

<sup>103</sup> Case of Francesco Sessa v. Italy. ap. 38 [“...even supposing that there was interference with the applicant’s rights under Article 9 § 1, the Court considers that it was prescribed by law, was justified on grounds of the protection of the rights and freedoms of others...”].

ISSN 0719-7160

depende de los tribunales<sup>104</sup>. En esa tarea, los jueces deben tener en cuenta que la protección efectiva de los derechos de igualdad y libertad religiosa requiere que se persiga una igualdad sustantiva. Ese es el objetivo de la acomodación razonable, y tal debe ser su límite.

El concepto de acomodación razonable genera una obligación real y positiva para los empleadores de asegurar una igualdad sustancial de oportunidades para sus empleados<sup>105</sup>. No se basa en la generosidad del empleador (como a veces se ha sugerido)<sup>106</sup>, sino en el reconocimiento de la dignidad inherente de cada ser humano, independientemente de su religión o sus creencias.

El espíritu de la acomodación razonable es compeler al empleador para que haga un esfuerzo por resolver el conflicto entre la práctica religiosa de uno de sus empleados y un requisito del empleo. Si esa solución no pudiera ser alcanzada fácilmente, tanto el derecho del empleador como el del empleado deberían ser equilibrados<sup>107</sup>. Por lo tanto, una interpretación demasiado estrecha, que en la práctica impide que los empleados con una fe religiosa puedan reconciliar sus creencias con los requisitos de trabajo, no puede ser considerada una solución adecuada. Como el juez Marshall sugirió en su voto disidente en *Philbrook*, si no resuelve completamente el conflicto del empleado, entonces no es una acomodación razonable. Por otro lado, una interpretación restringida (como el estándar *de minimis* de *Hardison*) envía el mensaje implícito de que las creencias y prácticas religiosas son de mínimo valor en el lugar de trabajo<sup>108</sup>.

## 5. Fuentes de la acomodación razonable: ¿es necesario que exista una previsión legislativa?

En Latinoamérica la acomodación razonable por motivos religiosos es un concepto relativamente nuevo, que hasta ahora ha sido considerado y discutido como una consecuencia del derecho a la libertad religiosa<sup>109</sup>. Si bien eso puede ser correcto, el deber de acomodación para las prácticas religiosas también deriva del derecho a la igualdad. Como se explica enseguida, esta es

---

<sup>104</sup> Henrard, "Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights: a closer look at the prohibition of discrimination, the freedom of religion and related duties of state neutrality," 66.

<sup>105</sup> Jackson Preece, "Emerging standards of reasonable accommodation towards minorities in Europe?," 111.

<sup>106</sup> Olson, "A Hijab and a Hunch: Abercrombie and the Limits of Religious Accommodation," 156.

<sup>107</sup> Thomas, "'Reasonable accommodation' under Title VII: Is it reasonable to religious employee?," 191.

<sup>108</sup> *Ibid.*, 192.

<sup>109</sup> Juan G. Navarro Flórida "El Derecho a La Objeción De Conciencia a Partir De Una Oportuna Sentencia En Materia Laboral." *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión* 1, no. 1 (2015): 12-13. El autor también vincula el deber de acomodación razonable con el deber de no dañar a otros.

probablemente una de las claves para el desarrollo del concepto de acomodación razonable en Latinoamérica.

## 5.1 ¿Puede la acomodación razonable ser adoptada por países de la familia del derecho continental europeo?

Una cuestión que probablemente se plantee de inmediato ante una posible aplicación del concepto de acomodación razonable en Latinoamérica es la falta de una disposición legal específica. Todos los países de Latinoamérica pertenecen a la familia del derecho continental europeo (o familia del derecho civil), por lo que la fuente legislativa es primordial, mientras que la posibilidad de creación judicial es limitada. La acomodación razonable, por su parte, es un producto típico del sistema judicial, algo propio de la filosofía inductiva de la familia del derecho anglosajón (o de la *common law*). Además, tanto en Estados Unidos como en Canadá las leyes mismas establecen obligaciones legales de acomodación razonable para el gobierno y los empleadores.

Sin embargo, no debe exagerarse la importancia de las familias de derecho o los sistemas jurídicos, especialmente en estos días en que la globalización y el posmodernismo tienden a diluir esas diferencias. En este sentido, Quebec (una región con una tradición de derecho civil, pero donde la noción de acomodación razonable se desarrolló más que en cualquier otro lugar)<sup>110</sup> ejemplifica con claridad la posibilidad de adoptar conceptos "importados" de otros sistemas legales<sup>111</sup>.

Esta cuestión se ha planteado con respecto a la posible aplicación de la técnica de acomodación razonable en los países de Europa continental. Como ya se ha mencionado, hasta ahora ningún instrumento legal europeo exige explícitamente un deber de acomodación razonable por causas religiosas. Sin embargo, ese derecho podría derivarse de las disposiciones existentes sobre la no discriminación y la libertad religiosa<sup>112</sup>. Elósegui va aún más lejos: sugiere que no existe ningún obstáculo para la aplicación actual del deber de acomodación razonable en Europa (una posición de alguna manera cercana a la opinión disidente del TEDH en el caso *Sessa*). Esto se debe al

---

<sup>110</sup> María Elósegui Itxaso, *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, 1 ed. (Cizur Menor: Aranzadi, 2013): 39.

<sup>111</sup> En el mismo sentido, un precedente relevante de aplicación de la técnica de acomodación razonable en un país latinoamericano proviene de la Suprema Corte de Buenos Aires, en el ya mencionado caso *Belotto c. Asociación Bancaria*. Para un análisis del caso, véase Juan Martín Vives, "Acomodación razonable de la religión en el trabajo: un *sabbatarian case* en Argentina," *La Ley - Suplemento Constitucional* Feb., no. LA LEY2015-A, 294 (2015).

<sup>112</sup> Bribosia, Ringelheim, and Rorive, "Reasonable accommodation for religious minorities: a promising concept for European antidiscrimination law?," 150.

ISSN 0719-7160

paralelismo que existe entre la técnica la acomodación razonable y el ya aceptado principio de proporcionalidad, aplicado entre otros por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania<sup>113</sup>.

En la forma en que lo explica Alexy<sup>114</sup>, el principio de proporcionalidad consta de tres subprincipios: los de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. El primero de ellos excluye la adopción de medios que obstaculizan la realización de al menos un principio sin promover ningún principio u objetivo para el cual fueron adoptados. El subprincipio de necesidad implica preguntarse si hay medios menos intensamente interferentes e igualmente adecuados, que permitan mejorar la posición de uno sin generar costo para el otro. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere al concepto de equilibrio. De hecho, podría identificarse con la llamada Ley del Equilibrio, que establece: "Cuanto mayor sea el grado de falta de satisfacción o de detrimento de un principio, mayor será la importancia de satisfacer al otro"<sup>115</sup>.

Es cierto que los tribunales europeos se han mostrado reticentes a aplicar el principio de proporcionalidad cuando se trata de acomodarse a las prácticas religiosas. Sin embargo, un precedente seminal podría encontrarse en la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en aquel entonces llamado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) en el caso *Vivien Prais*<sup>116</sup>. El caso se refería al reclamo de un guardador del sábado contra el establecimiento de una fecha para un examen de competencia abierta en su día de reposo. La sentencia señala que el principio general de igualdad de trato implica que las instituciones europeas deben, en la medida de lo posible, adaptarse a las prácticas religiosas. Esta línea de argumentación, puesta de lado durante muchos años, fue retomada por el TEDH en la ya mencionada sentencia *Thlimmenos*<sup>117</sup>, un caso relativo a otro miembro de una minoría religiosa<sup>118</sup>.

El artículo 9 inc. 2 del CEDH establece que "La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las

---

<sup>113</sup> Elósegui Itxaso, "El caso Eweida: los acomodamientos razonables y el test de proporcionalidad en el TEDH," 113.

<sup>114</sup> Robert Alexy, "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality," *Ratio Juris* 16, no. 2 (2003): 135.

<sup>115</sup> *A theory of constitutional rights* (Oxford | New York: Oxford University Press, 2002), 102.

<sup>116</sup> European Court of Justice, *Vivien Prais v. Council of the European Communities*, InfoCuria (1976).

<sup>117</sup> Case of *Thlimmenos v. Greece*.

<sup>118</sup> De hecho, algunos estudiosos sostienen que en *Thlimmenos* el TEDH identifica efectivamente un deber *de facto* de acomodación razonable. Véase Henrard, "Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights: a closer look at the prohibition of discrimination, the freedom of religion and related duties of state neutrality," 68.

libertades de los demás”. Por lo tanto, una restricción a la libertad religiosa sólo está permitida si se prescribe por ley y se juzga necesaria en una sociedad democrática para lograr uno de los objetivos legítimos enumerados en la misma cláusula<sup>119</sup>. El TEDH ha aplicado un principio análogo a la proporcionalidad para interpretar el concepto de “necesario en una sociedad democrática”<sup>120</sup>.

Si bien el TEDH no se ha mostrado proclive a aplicar este concepto en términos del derecho a la libertad de religión (artículo 9 del CEDH), puede afirmarse que el deber de acomodación razonable deriva del principio de proporcionalidad. Esto se debe a que si existen varias disposiciones para lograr un objetivo legítimo, uno de las cuales consiste en un arreglo razonable para garantizar la libertad religiosa de los individuos afectados, esa disposición debería tener preferencia sobre otras que son más restrictivas con la libertad religiosa. Como resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad, una parte no siempre debe renunciar a sus derechos, sino que intentará alcanzarse soluciones armonizadas. Esta misma idea está detrás del concepto de acomodación razonable<sup>121</sup>.

En *Thlimmenos*, el TEDH modificó su jurisprudencia anterior sobre la interpretación del derecho a la igualdad en virtud del artículo 14 del CEDH. Hasta entonces, el principio de no discriminación había sido interpretado como la prohibición de tratar de manera diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas en circunstancias similares<sup>122</sup>. En el caso *Thlimmenos*, el TEDH identifica otro aspecto del principio de no discriminación: el derecho, en algunas circunstancias, a ser tratado de manera diferente. El Tribunal sostuvo que “el derecho a no ser discriminado en el goce de los derechos garantizados por la Convención también se viola cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, omiten tratar de manera diferente a las personas cuyas situaciones son significativamente diferentes”<sup>123</sup>. Además, el TEDH estableció que se puede pedir a un Estado que modifique una regla general —es decir, que aplique las excepciones apropiadas— si es necesario para evitar ese tipo de trato discriminatorio. Como puede verse, este corolario se acerca mucho al deber de acomodación razonable. No obstante, después de *Thlimmenos* y durante muchos años, el TEDH no ha utilizado este argumento en relación con la libertad de religión o la discriminación basada en la religión. En esos casos, el TEDH ha dejado en general un amplio margen de apreciación a los Estados miembros.

---

<sup>119</sup> Una disposición similar podría encontrarse en los convenios internacionales aplicables a Latinoamérica, tal como el art. 12 §3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 18 §3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>120</sup> Bribosia, Ringelheim, and Rorive, "Reasonable accommodation for religious minorities: a promising concept for European antidiscrimination law?," 151.

<sup>121</sup> Elósegui Itxaso, "El caso Eweida: los acomodamientos razonables y el test de proporcionalidad en el TEDH," 115.

<sup>122</sup> Una interpretación que recuerda a la ofrecida por el la Corte Suprema de Argentina, como ya se ha mencionado.

<sup>123</sup> Case of *Thlimmenos v. Greece*, ap. 44.

ISSN 0719-7160

Aun así, algunos expertos europeos han argumentado que la adopción de la técnica de la acomodación razonable, derivada del principio general de igualdad, podría ser el siguiente paso lógico para el TEDH<sup>124</sup>. La decisión mencionada en el caso *Eweida* parece ir en esa dirección<sup>125</sup>.

Es interesante remarcar que esto no se diferencia de la forma en que los acontecimientos se dieron en Canadá, donde el deber de acomodación razonable fue introducido por primera vez por tribunales especializados en derechos humanos<sup>126</sup>. Posteriormente, en el ya citado caso *Simpsons-Sears*<sup>127</sup>, la Corte Suprema de Canadá confirmó ese deber y, finalmente, la ley fue modificada para incluirlo explícitamente<sup>128</sup>. En resumen, parece posible –como ha ocurrido en Canadá y al parecer está sucediendo ahora mismo en Europa– derivar un deber de acomodación razonable tanto del derecho a la libertad religiosa como del derecho a la igualdad<sup>129</sup>.

## 5.2 Acomodación razonable como herramienta para promover la igualdad y la libertad religiosa

En Estados Unidos y Canadá, los deberes de acomodación razonable se introdujeron originalmente como una forma de abordar la diversidad religiosa. En el primer país, como una derivación de la cláusula religiosa de la primera enmienda a la Constitución federal, y en el segundo en relación con el goce efectivo de la libertad de manifestar la propia religión. En Canadá, el alcance de la obligación de acomodarse a las prácticas religiosas es más amplio que en los Estados Unidos, donde sólo se garantiza en relación con el lugar de trabajo<sup>130</sup>.

Si bien un deber de acomodación razonable por razones religiosas puede derivarse del derecho a la libertad religiosa, el fundamento de ese deber en el derecho a la igualdad parece aún más prometedor. De hecho, se puede argumentar firmemente acerca de la imposibilidad de la existencia de completa libertad religiosa sin igualdad religiosa<sup>131</sup>.

---

<sup>124</sup> Henrard, "Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights: a closer look at the prohibition of discrimination, the freedom of religion and related duties of state neutrality," 61.

<sup>125</sup> Elósegui Itxaso, "El caso Eweida: los acomodamientos razonables y el test de proporcionalidad en el TEDH," 114.

<sup>126</sup> Bribosia, Ringelheim, and Rorive, "Reasonable accommodation for religious minorities: a promising concept for European antidiscrimination law?," 144-45.

<sup>127</sup> Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Limited.

<sup>128</sup> R.S.O. 1990 (Ontario) c H9I Article 11, 24.

<sup>129</sup> Bosset and Foblets, "Accommodating diversity in Quebec and Europe: different legal concepts, similar results?," 56.

<sup>130</sup> *Ibid.*, 44.

<sup>131</sup> Juan Martín Vives, "Igualdad religiosa y protección de las minorías en materia laboral," *Doctrina Judicial AR/DOC/1971/2014*(2014): 10.

En teoría, este vínculo entre el derecho a la igualdad y el deber de acomodación razonable por razones religiosas puede establecerse en los Estados Unidos, Canadá y Europa<sup>132</sup>. En los dos primeros casos, hay deberes explícitos de proteger la igualdad religiosa. En Europa, por otro lado, no existe una obligación tal. Sin embargo, los expertos han especulado sobre la existencia de un “derecho europeo de la igualdad” como corolario de un marco jurídico complejo para la protección de los derechos humanos. Esto es especialmente interesante para Latinoamérica, donde no existe un deber específico de igualdad religiosa, pero sí hay una estructura general de derechos humanos en muchos aspectos similar a la europea.

Según Jackson Preece<sup>133</sup>, este “derecho europeo a la igualdad” está constituido por normas de igualdad y no discriminación presentes en una amplia gama de normativas europeas y normativas en materia de derechos humanos. Esta obligación puede resumirse como sigue:

- a) El derecho a la igualdad incluye tanto la igualdad procesal como la sustantiva;
- b) Hay una obligación de tratar de manera similar los casos parecidos, y de manera diferente los casos disímiles;
- c) La discriminación directa se produce cuando una persona es tratada de manera menos favorable que lo que otra ha sido, es, o podría ser tratada en una situación comparable;
- d) La discriminación indirecta se produce cuando una regla o medida de alcance general aparentemente neutra genera un efecto desproporcionadamente adverso contra un grupo particular, incluso aunque no haya intención discriminatoria;
- e) Si bien las estadísticas pueden ser pertinentes a la hora de evaluar el impacto de una medida o práctica supuestamente discriminatoria hacia un individuo o un grupo, no constituyen un requisito indispensable;
- f) Las alegaciones de discriminación indirecta desplazan la carga de la prueba al demandado, que debe demostrar que la diferencia de trato no es discriminatoria;
- g) Con el fin de eliminar o mitigar las condiciones que fomentan la discriminación contra un grupo desfavorecido en particular, pueden ser necesarias medidas positivas;
- h) Las medidas positivas sólo son justificables en la medida en que son específicas, proporcionadas y no generan una carga excesiva.

Esta serie de conclusiones extraídas del marco jurídico europeo puede extrapolarse sin grandes dificultades al sistema interamericano de derechos humanos. Como consecuencia, el principio general de igualdad proporciona una base sólida para sostener la existencia de un deber de

---

<sup>132</sup> Bribosia and Rovire, "Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe?"

<sup>133</sup> Jackson Preece, "Emerging standards of reasonable accommodation towards minorities in Europe?," 112-17.

ISSN 0719-7160

acomodación razonable por razones religiosas<sup>134</sup>, incluso en ausencia de un mandato legislativo explícito en ese sentido. Como se ha mencionado, en Canadá los tribunales introdujeron por primera vez la noción de acomodación razonable como una derivación de los principios de igualdad y no discriminación. En opinión de la Corte Suprema de Canadá, los deberes de acomodación razonable son un componente natural del derecho a la igualdad de trato<sup>135</sup>. Una vez más, como en el caso de *Vivien Prais*, la decisión *Simpsons-Sear* se refería a un miembro de una minoría religiosa en el lugar de trabajo.

### 5.3 Acomodación razonable como trato diferenciado para prevenir la discriminación indirecta

Si se adhiere a la idea de que el principio de no discriminación incluye tanto las nociones procedimentales de igualdad cuanto las sustantivas, puede ser necesario algún tipo de tratamiento diferenciado para abordar la discriminación indirecta. Estos deberes de trato diferenciado son consistentes, en cierta medida, con las obligaciones canadienses y estadounidenses de adaptación razonable<sup>136</sup>.

Al igual que los deberes de adoptar un trato diferenciado en general, los deberes de acomodación razonable también pueden estar relacionados con la prohibición de la discriminación indirecta. En términos generales, la acomodación razonable es una técnica para abordar la discriminación indirecta. Sin embargo, ambos conceptos no deben confundirse. La noción de discriminación indirecta identifica las normas o medidas de aplicación general que son aparentemente neutras, pero en la práctica provocan un impacto negativo desproporcionado en algunos grupos particulares. La acomodación razonable, por su parte, consiste en un ajuste a una regla general que permite a un individuo disfrutar de las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás.

---

<sup>134</sup> Henrard, "Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights: a closer look at the prohibition of discrimination, the freedom of religion and related duties of state neutrality," 62.

<sup>135</sup> Dice el tribunal que "para este caso la respuesta está en el Código de Derechos Humanos de Ontario, su propósito y sus disposiciones generales. El Código otorga el derecho a no ser objeto de discriminación en el empleo. Si bien ningún derecho puede ser considerado como absoluto, un corolario natural para el reconocimiento de un derecho debe ser la aceptación social de un deber general de respetar y actuar dentro de la razón para protegerlo. En cualquier sociedad, los derechos de uno inevitablemente entrarán en conflicto con los derechos de los otros. Es obvio entonces que todos los derechos deben ser limitados en el interés de preservar una estructura social en la cual cada derecho pueda recibir protección sin interferencia indebida de los demás". *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Limited*, 554. ["...for this case the answer lies in the Ontario Human Rights Code, its purpose, and its general provisions. The Code accords the right to be free from discrimination in employment. While no right can be regarded as absolute, a natural corollary to the recognition of a right must be the social acceptance of a general duty to respect and to act within reason to protect it. In any society the rights of one will inevitably come into conflict with the rights of others. It is obvious then that all rights must be limited in the interest of preserving a social structure in which each right may receive protection without undue interference with others"].

<sup>136</sup> Ast, "European legal frameworks responding to diversity and the need for institutional change. Indirect discrimination as a means of protecting pluralism: challenges and limits," 90.

Como puede verse, los dos conceptos están dirigidos en última instancia a lograr la igualdad sustantiva. Sin embargo, mientras que la discriminación indirecta tiende a identificar y corregir la discriminación injusta contra un grupo desfavorecido, la acomodación razonable puede o no focalizarse en un grupo. En otras palabras, la acomodación razonable puede ser una herramienta eficaz para proteger a un individuo, independientemente de cualquier dimensión colectiva. Además, a diferencia de la discriminación indirecta, la acomodación razonable no funciona sobre la base de una categoría particular de diferenciación (por ejemplo, raza, género o religión), sino sobre la base del principio general de igualdad. De cualquier modo, resulta evidente que la acomodación razonable también es un instrumento eficaz para aliviar la situación de los grupos estructuralmente desfavorecidos (como las minorías religiosas), pero su alcance va todavía más allá.

## 6. Conclusiones

El concepto de acomodación razonable es una herramienta prometedora para la solución de controversias relacionadas con las prácticas religiosas en el lugar de trabajo en Latinoamérica. Por supuesto, se requieren estudios más profundos para determinar la viabilidad de la aplicación de este concepto a la ley específica de cada país. Sin embargo, no parece haber problemas en la aplicación de este concepto a los países del sistema continental europeo (o derecho civil), como lo demuestra el razonamiento de los expertos y algunos precedentes judiciales en Europa continental.

En los últimos tiempos se observan algunas indicaciones de que los tribunales tienen un enfoque más sensible a las demandas de las minorías religiosas en el lugar de trabajo. En algunos casos han comenzado a aplicar la noción de acomodación razonable (o conceptos similares). En mi opinión, este camino será mucho más fructífero si las decisiones se basan no sólo en el derecho a la libertad religiosa sino también en el derecho a la igualdad. Esto se debe a que la obligación de tomar medidas positivas surge de una combinación de ambos derechos, mientras que el mero derecho a la libertad religiosa se ha considerado a menudo como una obligación pasiva de abstenerse de obligar a los individuos en materia religiosa. Por otra parte, cuando se persigue la igualdad sustantiva, la discriminación indirecta se identifica fácilmente como un problema, y la acomodación razonable aparece como una de las posibles soluciones.

Como se ha demostrado en muchos casos, especialmente en los Estados Unidos y Europa, para ser “razonable” una acomodación tiene que ser eficaz, es decir, debe resolver el conflicto entre la obligación religiosa y la obligación laboral. Esto no significa que las reglas de trabajo siempre deben acomodarse a las prácticas religiosas de los empleados. Sin embargo, el concepto de acomodación razonable no puede ser vaciado de contenido y significado al permitir interpretaciones demasiado estrechas que consideren irrazonable cualquier acomodación.

ISSN 0719-7160

En resumen, el objetivo es reconocer el derecho de todos los individuos a practicar su religión en un marco de igualdad. No una igualdad meramente formal, sino una igualdad sustantiva.

En última instancia, el derecho a no ser discriminado por motivos religiosos es una parte inseparable del derecho a la libertad religiosa reconocido por todos los tratados internacionales de los que los países latinoamericanos son parte.

## Bibliografía

Alexy, Robert. "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality." *Ratio Juris* 16, no. 2 (2003): 131-40.

———. *A theory of constitutional rights*. Oxford | New York: Oxford University Press, 2002.

Alidadi, Katayoun. "Reasonable accommodations for religion and belief: adding value to Article 9 ECHR and the European Union's anti-discrimination approach to employment?(European Convention on Human Rights)." *European Law Review* 37, no. 6 (2012): 693-715.

Amestoy, Norman Rubén. "Ideas para repensar la historia del cristianismo en América latina." *Teología y cultura* 12, no. 7 (Diciembre 2010).

Ast, Frédérique. "European legal frameworks responding to diversity and the need for institutional change. Indirect discrimination as a means of protecting pluralism: challenges and limits." In *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, edited by Council of Europe. Trends in social cohesion, 85-110. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010.

Bader, Veit, Katayoun Alidadi, and Floris Vermeulen. "Religious Diversity and Reasonable Accommodation in the Workplace in Six European Countries: An Introduction." *International Journal of Discrimination and the Law* 13, no. 2-3 (2013): 54-82.

Beaman, Lori. *Reasonable Accommodation: Managing Religious Diversity*. Vancouver: UBC Press, 2012.

Beckford, James A. *Social theory and religion*. Cambridge - New York: Cambridge University Press, 2003.

Blair, Keith. "Better Disabled than Devout? Why Title VII Has Failed to Provide Adequate Accommodations Against Workplace Religious Discrimination." *Arkansas Law Review* 63 no. 3 (2010): 515

Bosset, Pierre. "Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable." In *Les Accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, edited by Myriam Jézéquel. Cowansville: Yvon Blais, 2007.

———. "Limites de l'accommodement raisonnable: le droit a-t-il tout dit?". *Éthique publique* 9, no. 1 (2007).

Juan Martín Vives: *La Acomodación Razonable para la religión en el lugar de trabajo en EE.UU., Canadá y Europa.*

*Lecciones de esa experiencia aplicables al ámbito latinoamericano.*

Bosset, Pierre, and Marie-Claire Foblets. "Accommodating diversity in Quebec and Europe: different legal concepts, similar results?". In *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, edited by Council of Europe. Trends in social cohesion, 37-66. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010.

Bribosia, Emmanuelle, Julie Ringelheim, and Isabelle Rovire. "Reasonable accommodation for religious minorities: a promising concept for European antidiscrimination law?". *Maastricht journal of European and comparative law* 17, no. 2 (2010): 137-61.

Bribosia, Emmanuelle, and Isabelle Rovire. "Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe?" In *European Network of Legal Experts in the Non-discrimination field: Directorate-General for Justice*. European Commission, 2013.

Cervantes-Ortiz, Leopoldo, "Protestantismo, protestantismos e identidad en América Latina y en México" *Graffylia: Revista de la Facultad de Filosofía y Letras*, no. 2 (2003)

Council of European Union, *Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation*. Official Journal L 303 , 02/12/2000 P. 0016 – 0022.

Elósegui Itxaso, María. "El caso Eweida: los acomodamientos razonables y el test de proporcionalidad en el TEDH." *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, no. 4 (// 2014): 105-24.

———. *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*. 1 ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2013.

Flake, Dallan F. "Image is everything: corporate branding and religious accommodation in the workplace." [In English]. *University of Pennsylvania Law Review* 163, no. 3 (2015).

Foblets, Marie-Claire, and Katie Alidadi. "Religious Diversity and Secular Models in Europe: Innovative Approaches to Law and Policy." In *Summary Report on the RELIGARE Project*: K.U. Leuven, 2013.

Frigerio, Alejandro, and Hilario Wynarczyk. "Diversidad no es lo mismo que pluralismo: cambios en el campo religioso argentino (1985-2000) y lucha de los evangélicos por sus derechos religiosos." *Sociedade e Estado* 3, no. 2 (2008): 227-60.

Henrard, Kristin. "Duties of reasonable accommodation in relation to religion and the European Court of Human Rights: a closer look at the prohibition of discrimination, the freedom of religion and related duties of state neutrality." *Erasmus law review* 5, no. 1 (2012): 59-78.

Irureta Uriarte, Pedro. "Situación De Las Personas Que Prestan Servicios En Una Entidad Religiosa." *Revista Chilena de Derecho* 40, no. 2 (2013): 489-511.

Jackson Preece, Jennifer "Emerging standards of reasonable accommodation towards minorities in Europe?". In *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, edited by Council of Europe. Trends in Social Cohesion, 111-27. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010.

ISSN 0719-7160

Maclure, Jocelyn, and Charles Taylor. *Laicidad y libertad de conciencia*. Madrid: Alianza, 2011.

Meseguer Velasco, Silvia. "La cuestión de las prácticas religiosas en el ámbito laboral: La jurisprudencia de Estrasburgo." *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 144 (2015): 1035-61.

Morgan, James F. "In Defense of the Workplace Religious Freedom Act: Protecting the Unprotected without Sanctifying the Workplace." *Labor Law Journal* 56, no. 1 (Spring 2005): 68-81.

Navarro Floria, Juan G. "El Derecho a La Objeción De Conciencia a Partir De Una Oportuna Sentencia En Materia Laboral." *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión* 1, no. 1 (2015).

Olson, Walter. "A Hijab and a Hunch: Abercrombie and the Limits of Religious Accommodation." *Cato Supreme Court Review* 2014 (2014): 139-431.

Pew Forum on Religion & Public Life. "Religion in Latin America: Widespread Change in a Historically Catholic Region." Washington, D.C.: Pew Research Center, 2014.

Commission of the European Communities, *Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation*. 2008/0140 (CNS).

Rêgo Júnior, João Batista do. "Discriminação Por Motivos Religiosos: Limites Entre a Liberdade Religiosa E O Poder Diretivo Do Empregador." *Âmbito Jurídico* XVII, no. 125 (2014).

Reinach, Alan J. "Religious accommodation in post-9/11 America (minorities and the workplace)." *Employee Rights Quarterly* 2, no. 4 (2002): 36.

Rodríguez-Piñero, Miguel. "Prólogo." In *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, edited by María Elósegui Itxaso, 21-35. Cizur Menor: Aranzadi, 2013.

Santos Junior, Aloisio Cristovam dos. "Direito Fundamental À Liberdade Religiosa E Contrato De Trabalho: O dever De Acomodação Razoável No Direito Brasileiro", PUCRS, 2012.

Santos Loyola, Carlos Roberto "La Objeción De Conciencia Laboral Por Creencias Religiosas Y La Exigencia De Una «Acomodación Razonable» Ante Un Eventual Conflicto Con El Ius Variandi Del Empleador: Reflexiones a Partir De Una Sentencia Del Tribunal Constitucional." *Derecho y Sociedad* XV, no. 23 (2004)

Schuchman, Alan. "The Holy and the Handicapped: An Examination of the Different Applications of the Reasonable Accommodation Clauses in Title VII and the ADA." *Indiana Law Journal* 73, no. 2 (1998).

Smith, Allen. "Supreme Court Bolsters Religious Discrimination Law." *HR Magazine* 60, no. 6 (2015): 9-9.

Juan Martín Vives: *La Acomodación Razonable para la religión en el lugar de trabajo en EE.UU., Canadá y Europa. Lecciones de esa experiencia aplicables al ámbito latinoamericano.*

- Thomas, D. Brierton. "'Reasonable accommodation' under Title VII: Is it reasonable to religious employee?". *Catholic Lawyer* 42 (2002): 165-211.
- Vermeulen, Floris, and Veit Bader. "Reasonable accommodation of religious claims in Europe? Basic tensions and socio-legal debates." Online. [www.religareproject.eu](http://www.religareproject.eu): RELIGARE. Religious Diversity and Secular Models in Europe Innovative Approaches to Law and Policy, 2012.
- Vilar, Pierre. *Historia de España*. Biblioteca de bolsillo. 6ª ed. Barcelona: Crítica, 2010.
- United Nations. "Nota del Secretario General transmitiendo el reporte interino del Relator Especial sobre la libertad de religión o creencias, Heiner Bielefeldt." In *A/68/290*, 2013.
- Vives, Juan Martín. "Acomodación razonable de la religión en el trabajo: un *sabbatarian case* en Argentina." *La Ley - Suplemento Constitucional* Feb., no. LA LEY2015-A, 294 (2015).
- . "Igualdad religiosa y protección de las minorías en materia laboral." *Doctrina Judicial* AR/DOC/1971/2014 (2014).
- . "La «Acomodación Razonable» De Las Prácticas Religiosas En El Ámbito Laboral." *Revista Argentina de Derecho Constitucional* 12D (2012).
- Wright, Jane "European legal frameworks that respond to diversity and the need for institutional change: to what extent are the Canadian concept of "reasonable accommodation" and the European approach of "mutual accommodation" reflected in those frameworks? Which conceptual approach provides the better way forward in the European context? ." In *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society*, edited by Council of Europe. Trends in social cohesion. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010.

## Jurisprudencia

- Corte Suprema de la Nación Argentina. *Criminal c/ Olivar, Guillermo*, 16:118 Fallos (1875).
- . *Nuevo Banco Italiano c/ Municipalidad de la Capital*, 200:424 Fallos (1944).
- . *Santoro, Cayetano c/ Frias, Estela*, 124:122 Fallos (1916).
- European Commission of Human Rights. *Konttinen v. Finland*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-3379> HUDOC (1996).
- . *Stedman v. the United Kingdom*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-3620> HUDOC (1997).
- European Court of Human Rights. *Aktas v. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93697> HUDOC (2009).
- . *Bayrak v. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93698> HUDOC (2009).

ISSN 0719-7160

- . *Case of Eweida and Others v. the United Kingdom*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115881> HUDOC (2013).
- . *Case of Francesco Sessa v. Italy*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110174> HUDOC (2012).
- . *Case of Glor V. Switzerland*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92525> HUDOC (2009).
- . *Case of Jakóbski V. Poland*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102121> HUDOC (2010).
- . *Case of Kosteki v. "The former Yugoslav Republic of Macedonia"*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-73342> HUDOC (2006).
- . *Case of Thlimmenos v. Greece*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115881> HUDOC (2000).
- . *Dahlab v. Switzerland*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22643> HUDOC (2001).
- . *El Morsli v. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117860> HUDOC (2008).
- . *Gamaledyn v. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93699> HUDOC (2009).
- . *Ghazal v. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93700> HUDOC (2009).
- . *Jasvir Singh v. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93701> HUDOC (2009).
- . *Ranjit Singh v. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93702> HUDOC (2009).
- European Court of Justice. *Vivien Prais v. Council of the European Communities*, InfoCuria (1976).
- Suprema Corte de Buenos Aires. *Belotto, Rosa E. contra Asociación Bancaria (S.E.B.)* Unpublished (2014).
- Supreme Court of Canada. *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 SCR 567 Supreme Court Judgments (2009).
- . *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 SCR 970 Supreme Court Judgments (1992).
- . *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Limited*, [1985] 2S.C.R. 536 Supreme Court Reports (1985).
- United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *Kwasi Opuku-Boateng v. State of California et. al.*, 95 F.3d 1461 Federal Reports (1996).
- United States Supreme Court. *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479 U.S. 60 US Reports (1986).
- . *Dewey v. Reynolds Metals Co.*, 402 US 689 US Reports (1971).
- . *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 US Reports (1990).
- . *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 U.S. \_US Reports (2015).

Juan Martín Vives: *La Acomodación Razonable para la religión en el lugar de trabajo en EE.UU., Canadá y Europa. Lecciones de esa experiencia aplicables al ámbito latinoamericano.*

———. *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 US Reports (1981).

———. *Trans World Airlines, inc v. Hardison*, 432 U.S. 63 US Reports (1977).

———. *US Airways, Inc. v. Barnett*, 535 US 391 US Reports (2002).