

ACOSO, ACOSO POR RAZÓN DE SEXO Y ACOSO DISCRIMINATORIO, ¿TRES DENOMINACIONES PARA UNA MISMA COSA?

M.^a ÁNGELES BUSTAMANTE RUANO

*Asesora Técnica
Licenciada en Derecho*

Extracto:

EL presente artículo aborda las relaciones existentes entre la regulación del acoso discriminatorio que se detallaba en el Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación con la regulación establecida en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Todo ello con la pretensión de seguir profundizando en claves que permitan detectar necesidades y proponer claves para el avance en Derecho antidiscriminatorio.

Palabras clave: acoso, acoso por razón de sexo, acoso discriminatorio, discriminación e igualdad efectiva.

HARASSMENT, HARASSMENT BECAUSE OF SEX AND DISCRIMINATORY HARASSMENT, THREE NAMES FOR THE SAME THING?

M.^a ÁNGELES BUSTAMANTE RUANO

*Asesora Técnica
Licenciada en Derecho*

Abstract:

THIS paper discusses the connection between the regulation of discriminatory harassment was detailed in the Draft Law on Equal Treatment Integral and Non-Discrimination with the regulations established by Law 62/2003 of 30 December related fiscal, administrative and social order and the Organic Law 3/2007 of 22 March related to effective equality between women and men.

All this with the pretension to continue penetrating into keys that allow to detect needs and to propose keys for the advance in antidiscriminatory Law.

Keywords: harassment, gender harassment, discriminatory harassment, discrimination and effective equality.

Sumario

1. Introducción.
2. Acoso, acoso por razón de sexo y acoso discriminatorio, ¿tres denominaciones para una misma cosa? Comparación terminológica.
 - 2.1. Las causas discriminatorias: diferencias y similitudes.
 - 2.2. Conducta no deseada, una aclaración (no) necesaria.
 - 2.3. El acoso, el acoso por razón de sexo y el acoso discriminatorio como discriminatorios.
3. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.
4. Legitimación.
5. Fomento y promoción de la igualdad y no discriminación en la negociación colectiva.
6. Una propuesta necesaria.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El fallido Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación (en adelante, Anteproyecto) tenía como objetivo en palabras de la propia ley *situar a España entre los Estados de nuestro entorno que cuentan con las instituciones, instrumentos y técnicas jurídicas de igualdad de trato y no discriminación más eficaces y avanzados. Tiene la vocación de convertirse en el mínimo común denominador normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad en la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas. En definitiva no es una Ley más de derechos sociales sino, sobre todo, de derecho antidiscriminatorio específico, que viene a dar cobertura a las que existen y a las que están por venir, ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas.*

Entre los propósitos de esta ley estaba también trasponer más adecuadamente la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Dichas directivas ya se transpusieron de manera parcial mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (en adelante, Ley 62/2003). Ello se realizó *sin un adecuado debate público en un ámbito que requiere sensibilización y visibilización pública, la repercusión social y política de sus deliberaciones y una tramitación parlamentaria significativa. Por otro lado, la trasposición fue objeto de un análisis crítico por parte de la Comisión Europea, las organizaciones sociales, y especialmente las de derechos humanos, proceso en el que se han generado una serie de propuestas de mejora. Por último, la trasposición se ha demostrado insuficiente e ineficiente a la hora de acometer los problemas relativos a la igualdad y la no discriminación de la sociedad española y en este tiempo, sobre todo en el actual contexto de crisis económica, algunos de los problemas que pretenden encarar las mencionadas Directivas se han agravado* (Exposición de Motivos II. Justificación de la ley, último párrafo).

La Ley 62/2003 incluye en su articulado la definición del acoso causal legal (BALLESTER, 2010). Concretamente se incluye en el artículo 28.1 d) *acoso: toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.* Así como también incluye otras previsiones y modificaciones al respecto. Ello se irá desentrañando a lo largo de este artículo.

2. ACOSO, ACOSO POR RAZÓN DE SEXO Y ACOSO DISCRIMINATORIO, ¿TRES DENOMINACIONES PARA UNA MISMA COSA? COMPARACIÓN TERMINOLÓGICA

Como primer paso necesario para discernir si los términos acoso, acoso por razón de sexo o acoso discriminatorio son sinónimos o no, se procede al análisis de las definiciones contenidas en el artículo 28.1 d) de la Ley 62/2003, en el artículo 7.2 y 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIEMH) y en el artículo 8 del Anteproyecto:

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres	Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación
<p>Artículo 28.1 d). Acoso:</p> <p>Acoso: toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.</p>	<p>Artículo 7.2 y 4. Acoso por razón de sexo:</p> <p>2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.</p> <p>4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.</p>	<p>Artículo 8. Acoso discriminatorio:</p> <p>Constituye acoso, a los efectos de esta Ley, cualquier conducta realizada en función de alguna de las causas de discriminación*, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, ofensivo o segregador.</p> <p>* <i>Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 2.1).</i></p>

2.1. Las causas discriminatorias: diferencias y similitudes

En una primera comparación se aprecia que en la definición del artículo 28.1 d) de la Ley 62/2003 no se incluye la causa sexo como integrante de la enunciación. Ello tiene directa relación con el contenido del artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación: *la presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.* Y también tiene relación directa con el contenido del artículo 1 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico: *la presente Directiva tiene por objeto establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el*

fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato. Es decir, el artículo 28.1 d) de la Ley 62/2003 se limita a transponer los motivos contemplados en ambos artículos de manera literal. Sin realizar ninguna ampliación de las causas que pueden ser motivo de acoso, sea por razón de sexo o por otras razones como las contempladas en el artículo 2.1 del Anteproyecto. Artículo al cual remite el artículo 8 del Anteproyecto en materia de acoso discriminatorio. Dichas causas son *nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua.* Por tanto, se pretendían ampliar los motivos de acoso utilizando una doble técnica. Por una parte, se añadían motivos explícitos como son el nacimiento, el sexo, la enfermedad, la lengua y la identidad sexual. Y, por otra parte, se emplea una fórmula directamente inspirada en el artículo 14 de la CE, *o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.* Todo ello nos permite afirmar que tal hecho tiene relación directa con el carácter integral (CGPJ, 2011) que la norma invocaba. En palabras del CGPJ con relación al carácter integral de los motivos de discriminación enunciados se señala que se toman *como referencia los que recoge el artículo 14 de la CE así como los contenidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), añadiendo los de enfermedad, identidad sexual y lengua y una cláusula abierta a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y a su pretensión de aplicación «en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social y singularmente en el empleo, el trabajo, la educación, la salud y los servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, la participación social o política y los medios de comunicación, estableciendo un conjunto de obligaciones que vinculan incondicionadamente a todas las Administraciones Públicas y en la forma que la propia Ley establece en el caso de las relaciones entre particulares».* Dicho planteamiento expansivo, a mi modo de ver, sigue siendo muy necesario. Puesto que las causas de discriminación son muchas y cambiantes, así como los ámbitos y los medios en los que se ejercen. Nótese que, por ejemplo, la Internet y el sinfín de posibilidades que proporciona hace unos pocos años eran impensables. Además a esta innegable realidad se añade el hecho de que todavía hoy se admiten como «normales» comportamientos, actitudes, comentarios, etc. manifiestamente discriminatorios por diferentes causas, en algunos casos multicausales. Pese a que dicho planteamiento expansivo sigue siendo muy apropiado, surgen unas divergencias en el ámbito laboral cuando comparamos las causas establecidas en el artículo 2.1 del Anteproyecto con las detalladas en el artículo 17 del ET *por razón de edad o discapacidad... por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.* Concretamente son dos cuestiones que señalamos a continuación: por una parte, se observa que no todas las causas fueron incluidas de manera literal en el Anteproyecto. Aunque en este caso no habría ninguna problemática puesto que las mismas se entenderían incluidas en *cualquier otra condición o circunstancia personal o social.* Por otra parte, se detectan dos denominaciones diferentes, para unas causas supuestamente equivalentes. Concretamente me refiero a la *orientación o identidad sexual* recogida en el Anteproyecto y a la *orientación o condición sexual* recogidas en el Estatuto de los Trabajadores. Los términos orientación sexual e identidad sexual están claramente conformados, en cambio el término condición presenta más dificultades: *La orientación sexual* (ALVENTOSA, 2008) *es, según la Asociación Americana de Psicología (APA), la atracción duradera hacia otra persona en el plano de lo emotivo, romántico, sexual o afectivo. El término hace, por tanto, referencia a los sentimientos de una persona y al objeto hacia el que está enfocados sus deseos.* La orientación sexual se dirige hacia personas del mismo sexo (homosexuales),

hacia personas de distinto sexo (heterosexuales) o indistintamente hacia personas del mismo sexo y de diferente sexo (bisexuales). La identidad sexual (ALVENTOSA, 2008), *por su parte, supone el sentimiento psicológico de ser hombre o mujer y con ello la adhesión a ciertas normas culturales relacionadas con el comportamiento femenino o masculino. Este concepto a su vez presupone otro concepto, el género, que se define como el conjunto de contenidos socioculturales que se dan a las características biológicas que diferencian a hombres y mujeres, estableciendo comportamientos, actitudes y sentimientos masculinos y femeninos. El contenido atribuido al género varía según el momento histórico y la sociedad en la que se establezca... hay personas en las que no concuerda el género y el sexo biológico. A esta situación se la llama transexualidad.* Para aproximarnos al posible concepto de condición sexual (PEÑARANDA, 2011) acudimos a las autoras PEÑARANDA ORTEGA y SELMA PENALVA. *La condición sexual vendría representada por una cualidad intrínseca al propio individuo, en tanto que alude a rasgos físicos, genéticos u hormonales: biológicos en definitiva... o bien como resultado de la relación del sujeto con el ambiente en que se encuentra envuelto... el concepto condición sexual presenta contornos más amplios e indeterminados...* Según dichas autoras, *el concepto de condición sexual podría venir destinado a amparar precisamente los supuestos en los que un trabajador pudiera sufrir una diferencia de trato derivada de uno de sus rasgos físicos o psíquicos vinculados, directa o indirectamente con su faceta sexual.* Como puede ser hechos basados en el pasado como el nacimiento con un sexo distinto, así como la intersexualidad actual (son personas cuya anatomía sexual no se identifica como de varón o de mujer). Está claro que las posibles dudas relativas a la divergencia terminológica pueden ser salvadas con la fórmula de *cualquier otra condición o circunstancia personal o social.* Aunque sería muy conveniente uniformar tales términos. Dicha uniformización debería pasar por una valoración práctica que ponderase la amplitud de supuestos que incluye uno y otro, asimismo por la propia acuñación del significado. Este hecho es necesario por ser coherente con la necesidad del carácter integral que dimana de las propias directivas y de la necesaria evolución del Derecho antidiscriminatorio en nuestro ordenamiento jurídico. Y también, como mecanismo de concreción del contenido a la no discriminación por dicha causa. No tiene mucho sentido que se cite una causa de manera explícita y que no se pueda alcanzar un mínimo de concreción respecto de su contenido.

Con relación a la inclusión de la causa sexo en el artículo 2.1 del Anteproyecto, cabe preguntarse si el acoso discriminatorio (por razón de sexo) es lo mismo que el acoso por razón de sexo. El acoso por razón de sexo se encuentra definido en el artículo 7.2 y 4 de la LOIEMH. *Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.* Además el *condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.* Y el acoso discriminatorio por razón de sexo incluido en el artículo 8 del Anteproyecto se define de la siguiente manera: *constituye acoso, a los efectos de esta Ley, cualquier conducta realizada en función de alguna de las causas de discriminación (en este caso el sexo), con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, ofensivo o segregador.* Si se procede a una lectura comparada se observa como el artículo 7.2 de la LOIEMH y el artículo 8 del Anteproyecto son muy similares; pero no son totalmente equivalentes como vamos a detallar a continuación:

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres	Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación
Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona	Constituye acoso cualquier conducta realizada en función de alguna de las causas de discriminación

En la LOIEMH se hace mención a *comportamientos*. Y, en cambio, el Anteproyecto se refería a *conductas*. Si consultamos el significado de uno y otro término en el Diccionario de la Real Academia Española (RAE, 22.ª ed.), encontramos que «conducta» es definida como la *manera con que los hombres se comportan en su vida y acciones*. Y también como *conjunto de las acciones con que un ser vivo responde a una situación*. Y «comportamiento» es definido como *manera de comportarse, portarse o conducirse*. En realidad, este aparente hecho diferencial no supone ninguna cuestión más a destacar. Porque ambos términos son empleados a menudo como sinónimos por parte de los tribunales (STC, Sala Segunda, Sentencia núm. 224/1999 de 13 diciembre. STC, Sala Segunda, Sentencia núm. 136/2001 de 18 de junio. STS, Sala de lo Social, Sección 1.ª, Sentencia de 30 de enero de 2008, entre otras) y de manera cotidiana en la propia sociedad. Si seguimos analizando ambos artículos se pueden apreciar otras diferencias y similitudes:

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres	Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación
... con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.	... con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, ofensivo o segregador.

En primer lugar, queda absolutamente configurado que tanto uno como otro atentan contra la dignidad de las personas que padecen dicho acoso. Dignidad entendida como el marco en el cual se desarrollan todos los derechos fundamentales. Esta referencia es muy importante porque el acoso por razón de sexo y el acoso discriminatorio (en este caso por razón de sexo también) son pluriofensivos. Porque atentan contra la igualdad, la integridad moral, la intimidad personal y familiar, la libertad y el derecho a la salud. Asimismo cuando se ejercen en el ámbito laboral atentan también contra la salud laboral, la seguridad y el derecho al trabajo. De todas formas es destacable que se le otorga un papel central a la vulneración del derecho a la igualdad en los casos de acoso por razón de sexo y acoso discriminatorio (por razón de sexo). Cuestión que deriva directamente de la inclusión de los mismos en la LOIEMH y en el Anteproyecto. En segundo lugar, nos encontramos con una divergencia de carácter lingüístico. Es decir, en el primer inciso del artículo se emplean términos diferentes. En el caso de la LOIEMH se indica *el propósito o el efecto de atentar* y en el Anteproyecto *el objetivo o la consecuencia de atentar*. Ello tiene su explicación en la transcripción literal de la terminología recogida en cada una de las directivas que inspiran fundamentalmente una y otra norma. La Directiva 2000/43/CE y la Directiva 2000/78/CE contemplan en sus artículo 2.3 literalmente que *tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona*. A su vez la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación de principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) en su artículo 2.1 c) señala que *con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona*. En tercer lugar, indicar que la definición de la LOIEMH y la definición del Anteproyecto tienen una importante diferencia cuando hacen

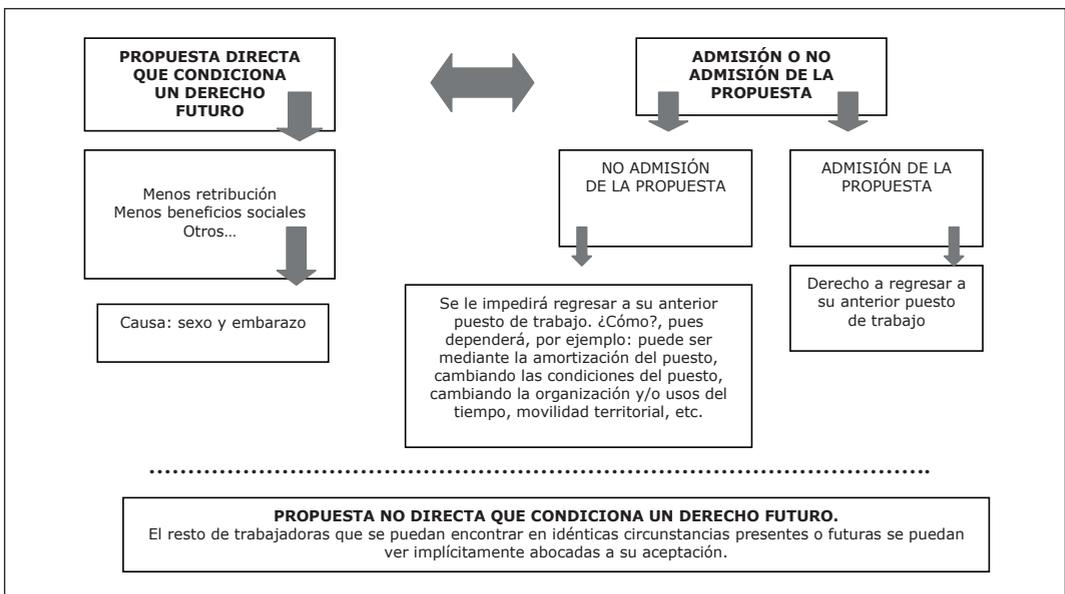
mención a la creación del entorno. Concretamente la LOIEMH se refiere a *crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*. En cambio, en el Anteproyecto se contempla *crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, ofensivo o segregador*. Con ello se amplía el elenco de adjetivos similares al respecto. En palabras del Informe del CGPJ (2011) *ciertamente, buena parte de los vocablos empleados tienen un significado análogo, lo cual refleja la vocación del prelegislador de incluir, dentro de la definición, a la totalidad de aquellas conductas o comportamientos que afecten negativamente a la dignidad humana*. En mi opinión dicha ampliación sería positiva, ya que el acoso discriminatorio está diseñado para cubrir muchas más causas, no solo el sexo. Así como se podría dar el caso de que el acoso que se presentara pudiera ser multidiscriminatorio. Todo ello es acertado a mi modo de ver; pero dicho Informe del CGPJ y el Informe del Consejo Económico y Social (en adelante, CES) sobre el Anteproyecto realizan una serie de propuestas con relación al artículo 8 del Anteproyecto, ya que entienden que se pueden presentar posibles dificultades que puedan impedir u obstaculizar la aplicación de la ley: por una parte el CGPJ considera que *al objeto de mantener la adecuada concordancia entre el Derecho penal y el Derecho sancionador extrapenal, se debería reflexionar sobre la conveniencia de mantener el término «degradante», ya que el trato degradante constituye una modalidad delictual autónoma, distinta del acoso, cuya regulación se plasma en el párrafo primero del artículo 173.1 del Código Penal, que debe concordarse con el artículo 15 de la CE, siendo esta la razón por la que los párrafos segundo y tercero de dicho número y artículo excluyen del concepto de acoso cualquier conducta que constituya trato degradante*. Por otra parte, el CES considera que *el término «segregador», cuya utilización resulta inusual en este ámbito del ordenamiento jurídico, sería oportuno que se definiera y concretase de forma precisa para evitar cualquier problema de interpretación que pudiera dificultar la aplicación de la Ley*. Ambas propuestas de mejora son interesantes. Con relación a la primera, si comparamos lo que se indicaba en el Informe del CGPJ sobre la LOIEMH (CGPJ, 2006) con relación a los conceptos de acoso sexual y acoso por razón de sexo: *en el Anteproyecto ambos conceptos responden a los ya fijados en la normativa comunitaria [cf. Preámbulo (8) Directiva 2002/73; arts. 2. c) y 4.3 Directiva 2004/113; art. 2.3 Directiva 2000/78, nuevo art. 2 de la Directiva 2002/73] e incorporados en nuestro ordenamiento interno tanto estatal [art. 28.1 d) Ley 62/03 y art. 2 a) Ley 51/03] como autonómico [Leyes 9/03, 7/04 y 4/05, valenciana (arts. 23 y 47), gallega (47 y ss. a 54) y vasca (art. 43) respectivamente]*, con el Informe del CGPJ para el Anteproyecto: *al objeto de mantener la adecuada concordancia entre el Derecho penal y el Derecho sancionador extrapenal, se debería reflexionar sobre la conveniencia de mantener el término «degradante», ya que el trato degradante constituye una modalidad delictual autónoma, distinta del acoso, cuya regulación se plasma en el párrafo primero del artículo 173.1 del Código Penal, que debe concordarse con el artículo 15 de la CE, siendo esta la razón por la que los párrafos segundo y tercero de dicho número y artículo excluyen del concepto de acoso cualquier conducta que constituya trato degradante*, se observan diferentes valoraciones que parecen tener su origen claro en la reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y no en una forma diferente de valorar la causa «sexo» del acoso discriminatorio concreto. En cuanto a la parte del Informe del CES relativo al término *segregador* considero que la propuesta realizada es acertada con relación a la necesidad de su definición en la propia norma. Aunque en mi opinión el término debería seguir de manera explícita en una futura redacción definitiva, porque tiene un importante componente de lucha por los derechos humanos. Y también porque posee una importante carga de carácter grupal (PISARELLO, VALIÑO, 2006). Todo ello porque *lo que hoy se conoce como Derecho antidiscriminatorio* (PISARELLO, VALIÑO, 2006) (*Anti-discrimination Law*) *tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica tras la finalización de la segunda guerra mundial. Se puede hablar del mismo como de la respuesta, en términos jurídicos, a las revueltas protagonizadas*

fundamentalmente por la minoría negra de este país; revueltas que fueron contextualizadas y, en cierta medida, canalizadas en la conocida lucha desarrollada por los derechos civiles. El origen del Derecho antidiscriminatorio se encuentra, por tanto, vinculado a las particularidades sociales, jurídicas y políticas de ese país. Por otra parte, aunque el factor que da origen al Derecho antidiscriminatorio se encuentre en la raza, a partir de los años sesenta la cobertura del mismo irá más allá, incluyendo también el color de la piel, la religión, el origen nacional y el sexo. Luego, en esta misma línea expansiva, el alcance de este Derecho se intentará extender aún más (con mayor o menor éxito) hasta incluir factores de edad, orientación sexual y riqueza. Finalmente, me gustaría comentar otra de las propuestas realizadas por el CES con relación al concepto de acoso discriminatorio. La definición de acoso discriminatorio contemplada en este artículo debería modificarse en tanto que su contenido se refiere a la definición de discriminación en sentido genérico y no al acoso discriminatorio como tal, de acuerdo con lo establecido en la normativa comunitaria. Esta propuesta de mejora tiene su origen en que las causas de discriminación que son fuente de generación de acoso discriminatorio no se encuentran en el artículo 8 del Anteproyecto sino en el artículo 2.1. En realidad, dicha redacción genérica era un tanto curiosa. Porque si partimos de la base de que el acoso discriminatorio conculca gran número de derechos fundamentales, en realidad se hubiera requerido un mayor esfuerzo en la concreción de las causas en vez de remitir a otro artículo. Concreción que tendría una gran importancia preventiva, al relacionarse claramente dicha violencia discriminatoria en el trabajo con las causas que son el origen del acoso concreto. Cuestión que en el acoso por razón de sexo de la LOIEMH no se presenta ya que se cita literalmente la causa como concepto inseparable. Para concluir este apartado relativo a la enunciación de las causas discriminatorias y, más concretamente, a la comparación de los artículos 7.2 y 4 de la LOIEMH y del artículo 8 del Anteproyecto:

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres	Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación
.... el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo	-

Podemos destacar cómo se ve completada la configuración del acoso por razón de sexo en la LOIEMH con una extrapolación de la estructura tradicional (PÉREZ DEL RIO, 2009) del acoso sexual de intercambio. En cambio, en la configuración del acoso discriminatorio en el Anteproyecto no se lleva a cabo dicho planteamiento. A este respecto es necesario recordar brevemente que en el *chantaje sexual el sexo es solicitado como mecanismo para la evitación de represalias o como instrumento para la consecución de beneficios* (VALLEJO DACOSTA, 2007). Es decir, el acoso sexual de intercambio es *aquel que implica un comportamiento por parte del sujeto ofensor consistente en la amenaza de un mal o en el anticipo de la no consecución de un bien, si el trabajador/a no accede a un determinado requerimiento dirigido a la satisfacción sexual del ofensor* (STSJCV, Sala de lo Social, Sentencia núm. 1099/2004 de 7 abril)... Dicho tipo ha sido incluido en el artículo 7.1 de la LOIEMH: *sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona,... completándose con lo establecido en el párrafo 4 del mismo*

artículo, el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo. El mismo puede manifestarse de manera directa, mediante una proposición, solicitud o requerimiento o de manera indirecta no existiendo estas, pero para otros trabajadores de su mismo sexo, en idénticas o similares circunstancias profesionales, ascienden de categoría, mejoran sus salarios o reciben beneficios o mejoras laborales por aceptar condiciones de un chantaje sexual, lo que incita implícitamente a su aceptación (MEJÍAS, BENÍTEZ, 2001), pudiéndose provocar de su no aceptación una pérdida de derechos laborales o no. Asimismo, solo el empresario físico, el representante legal del empresariado jurídico o un directivo con competencia delegada para decidir el acceso, una condición laboral o el cese del trabajador, pueden aparecer como sujetos activos del chantaje sexual (LOUSADA, 2008). Además este tipo de acoso no requiere de la nota de la repetición, ya que el acoso de intercambio, una vez constatado, raramente requerirá la concurrencia de comportamientos repetitivos y continuados en el mismo sentido para entender que constituye acoso sexual (STSJCV, Sala de lo Social, Sentencia núm. 1099/2004 de 7 abril). Como ya hemos señalado el artículo 7.4 de la LOIEMH contempla que tanto el acoso sexual como el acoso por razón de sexo se puedan cometer en modalidad de intercambio. Esta cuestión está absolutamente clara en el acoso sexual como acabamos de detallar. En cambio, en el caso del acoso por razón de sexo suscita dudas y reflexiones al respecto. Cabría preguntarse si se puede condicionar un derecho o una expectativa de derecho a la aceptación de una situación de acoso por razón de sexo. En realidad, considero que sí, aunque sin lugar a dudas serían situaciones menos evidentes que en el caso del acoso sexual de intercambio. Por ejemplo, se podría presentar un situación en la cual una mujer embarazada comunicara a la empresa dicha circunstancia. Tras dicha comunicación se le podría plantear directamente que debido a su estado va a recibir menor retribución, así como menos beneficios sociales de los existentes en la empresa (o cualquier otra cuestión). Además de todo ello, se le podría indicar de manera directa también que si no accede a ello no volverá a su anterior puesto de trabajo.



Obviamente, estamos ante un ejemplo exclusivamente; pero si lo analizamos atentamente podemos colegir que se encuentran todos los elementos necesarios: comportamiento que se ha realizado en función del sexo de la persona: mujer embarazada. Planteamiento directo que condiciona unos derechos presentes para poder conservar los futuros. Ciertamente es que en el caso concreto planteado, no podremos averiguar hasta el futuro las posibles represalias, pero sí que condicionará claramente a todas las demás trabajadoras que se puedan encontrar en un futuro en esa misma situación. Por ejemplo, porque hayan visto como ha sido cambiada a un centro de trabajo mucho más alejado de su casa. Para ella y las otras trabajadoras supone pérdida de derechos laborales. Ello es realizado por alguien con poder para tomar ese tipo de decisiones.

Acoso sexual de intercambio	Acoso por razón de sexo de intercambio
<p>Art. 7.1 de la LOIEMH, <i>sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona,... completándose con lo establecido en el párrafo 4 del mismo artículo, el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.</i></p>	<p>Art. 7.2 de la LOIEMH, <i>Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo... completándose con lo establecido en el párrafo 4 del mismo artículo, el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> • Condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual. • Se puede manifestar de manera directa (mediante proposición, solicitud o requerimiento). O de manera indirecta no presentándose las mismas. • Provocar pérdida de derechos laborales o no. • Solo lo puede realizar alguien con poder real en la empresa para decidir acceso, permanencia, cambios de condiciones de trabajo, ceses, sanciones disciplinarias, etc.: empresariado, personal directivo, mandos y personal de coordinación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso por razón de sexo. • Se puede manifestar de manera directa (mediante proposición, solicitud o requerimiento). O de manera indirecta no presentándose las mismas. • Provocar pérdida de derechos laborales o no. • Solo lo puede realizar alguien con poder real en la empresa para decidir acceso, permanencia, cambios de condiciones de trabajo, ceses, sanciones disciplinarias, etc.: empresariado, personal directivo, mandos y personal de coordinación.

2.2. Conducta no deseada, una aclaración (no) necesaria

La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación incluyen en su articulado sendas definiciones del acoso discriminatorio por diferentes causas.

Concretamente la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) recoge en su artículo 2.1 c) la definición de acoso por razón de sexo bajo la denominación de «acoso»: *la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*. A su vez la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico contempla en su artículo 2.3 el acoso discriminatorio por origen racial o étnico. *El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro*. Asimismo la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación señala en su artículo 2.3 la definición del acoso discriminatorio por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación. *El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 (por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación) que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro*. Del análisis de los tres artículos se desprende que dichos acosos discriminatorios por las diferentes causas enunciadas tienen la nota de «no deseado». No obstante, ni el artículo 7.2 y 4 de la LOIEMH, ni el artículo 8 del Anteproyecto incluyen dicha nota como configuradora del acoso por razón de sexo y el acoso discriminatorio. Cuestión que sí se presenta en el artículo 28.1 d) de la Ley 62/2003, que se limita a transcribir la Directiva 2000/43/CE y la Directiva 2000/78/CE sin aportar nada nuevo al respecto. En cambio, como ya hemos dicho, el tratamiento efectuado en la LOIEMH y en el Anteproyecto no menciona dicho requisito en tales acosos discriminatorios. Y también se considera innecesario con relación a la propia definición del acoso sexual contenida en la LOIEMH. Esta innovadora manera de definir tales acosos ha generado bastante debate: por una parte, porque *hubiera sido deseable que la Ley de Igualdad hubiera incorporado la precisión de que se ha de tratar de comportamientos no deseados, es claro que, además de que así lo dice la Directiva 2006/54/CE, el carácter no deseado es uno de los «elementos definidores» del acoso, como estableció la STC 224/1999 (GARCÍA PERROTE, 2008)*. Para que exista *un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no solo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la*

práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan solo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o solo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas. En la misma línea se ha interpretado que la detección de la existencia de acoso sexual se realiza conforme a parámetros subjetivos (el comportamiento no deseado), lo que obliga a tener en cuenta el cúmulo de circunstancias personales y sociales concurrentes, partiendo, a su vez, del presupuesto de que idénticas conductas pueden o no constituir acoso sexual o acoso por razón de sexo dependiendo de la postura que el sujeto receptor de la misma adopte frente a ellas (VALLEJO, 2007. BALLESTER, 2001). Por otra parte, porque se considera que la misma podía conducir a planteamientos próximos al consentimiento de la víctima; tolerancia en el comportamiento (...), y con ello «debilitar o atemperar la responsabilidad del acosador frente a la exigencia de un comportamiento diligente de la víctima» (VALLEJO, 2007. BALLESTER, 2001. RUIZ, 2004. SÁNCHEZ, LARRAURI, 2000). Además la influencia del concepto tradicional de acoso sexual sobre el de acoso sexista (acoso por razón de sexo), se denota... crean incongruencias incomprensibles, por ejemplo, recalcar lo indeseado del acoso sexual como requisito del sexista, cuando respecto del segundo no cabría en ninguna manera sospechar que pudiera ser deseada cualquiera de las actuaciones que este implica, salvo que la víctima sea masoquista (PÉREZ DEL RÍO, 2009). Una continúa referencia a la necesidad de que dichos comportamientos han de ser no deseados puede llevar a la perpetuación de todo tipo de mitos con relación a la violencia de género (CGPJ, 2011). Sobre todo, mediante la trivialización del testimonio de la persona víctima o de la propia situación de sexismo vivida en la que se puede llegar a normalizar comportamientos y comentarios totalmente sexistas por pura supervivencia o por cuestiones de carácter cultural. Este hecho también es aplicable a cualquier causa de las enunciadas en el acoso discriminatorio. Porque unas y otras requieren de un importante nivel de sensibilización y detección de las discriminaciones, sobre todo, inicialmente.

2.3. El acoso, el acoso por razón de sexo y el acoso discriminatorio como discriminatorios

Otra de las cuestiones destacables de las definiciones de acoso, acoso por razón de sexo y acoso discriminatorio es que se dedican sendos artículos en cada una de las normas que los regulan para indicar que se consideran discriminación. El artículo 28.2 de la Ley 62/2003 dispone que *el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se consideraran en todo caso actos discriminatorios*. El artículo 7.3 de la LOIEMH dispone que *se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo*. Y en el artículo 4 del Anteproyecto *el derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos (nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social)*. En consecuencia, queda prohi-

bida toda conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el mismo. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error; la múltiple, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales.

Acoso (Art. 28.2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social)	Acoso por razón de sexo (Art. 7.3 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)	Acoso discriminatorio (Art. 4.1 del Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación)
El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se consideran en todo caso actos discriminatorios.	Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.	El derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos (nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social). En consecuencia, queda prohibida toda conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el mismo. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la múltiple, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales...

Nótese que en el artículo 28.2 de la Ley 62/2003 se hace mención a que el acoso con causa en el origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se consideran en todo caso actos discriminatorios. En cambio, en la LOIEMH se proclama que son discriminatorios por razón de sexo sin mención ninguna a actos discriminatorios u otra enunciación. Y en el artículo 4 del Anteproyecto se realizaba un enunciado con carácter genérico e indiferenciado (CES, 2011) *–conducta, acto, criterio o práctica–*... señalándose en el siguiente párrafo que el acoso es una vulneración al derecho de igualdad de trato y no discriminación. Es decir, en cada una de las normas indicadas se aplica un criterio diferente que genera cierta confusión, ya que parece que en el primer caso se desarrolla un criterio limitado, solo se tienen en cuenta los actos si lo entendemos literalmente, en cambio, en el segundo y tercero se realiza un diseño de los artículos con un criterio ampliado, en los que parece que se ha de tener en cuenta cualquier realidad; en el artículo 7.3 de la LOIEMH y en el artículo 4.1 del Anteproyecto se ha de tener en consideración toda *conducta, acto, criterio o práctica*. Con relación a este último, el Dictamen sobre el Anteproyecto del CES señala que *el enunciado genérico e indiferenciado, –conducta, acto, criterio o práctica–, que se contiene en el artículo 4.1, segundo párrafo del Anteproyecto, resulta, de un lado, redundante, y de otro introduce confusión en punto a la concreción y sentido que deba darse al término «criterio» (que reaparece en el art. 4.2 del Anteproyecto). Parece, pues, aconsejable definir el derecho tal y como se realiza, de acuerdo con el texto comunitario, en el primer párrafo de este precepto y apartado, y, en todo caso, limitar el segundo párrafo a prohibir cualquier conducta que atente contra el mismo; máxime cuando a continuación insiste el Anteproyecto en considerar vulneraciones del derecho toda discrimi-*

minación, directa o indirecta, por asociación y error; la discriminación múltiple, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar; las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales.

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS

Las situaciones de acoso son conductas discriminatorias, si se atiende a sus motivaciones, mientras que si se atiende a los efectos que han de producir no cabe duda de que en todos los casos atentan contra la dignidad de la persona (CASTRO, RODRÍGUEZ, 2008). Es por todo ello que se han ido configurando importantes consecuencias a las conductas discriminatorias en nuestro ordenamiento jurídico. La LOIEMH dispone en el artículo 10 que los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias. Nótese que en el mismo se incluye la consecuencia de los actos y cláusulas de negocios jurídicos discriminatorios por razón de sexo: la nulidad. Pero además se incluye la necesidad de reparar el daño causado, siendo esta cuestión fundamental si realmente se quiere luchar contra lo dañino de la discriminación por razón de sexo en cualquier ámbito contemplado en el ordenamiento jurídico, por tanto, de una manera integral. A continuación, se va a proceder al análisis de cada una de las partes que conforman dicho artículo, así como su relación con lo establecido en el Anteproyecto y la Ley 62/2003:

- A) El primer inciso del artículo 10 de la LOIEMH dispone que *los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto*. A su vez, el artículo 23 del Anteproyecto señalaba también que *son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan, causen o puedan causar discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo dos de esta Ley (nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social)*. Dicha nulidad tiene un carácter integral, puesto que se puede aplicar a cualquier vulneración cometida en cualquier ámbito o materia del ordenamiento jurídico. Además dicho enunciado viene a reforzar y concretar aun más lo ya establecido al respecto en materia laboral en el artículo 17 del ET, redactado en los siguientes términos por parte del artículo 37.cuatro de la Ley 62/2003: *se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones,*

ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.

- B) El segundo inciso del artículo 10 de la LOIEMH señala que dichos actos y cláusulas discriminatorios... *darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido.* En primer lugar, recuérdese que nuestro ordenamiento venía contemplando una disposición relativa a la necesidad de reparar el perjuicio sufrido por vulneración de derechos fundamentales en el ámbito laboral. La misma estaba recogida en el artículo 180 de la derogada LPL (es conveniente recordar que la redacción del primer párrafo del artículo 181 del texto refundido de la derogada LPL fue realizada por la Ley 62/2003. *Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos.* Cuestión a destacar porque fue un paso importante en la conformación de un Derecho antidiscriminatorio en nuestro ordenamiento). Todo ello ha seguido siendo concretado mediante la redacción incluida en el artículo 182 d) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social –LJS en adelante– (BOE 11 de octubre de 2011). *Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183.*

El artículo 182 se refiere al contenido y declaración que ha de tener la sentencia que se pronuncie sobre derechos fundamentales. Debido a ello, se ha de estar inicialmente a la cuestión básica, que la sentencia declare *la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.* En la normativa anterior había que estar a *la existencia o no de la vulneración denunciada* (BOE número 86 de 11 de abril de 1995, páginas 10.695 a 10.734), habiéndose concretado más en la presente.

Aunque la automaticidad de la misma no ha sido una cuestión pacífica, inicialmente se entendió por parte del Tribunal Supremo que una vez acreditada la vulneración de la libertad o derecho fundamental se presumía la existencia del daño, y, por tanto, la cuantía indemnizatoria se debía determinar potestativamente por parte del juez *atendiendo a las circunstancias del caso, a la naturaleza de la lesión y al tiempo que haya persistido el comportamiento lesivo* (JURADO, 2008). Dicha automaticidad fue matizándose por parte del propio Tribunal Supremo requiriéndose otras aportaciones y valoraciones. Tal como se estableció de manera reiterada mediante jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS de la Sala de lo Social, núm. 4563/1996, de 22 de julio (SÁNCHEZ, SEMPERE, 2008), STS de la Sala de lo Social, núm. 232/1997, de 20 de enero, STS de la Sala de lo Social, núm. 2346/2000, de 28 de febrero, STS de la Sala de lo Social, núm. 2359/2000, de 23 de marzo, STS de

la Sala de lo Social, núm. 2577/ 2003, de 11 de abril de 2003, STS de la Sala de lo Social, núm. 5191/2003, de 21 de julio de 2003 entre otras, en cuanto a la interpretación del artículo 180.1 de la derogada LPL. Es decir, *estos preceptos no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase* (STS de la Sala de lo Social, núm. 4563, de 22 de julio de 1996, FD 2.º).

El Tribunal Supremo, a su vez, ha ido delimitando de manera negativa y positiva lo que se entiende por daños morales: *En su integración negativa es toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque estos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su «quantum» económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque estos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico. Finalmente, no puede ser objeto, dentro de la categoría de los perjuicios, el llamado daño emergente, o la privación al damnificado de posibilidades o ventajas que hubiera podido obtener en el caso de que no se hubiese producido el ilícito del que es autor el responsable. En su integración positiva por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede captar la esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales. En esta idea cabe comprender aspectos tan difusos para su perceptibilidad jurídica, pero, sin lugar a dudas, de general acaecimiento y comprensión dentro del medio social, los siguientes: 1.º) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito, (o hasta haber sido víctima de un ataque a su prestigio y reputación artística como en el caso enjuiciado por la Sentencia 21 de octubre de 1996); si por las características de la gravedad de la lesión, con su residuo de secuelas vitalicias, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado, también es posible que ello integre ese daño moral. Se podría intentar una línea de aproximación de supuestos fácticos, pero puede ser suficiente, que así como es comprensible la existencia de ese dolor físico en quien ha padecido cualquier tipo de mutilación o lesión corporal en su organismo, el dolor psíquico puede ser también relevante por ejemplo esa lesión corporal afectó cualquier elemento facial del cuerpo del dañador que, a su vez, produzca cualquier deformidad en sus aspectos estéticos más sobresalientes; déficit pues que le depare a la víctima dolor o desazón al verse privado en el futuro de una fisonomía corporal normal y análoga a la que antes ostentaba, (SS. 22 mayo y 13 de noviembre de 1995). 2.º) Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de*

ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa y demás parientes, o incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales; ahora bien, se puntualiza que en la integración de este daño moral, lo que se trata de incorporar a este concepto no son las privaciones materiales o alimenticias que, a consecuencia de dichas lesiones o muerte, pueden padecer las personas o supervivientes que estuviesen bajo la tutela, custodia o el estipendio económico del lesionado o fallecido, porque obvio es, que tales contingencias se ubicarán dentro del campo de los daños corporales en general, o materiales en su modalidad de perjuicios; y es que lo que se pretende sustantivizar como daño moral es el dolor inferido o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas que ante ese hecho ilícito, se ven privadas de la vida de esos seres tan allegados y con lazos tan intensos. Ciertamente es que tanto en un aspecto como en otro, el problema del daño moral transitará hacia la realidad económica de la responsabilidad civil, por lo que habrá de ser –en lo posible– objeto de la debida probanza, demostración o acreditamiento por parte del perjudicado, aclarándose, ante la posible equivocidad derivada del anterior estudio, que si bien dentro del campo en que se subsume este daño moral, inicialmente, en la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba incumbe al dañador o causante del ilícito, que ha de acreditar su conducta exonerativa o que el ilícito no se ha producido por una conducta responsable, no debe olvidarse que en tema de daños y como criterio general rige que la carga de la prueba en concreto, en cuanto a su ocurrencia y cuantificación, incumbe siempre a la persona que pretende su resarcimiento, esto es, que tanto en una responsabilidad como en otra, la existencia del daño y su cuantía habrán de demostrarse de forma indiscutible o indubitada por la persona que reclama la correspondiente responsabilidad y resarcimiento; por tanto, dentro del daño moral será justamente la víctima quien acredite, o por lo menos, exponga o exteriorice la realidad de todos estos conceptos que han integrado el instituto: ese sufrimiento, ese dolor; esa zozobra, esa inquietud, esa desazón, esa ruptura de lazos afectivos, esa soledad, esa orfandad; y sin ubicar estas sensaciones dotadas de un intimismo indiscutible, de la suficiente cobertura jurídica para, incluso, con apoyo en una especie de estadística sociológica, poder cimentar su integración tangible en la responsabilidad de este vaporoso y discutible daño. Se decía al punto, entre otras, en Sentencia 21 de octubre de 1996: «...Si bien es cierto que el precepto civil 1106 C.c., establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible –los llamados daños morales–, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia de esta Sala (desde la antigua S. 19-12-49 y posteriores de 22-4-83, 25-6-84, 3-6-91, 27-7-94 y 3-11-95, entre otras), que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes...» (STS de la Sala de lo Social, núm. 139/2001, de 22 de febrero). Dicho marco se ha visto afectado a través de la reforma realizada por la LOIEMH, en la que se detalla la derivación de responsabilidad por el acto o la cláusula discriminatoria mediante un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido. Ello supone la transposición de lo establecido en el artículo 6.2 de la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres (DOCE, L 269/15 5 de octubre de 2002 y DOCE L 204/27 26 de julio de 2006. Ello siguió vigente a través de las remisiones que realiza la Directiva

2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación), en la que se recoge que los *Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación contraria al artículo 3, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido*. En la actualidad, ha sido concretado mediante los artículos 79.7 y 183.1 de la LJS: *artículo 79.7. En los procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador con fundamento en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores en aquellos casos en los que se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral de trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior, podrá acordarse, a instancia del demandante, alguna de las medidas cautelares contempladas en el apartado 4 del artículo 180 de esta Ley, con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia. Y el artículo 183.1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados*. Es decir, considero que se entiende que existe perjuicio para quien sufre tales vulneraciones. Ello es innegable en el caso del acoso sexual, el acoso por razón de sexo y el acoso discriminatorio por otras causas que no son el sexo; porque se ven afectados diferentes derechos fundamentales, lo cual provoca gran sufrimiento, soledad y angustia, así como falta de comprensión por parte del entorno cercano y laboral. Y, además, en demasiadas ocasiones se llega a perder el puesto de trabajo.

En cuanto al momento de cuantificación de la indemnización se deberían contemplar también cuestiones de carácter socio-estructurales como: posibilidad de encontrar otro puesto de trabajo, ser personas solas, la existencia de multidiscriminación, entre otras. Tal directiva también hace mención a la cuantía de la indemnización indicando que la misma no ha de estar señalada por un tope máximo fijado a priori, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo. En dicha línea el artículo 179.3 de la LJS ha especificado la necesidad de que la *demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador*.

Asimismo la LOIEMH introdujo un último inciso en el artículo 180.1 de la derogada LPL en el que se declaraba la compatibilidad de indemnizaciones en cuanto a lo que pudiera corresponder al

trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores. Del tenor de dichos preceptos se deducía que la compatibilidad de indemnizaciones iba referida no solo a las indemnizaciones por razón de sexo, sino a cualquier otra vulneración de derechos fundamentales (JURADO, 2008). A la modificación de dicho marco se sumaba también lo establecido en el artículo 25 del Anteproyecto relativo a la atribución de responsabilidad patrimonial. 1. *La persona que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo dos de esta Ley responderá del daño causado. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral.* Redacción que venía a confirmar lo indicado en el anterior párrafo; pero, sobre todo, proclamaba la automaticidad del daño moral una vez acreditada la discriminación. Esta previsión, así como la relativa a la LOIEMH comentada, modificaba sustancialmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto. A su vez el artículo 25.2 del Anteproyecto también disponía que *fuera igualmente responsables del daño causado las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las obligaciones previstas en el apartado primero del artículo anterior*: Es decir, quienes no hubieran cumplido con el imperativo de protección frente a la discriminación que comprende la adopción de medidas preventivas, la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias. Ello daría lugar a las responsabilidades pertinentes. Tendencia que se ha venido a confirmar posteriormente mediante lo establecido en el artículo 183.3 y 4 de la LJS: 3. *Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.* 4. *Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquella o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.*

A continuación, se procede a analizar las previsiones relativas a la tutela sancionadora en materia de acoso por razón de sexo y acoso discriminatorio. Ellas siempre actúan a posteriori, aunque también pueden tener un efecto preventivo y disuasorio. Al acoso por razón de sexo y al acoso discriminatorio por otras causas hace referencia el artículo 8.13 bis del TRLISOS (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000, págs. 28285-28300). Artículo que fue añadido por la Ley 62/2003 y con redacción actual de LOIEMH. *Son infracciones muy graves:... El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.* Si comparamos tal disposición con la relativa al acoso sexual del artículo 8.13 del TRLISOS, se observa que la graduación de las mismas es muy grave, disponiéndose con relación al acoso sexual que *son infracciones muy graves:... el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma.* Con base en lo cual detectamos que en ambas disposiciones relativas al acoso sexual, al acoso por razón de sexo y al acoso discriminatorio el empresario es imputable. Siempre dentro del ámbito a que alcanzan sus facultades de dirección y, por el contrario, no lo sería en las que no alcanzan sus facultades de dirección (CASTRO, RODRÍGUEZ, 2008). Dicho diseño ha sido criticado por

parte de la doctrina (NIETO, FERNÁNDEZ LÓPEZ) (SALA, BALLESTER, BAÑO, EMBID, GOERLICH, 2008), al considerarse que la configuración está muy cercana a la responsabilidad objetiva y, también, por la posibilidad de ser sancionado aunque se tomen medidas, considerándose este hecho desincentivador. En mi opinión, estamos ante un deber empresarial que ha de ser cumplido. Tales argumentos no tienen demasiado encuadre en disculpas basadas en la posible sanción futura, ya que el sistema sancionador tiene garantías que permiten proteger los derechos de las personas imputadas. Además, también se establece un sistema de graduación de la sanción administrativa en el artículo 40 del TRLISOS. Aunque de una lectura detenida se observa una importante diferencia en la redacción del artículo 8.13 y 8.13 bis del TRLISOS. En el 8.13 relativo al acoso sexual no se requiere el conocimiento de su existencia por parte del empresariado. Y, en cambio, en el artículo 8.13 bis sí se requiere dicho conocimiento. Si comparamos todo lo que se indicaba con los artículos 42 y siguientes del Anteproyecto se observan importantes diferencias aplicables a diferentes ámbitos públicos y privados, excepto los que tuvieran regulación específica de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación y el ámbito social que se va iba a seguir rigiendo por el TRLISOS. Además de las sanciones de carácter pecuniario, la LOIEMH introdujo el artículo 46 bis, subsección III bis, con el enunciado relativo a las responsabilidades en materia de igualdad. En el mismo se determinan una serie de responsabilidades empresariales específicas que se derivan de la comisión de una infracción muy grave (PÉREZ DEL RÍO, 2007). Concretamente las establecidas en el artículo 8.12 incluyen las relativas a decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas por diferentes motivos, entre los que se encuentra el sexo, así como decisiones del empresario que *supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación*. Asimismo el acoso por razón de sexo y acoso discriminatorio (art. 8.13 bis TRLISOS), el acoso sexual (art. 8.13 TRLISOS) y el artículo 16.2 del TRLISOS relativo a la solicitud de *datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo...* En dicho artículo 46 bis del TRLISOS, se indica que el empresariado que haya cometido las mismas, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 40.1 del TRLISOS para movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, será sancionado con las siguientes sanciones accesorias: *a) Pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y b) Exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses*. La LOIEMH también ha contemplado la posibilidad de sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración de un plan de igualdad de las empresa... *previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo* (art. 45.4 LOIEMH). Con base en este supuesto SERRANO GARCÍA señala que el mismo tiene una serie de condicionantes: *la comisión por parte del empresario de una infracción muy grave del artículo 8 aptdo.12... del artículo 16 aptdo. 2 de la LISOS, modificadas por disposición adicional 14.ª de la LOIEMH, la imposición de una sanción del artículo 46 bis LISOS, la solicitud del empresario de sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad y un informe favorable de la Inspección respecto de la conmutación de la citada sanción* (SERRANO GARCÍA, 2007). VALDÉS DAL-RE expone que el artículo 45.4 (LOIEMH) no es, sin embargo, el único precepto que entre en juego en la orde-

nación jurídica del referido nuevo supuesto, debiendo ser completado por el artículo 46 bis.2 de la LISOS, incorporado a este cuerpo legislativo por la Disposición adicional decimocuarta.4 de la propia LOIEMH. Una exacta inteligencia del régimen jurídico previsto en estos dos pasajes legales, exige, en fin, la llamada de algunas otras previsiones contenidas en la LISOS, concretamente las enunciadas en los artículos 8.12 y 16.2 de este texto legislativo. No obstante lo anterior, en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley referidas a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, las sanciones accesorias a las que se refiere el apartado anterior podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias (Art. 46. bis LISOS). Es decir, que la sustitución de las sanciones discriminatorias de los artículos 8.12 y 16.2 del TRLISOS por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, requiere dichos planteamientos contemplados en el artículo 46 bis.2 del TRLISOS, ya que ello nace de una decisión adoptada, en el marco de un procedimiento sancionador, por una autoridad laboral que acuerda sustituir las sanciones vinculadas a la principal por la comisión, por parte de un empresario, de unas infracciones legalmente tasadas a cambio de que se elabore y aplique un plan de igualdad (VALDÉS DAL-RE, 2010). Dichas sanciones accesorias son las establecidas en el artículo 46 bis.1 a) Pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y b) Exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses. Por tanto, se puede interpretar que no se permite dicha sustitución en el caso de los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo. Esto sería coherente con la gravedad de unas conductas que suponen una agresión directa a diferentes derechos fundamentales; pero que además son unos tipos de violencia que hacen imposible que en una empresa u organización se pueda aplicar la igualdad entre mujeres y hombres. Aunque esto fuera así, dicho plan de igualdad de la empresa, en mi opinión, debería contener medidas de prevención contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Porque difícilmente se puede defender que el mismo tiene un mínimo de excelencia si no contiene este tipo de actuaciones que eviten una violencia que impide siempre la realización de ese principio, así como evitar la discriminación por razón de sexo. Finalmente, cuando se haya producido tal sustitución y se incumpla mediante la no elaboración del plan de igualdad de la empresa, o el mismo no se aplique quedándose en un documento formal y, por tanto, no sea un verdadero plan de igualdad de la empresa que siempre requiere que sea un instrumento práctico y aplicable, o se hayan incumplido *manifiestamente* los términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral, esta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 17 del artículo 8, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias del artículo 46 bis.2 a) y b) del TRLISOS.

4. LEGITIMACIÓN

En el artículo 12 de la LOIEMH párrafo primero se procede a efectuar un recordatorio relativo a que la tutela judicial efectiva también se aplica a la no discriminación por razón de sexo y la

igualdad de género: *cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.* En el párrafo segundo se hace referencia a la *capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho que corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos*, es decir, mediante dicho artículo y la reforma establecida en la LOIEMH, en la disposición adicional quinta y sexta en las que se procede a añadir el artículo 11 bis en la LEC y la letra i) y en el artículo 19.1 de la LJCA se abre la puerta a la posibilidad de que estén legitimadas personas jurídicas como los sindicatos o las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, siempre previa autorización de la persona afectada, así como, *cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.* Señalaban GOERLICH PESET y GARCÍA RUBIO que el hecho de que no se hubiera establecido una disposición semejante para la LPL no suponía ninguna desventaja, sino que la LPL tenía habilitado *un sistema de honda raigambre en el proceso laboral cuyas virtualidades son similares a las que se desprenden del artículo 12.2 de la LOIEMH.* Tras la aprobación de la LJS, se ha procedido a su introducción específica en el artículo 17.2. *Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios. Los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate; podrán igualmente personarse y ser tenidos por parte en dichos procesos, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones. En especial, en los términos establecidos en esta Ley, podrán actuar, a través del proceso de conflicto colectivo, en defensa de los derechos e intereses de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación; y, en particular, por tal cauce podrán actuar en defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social.*

En cuanto al acoso el artículo 177.4 de la LJS señala que *la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare; y si se requiriese su testimonio el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias.*

Esto tiene su fundamento en el carácter personalísimo del ejercicio de la tutela frente al acoso (SALA, BALLESTER, BAÑO, EMBID, GOERLICH, 2008), afirmación con la que estoy de acuerdo con relación al acoso sexual; pero se me plantean dudas con relación al acoso por razón de sexo y cualquier otro tipo de acoso discriminatorio, ya que entre los componentes definitorios de los mismos se encuentra una innegable vertiente de carácter causal intimadamente relacionada con un factor colectivo, el sexo o cualquiera de los contemplados en *el artículo 28.1 d) de la Ley 62/2003, por origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona. O cualquier otra condición o circunstancia personal o social* como se indica en la Constitución española. Con relación al fallido Anteproyecto señalar que el artículo 2 ampliaba extensamente las condiciones o circunstancias por *nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Ello estaba mucho más ajustado al momento presente que las incluidas en el artículo 28.1 d).

5. FOMENTO Y PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La LOIEMH y la Ley 62/2003 ponen (y el Anteproyecto puso) el énfasis en la necesidad de emplear la negociación colectiva como elemento fundamental para hacer efectivo el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral. Concretamente tales previsiones se encuentran en el artículo 42 de la Ley 62/2003, Fomento de la igualdad en la negociación colectiva. *Los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*. En el artículo 43 de la LOIEMH, Promoción de la igualdad en la negociación colectiva. *De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres*. Y en el artículo 13 del Anteproyecto, artículo 13, Negociación colectiva. *1. Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, la negociación colectiva no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo o en las condiciones de trabajo, por las causas previstas en esta ley. 2. De acuerdo con lo dispuesto en esta ley y en la legislación laboral, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por razón de las causas previstas en esta ley. 3. Corresponderá a la representación legal de los trabajadores ejercer una labor de vigilancia y de promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la empresa por razón de las causas previstas en esta ley y, en particular, en materia de medidas de acción positiva y de la consecución de sus objetivos*. De una lectura comparada se observa como de un planteamiento de fomento inicial se pretendía pasar a un planteamiento de promoción, intensificando la importancia de la inclusión y el tratamiento de la materia de igualdad y no discriminación en la negociación colectiva.

Además, se ha de destacar también que la disposición de la Ley 62/2003 tiene un carácter muy genérico, en la que no se procede a concretar ningún medio para hacer efectivo el mismo. En cambio, el artículo 43 de la LOIEMH procede a efectuar un planteamiento de carácter más práctico en el que se concreta cómo se va a realizar tal principio. Dicho artículo ha de ser completado con las disposiciones contempladas en el artículo 45 de la LOIEMH. *Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral.* Y con todas las previsiones relativas a los planes de igualdad de las empresas (arts. 45-49 LOIEMH) y otros mandatos dirigidos a la representación de trabajadoras y trabajadores como el artículo 48 de la LOIEMH con relación al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. Si procedemos a analizar el artículo 13 del Anteproyecto se observa como el mismo era más extenso y concreto que los anteriores. Este hecho derivaba de la existencia de menos previsiones imperativas en la norma, que de las existentes en la LOIEMH, así como de la ubicación de parte de la materia en la responsabilidad social corporativa.

6. UNA PROPUESTA NECESARIA

En mi opinión, se debería desarrollar una norma integral, partiendo del anterior Anteproyecto, que incluyese de manera imperativa la herramienta de los planes de diversidad de las empresas, así como es urgente la elaboración de procedimientos contra la violencia en el trabajo que incluyan todas las formas de acoso desde una perspectiva preventiva y antidiscriminatoria. Ello para evitar que una materia tan importante, por su relación directa e intensa con los derechos humanos, se quede en el ámbito formal y en el de las declaraciones de principios.

Además tras la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero (ahora Ley 3/2012, de 6 de julio), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y sus modificaciones en cuanto a las reglas relativas a la negociación colectiva, todavía se crean más obstáculos para una aplicación real y efectiva del principio de igualdad y no discriminación, así como para la prevención de toda forma de violencia en el trabajo, muy especialmente las violencias discriminatorias en el trabajo.

Bibliografía

- ALVENTOSA DEL RÍO, J. [2008]: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, págs. 18 y 19.
- BALLESTER PASTOR, M.ª A. [2009]: *Guía sobre el Acoso Moral en el Trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Andalucía, pág. 12.

- BALLESTER PASTOR, A. [2001]: «La propuesta de reforma de la Directiva 76/2001: evolución y adaptación al principio de no discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario», *Temas laborales*, núm. 59, pág. 234.
- CASTRO ARGÜELLES M.A. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A. [2008]: «Infracciones y sanciones en materia de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 78: Derecho del Trabajo, Sanciones Administrativas en el orden social, Madrid, pág. 273.
- CES [2011]: *Informe del Consejo Económico y Social*.
- CGPJ [2006]: *Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres*.
- [2011]: *Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, CGPJ, pág. 71.
 - [2011]: *Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación*.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F. [2008]: *La Tutela Laboral frente a la Discriminación por Razón de Género*, La Ley, pág. 192
- JURADO SEGOVIA, Á. [2008]: *Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral*, Madrid: La Ley, pág. 499.
- GARCÍA-PERROTE, I. [2008]: «Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres», *Relaciones Laborales*, núm. 4, Sección Doctrina, quincena del 23 feb. al 8 mar. 2008, año XXIV, tomo 1, La Ley, pág. 255.
- LOUSADA AROCHENA, F. (coord.), FERNANDEZ DOCAMPO, B.; FERNÁNDEZ PROL, F. y CABEZA PEREIRO, J. [2008]: *El Principio de Igualdad en la Negociación Colectiva*, Madrid: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, pág. 362.
- MEJÍAS, A. y BENÍTEZ, R. [2001]: *El Acoso sexual en el Trabajo. Análisis y Propuestas para su prevención*, Valencia: UGT-PV Secretaria de la Mujer, pág. 20.
- PEÑARANDA ORTEGA, M.ª y SELMA PENALVA, A. [2011]: «Orientación y Condición sexual en la reforma laboral de 2010: su trascendencia práctica», *RCyT*. CEF, núm 335, febrero de 2011, págs. 181-183.
- PÉREZ DEL RÍO, T. [2007]: «La función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres 3/2007. Los Planes de Igualdad en las empresas». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Igualdad entre Mujeres y Hombres*, núm. extraordinario, Madrid, 2007, págs. 275-276.
- [2009]: *La Violencia de Género en el Ámbito Laboral: El Acoso Sexual y el Acoso Sexista*, Bomarzo, pág. 44.
- RAE: *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed. <http://buscon.rae.es/draeI/>.
- RUIZ CASTILLO, M. M. [2004]: «La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2004, pág. 37 y nota 34. Una crítica a la exigencia de oposición inmediata por parte de la víctima, exigida en el ámbito judicial con relación al acoso sexual.
- SÁNCHEZ, E. y LARRAURI, E. [2000]: «El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral», *Colección Delitos*, núm. 28, Tirant lo Blanch, pág. 39.
- SALA FRANCO, T; BALLESTER PASTOR, M.ª A.; BAÑO LEÓN, J.M.ª; EMBID IRUJO, J.M. y GOERLICH PESET, J.M.ª [2008]: *Comentarios a la Ley Orgánica 2/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Valencia: La Ley, pág. 634, págs. 80-81
- SERRANO GARCÍA, J.M. [2007]: *Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres*, Valencia: Bomarzo, págs. 153-154.
- VALDÉS DAL-RE, F. [2010]: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Madrid: Reus, págs. 164-165.

- VALLEJO DACOSTA, R. [2007]: «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *Relaciones Laborales*, núm. 5, Sección Doctrina, quincena del 8 al 23 mar. 2007, año XXIII, tomo 1, La Ley, pág. 287.
- VV.AA. [GERARDO PISARELLO y VANESA VALIÑO (coords.)], capítulo 5.º, BARRÈRE UNZUETA, M.: [2006]: *Las mujeres y los DESC desde la perspectiva del derecho antidiscriminatorio: Especial referencia a la acción positiva*. http://www.fundacionhenrydunant.org/documentos/Derechos_Economicos_Sociales_y_Culturales_y_Genero/Las_mujeres_y_los_DESC_desde_la_perspectiva_del_derecho_anti.pdf
- VV.AA. [SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (codirs.)], [2008]: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Navarra: Thomson-Aranzadi, pág. 128.