

**LAS MEDIDAS EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO
DISCRIMINACION EN EL TRABAJO.
COMENTARIO DE LA LEY 62/2003, DE 30 DE DICIEMBRE**

SUMARIO

1. LA NECESIDAD DE LAS MEDIDAS Y SU ENCAJE CONSTITUCIONAL
2. LA DEFINICION DE LA DISCRIMINACION Y DEL ACOSO EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO.
3. LAS RAZONES QUE DAN LUGAR A LOS COMPORTAMIENTOS DISCRIMINATORIOS.
4. LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LOS ACTOS DISCRIMINATORIOS Y DEL ACOSO. ACCIONES LEGALES A EMPRENDER.

NOTAS

1. LA NECESIDAD DE LAS MEDIDAS Y SU ENCAJE CONSTITUCIONAL.

Como sucede cada año, la comúnmente denominada Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado (Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social -BOE del 31-), contempla importantes novedades legislativas que afectan, en mayor o menor medida, a diversos órdenes de nuestro ordenamiento jurídico y, entre ellos, al social.

Dejando al margen el criterio de cierto sector doctrinal (1) que discute la posible constitucionalidad de que las Leyes de Acompañamiento aborden temas de tanta trascendencia e importancia práctica por medio de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, respecto de la cual ya el Tribunal Constitucional (TC) censuró el modo de legislar por medio de éstas en sus sentencias 76/1992 y 195/1994, una las novedades a que se refiere la Ley 62/2003 (LMFAOS) es el establecimiento de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación en distintos ámbitos sociales y concretamente, por lo que más adelante se comentará, en el orden laboral.

Aquellas se recogen en su Capítulo III bajo la rúbrica de "Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato", incardinado en el Título II ("De lo social"), desarrolladas en sus artículos 27 al 43, distribuidos a lo largo de Tres Secciones, la 1ª sobre "Disposiciones generales", la 2ª sobre "Medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico de las personas", y la 3ª sobre "Medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo".

Por otra parte, para lograr la real y efectiva aplicación de las medidas acordadas, se procede a modificar diversos artículos del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (arts. 4.2, apartados c y e; 16.2; 17.1 y la adición al art. 54.2 del nuevo párrafo g); de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (art. 37 y la adición del nuevo art. 37 bis); de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (art. 3, apartado 1, párrafo c); del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (arts. 96 y 181); y, finalmente de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (art. 8.12; adición del apartado 13 bis al art. 8; y art. 16.2).

Hecho el anterior preámbulo, el objeto de los preceptos comentados es el establecimiento de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, en los términos referidos en cada una de las secciones del Capítulo II de su Título II.

Tales medidas se proyectan en dos ámbitos distintos. De una parte haciendo valer la igualdad de trato y no discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas en la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios (arts. 29 a 33, incluidos en la Sección 2ª). Y, de otra, imponiendo aquellos mismos principios en el acceso al empleo; la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales; las condiciones de trabajo; la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua, así como el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional; y la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta (arts. 34 a 43, incluidos en la Sección 3ª).

Para fomentar la aplicación efectiva de todas estas medidas, la ley contempla una serie de mecanismos de garantía consistentes en:

- a) El mantenimiento o adopción de medidas de acción positiva a favor de determinados colectivos o destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten en el ámbito laboral por razón de su origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual (arts. 30 y 35), sin que ello afecte al principio de igualdad de trato, entendido en el sentido en que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia 148/1990, de 1 de octubre (RTC 1990, 148, F. 2) cuando de manera rotunda resuelve que *“La igualdad ante la ley prescrita en el art. 14 CE, no puede ser invocada cuando se está ante personas o grupos personales que se rigen por reglas diversas, ya que si el régimen jurídico no es común, tampoco será reconocible la aplicación de igualitaria de la ley ni*

resultará correcta en suma la identificación del término de referencia llevada a cabo por quienes se pretendan discriminados. De modo que sólo acreditándose una semejanza sustancial por quienes están sometidos a un mismo régimen jurídico podría entenderse que el trato diferencial carente de una justificación objetiva y razonable sería discriminatorio". Todo ello de suerte que para el mismo tribunal, en ningún caso pueden ser tildadas de discriminatorias *"las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadores que están sometidos a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él, porque tienden a eliminar situaciones de discriminación existentes"* (STC 128/1987 16 de julio. RTC 1987, 128).

- b) Legitimar a aquellas personas jurídicas que detenten representatividad para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos, para comparecer en los procesos judiciales en nombre del demandante que así lo autorice para hacer valer el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico (art. 31).
- c) Obligar al demandado en un proceso civil, social o contencioso-administrativo en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por las razones ya conocidas, a que aporte una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (arts. 32 y 40).
- d) La creación, mediante su adscripción al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, del denominado Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico, el cual extenderá su actuación asistencial, informativa y de fomento a los ámbitos de la educación, sanidad, prestaciones y servicios sociales, vivienda, acceso a bienes y servicios, acceso al empleo y demás condiciones laborales y profesionales (art. 33).
- e) Posibilitar que los convenios colectivos puedan 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 (art. 42).
- f) Vincular a los poderes públicos para que fomenten la adopción por las empresas y organizaciones empresariales y sindicales de planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad, mediante los incentivos y medidas de apoyo establecidos para ello (art. 43).

Todas estas medidas se dictan al amparo de las competencias que el Estado tiene atribuidas en exclusiva conforme al art. 149.1.1ª, 6ª, 7ª y 8ª de la Constitución, relativas a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y legislación laboral (Disposición

final decimoquinta LMFAOS) y, desde luego, descansan en los derechos y libertades amparados por el texto constitucional en sus artículos 14 (igualdad ante la ley sin afectación de ninguna discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social); 15 (derecho a la integridad física y moral) 16 (libertad ideológica, religiosa y de culto); 18 (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen); 20 (derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones y a comunicar y recibir libremente información veraz); 23 (derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes elegidos en sufragio universal); 27 (derecho a la educación); 28 (derecho a sindicarse libremente y a ejercer la huelga por parte de los trabajadores); 35 (derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente, sin que prevalezca discriminación por razón de sexo); 37.2 (derecho de los trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo); 41 (derecho a recibir con garantías la asistencia y prestaciones sociales suficientes a cargo del régimen público de la Seguridad Social); 43 (derecho a la protección de la salud); 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada); 49 (derecho de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales a que los poderes públicos realicen en su favor una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración); y, art. 51 (derecho de los consumidores y usuarios que los poderes públicos garanticen la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos).

Ahora bien, no se trata tanto de desarrollar el amparo de tales derechos constitucionales, habida cuenta la batería de tratados, convenciones, normas e incluso convenios colectivos que se han ocupado de garantizar los mandatos constitucionales en la materia (2), como de adecuar nuestra legislación a los compromisos contraídos por España en el cumplimiento de las obligaciones que dimanaban del tratado de la Comunidad Europea, por medio de la transposición a nuestro Derecho de las Directivas aprobadas en el seno del Consejo.

Concretamente, se refiere la Exposición de Motivos de la LMFAOS (apartado III) a dos directivas aprobadas durante el año 2000, con base en el art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea (en su versión consolidada por las sucesivas reformas operadas por el Tratado de Maastricht el 7-2-1992 y el 2-10-1997 - antiguo artículo 6 A-), el cual señala textualmente que *“Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

Dichas directivas son, de un lado, la 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, de otro, la 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco

general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

Ambas directivas contemplan unos plazos durante los cuales los Estados miembros deben adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en las mismas, y que finalizaron el día 19 de julio de 2003 en el caso de la Directiva 2000/43 (art. 16), y el día 2 de diciembre de 2003, aunque prorrogable hasta el 2-12-2006 para las disposiciones relativas a la discriminación por motivo de edad y discriminación, en el supuesto de la Directiva 2000/78 (art. 18).

Aún fuera de tales plazos, la LMFAOS procede a la transposición de ambas normas comunitarias, adecuando de esta manera nuestro marco legal general para, entre otros fines y tal como reza el apartado III de su Exposición de Motivos, modernizar la regulación de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo por medio de las reformas operadas en varios preceptos de otras tantas normas en materia social, definiendo por vez primera los conceptos legales de igualdad de trato, discriminación, tanto directa como indirecta, y el acoso.

Como se puede comprobar de la serena lectura de las directivas, la LMFAOS se limita a reproducir aquellos conceptos legales y las medidas que para su efectividad deben garantizarse a lo largo de la relación laboral, incluyendo las de orden procesal.

Se acaba de esta manera con la incertidumbre en cuanto a la definición legal de qué debía entenderse por discriminación y las consecuencias del acoso, como situaciones no deseadas por el afectado que repercutían desfavorablemente en el transcurso de su vínculo laboral con la empresa, lo que abarca desde el momento de su selección a través de los servicios públicos de empleo o agencias de colocación sin fines lucrativos, a su contratación y hasta la finalización de su contrato, pasando por las condiciones laborales y sus modificaciones, la retribución salarial, la formación y promoción profesionales, la actividad sindical o representativa.

A partir de la fecha de entrada en vigor de las nuevas medidas (1 de enero de 2004, salvo para aquellos procedimientos administrativos y procesos jurisdiccionales iniciados con anterioridad a esta fecha, que continuarán sustanciándose conforme a las normas que regían a la fecha de su iniciación - Disposición Transitoria Tercera LMFAOS-), es lo cierto que se genera una mayor seguridad jurídica en cuanto a la prevención de la desigualdad de trato y defensa ante actuaciones discriminatorias que hasta la fecha han venido siendo resueltas por nuestros tribunales.

2. LA DEFINICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN Y DEL ACOSO EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO.

No cabe duda que en el ámbito de la relación laboral existe una especial dificultad en mantener el adecuado equilibrio entre la libertad del empresario para contratar y extinguir el contrato de trabajo y el derecho inalienable del trabajador a que le sean respetados sus derechos básicos antes, durante y al final de su vínculo contractual.

Por tal razón, existen determinadas restricciones legales a la libertad de contratar por la empresa pero también para fijar los mínimos de retribución salarial, jornada, modificaciones contractuales y demás condiciones laborales, imponiéndose la motivación causal como justa extinción del contrato por cualquiera de las causas recogidas en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Estos límites a la libertad del empresario coinciden con el respeto a la igualdad proclamada por el art. 14 CE, igualdad sobre la que el TC se ha manifestado reiteradamente advirtiendo que no toda desigualdad vulnera el precepto constitucional, por cuanto en su aplicación necesariamente han de valorarse los elementos diferenciadores existentes entre una y otra situación debidamente contrastada, si bien la justificación de la desigualdad debe tener, en todo caso, una base objetiva y razonable en función de los efectos y finalidad perseguidos.

Como viene a señalar la sentencia del TC 36/1987, la infracción del principio de igualdad se produce cuando se introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable, lo que de suyo es una limitación al principio de autonomía de la voluntad del empresario en el marco de la relación laboral y, muy concretamente, a poder establecer discriminaciones desfavorables por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa y uso de una determinada lengua dentro del territorio español. Consecuentemente, lo que la ley y la Constitución prohíben con carácter absoluto y de derecho necesario es el trato desigual fundado en alguna de las causas de discriminación señaladas.

Ahondando en este particular, la jurisprudencia que ha ido forjando tanto el TC como el Tribunal Supremo (TS) en torno a las facultades empresariales es clara. Tales facultades aún cuando reales y efectivas, no son omnímodas sino que tienen sus límites, uno de los cuales es el de interdicción de la arbitrariedad, en virtud del cual las condiciones de trabajo deben ser iguales para todos los trabajadores, esto es, el empresario debe guiar su conducta respecto de ellos por el principio de igualdad de trato, de manera que sólo el motivo justificado ampara la desigualdad de trato, pero no el mero capricho o arbitrariedad, correspondiendo al trabajador la prueba de que está siendo desigual o injustamente tratado, salvo que esto sea patente, en cuyo caso el empleador debe probar el motivo justificado que ampara la desigualdad de trato.

En esta línea, el TS en su sentencia de 29 enero 2001, haciéndose eco de las también SSTs 17 octubre 1990, 23 septiembre 1993 y 17 mayo 2000, señala que *“el artículo 14 CE comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminación y tiene a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado y esta distinción, tiene según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues, en éstas, como señala la sentencia 34/1984 del Tribunal Constitucional, la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación”*. Continúa señalando, que si bien es cierto que el artículo 14 CE se refiere a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, la referencia del inciso final de dicho precepto no puede interpretarse en el sentido que comprenda cualquier tipo de condición o circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta y lo que caracteriza la prohibición de discriminación justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es como dice la sentencia del TS de 17 de mayo de 2000, el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia de una sociedad democrática y pluralista.

La cuestión que inmediatamente se plantea es qué deba entenderse por discriminación, aplicada ésta en los distintos supuestos y entramados que la relación laboral implica y siempre con base al principio programático proclamado por el art. 10 CE conforme al cual *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

Ciertamente, el art. 4.2 ET en sus letras c) y e) ya recogían como derechos laborales básicos de los trabajadores la proscripción de la discriminación y de la vulneración al respeto de la intimidad y a la consideración debida a su dignidad, incluyendo la protección frente a ofensas verbales o físicas, aunque tan sólo de naturaleza sexual; pero a partir de la aplicación de la LMFAOS, no sólo se concretan las causas que dan lugar a tales discriminaciones sino que, además, se definen éstas.

Como regla general, la discriminación supone, de entrada y en cualquier orden, el quebrantamiento del **principio de igualdad de trato**, entendido éste como *“la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen*

racial o étnico, la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad, o la orientación sexual de una persona” (3).

A su vez, se entenderá que existe **discriminación directa** cuando *“una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón del origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (4).*

Mientras que *“cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras análoga por razón del origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”,* será considerada una **discriminación indirecta** *“siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios” (5).*

Pero la ley va más allá en su propósito de acabar con cualquier manifestación que mínimamente pueda ser tildada de discriminatoria, contemplando como un acto discriminatorio más *“el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (6).*

De esta suerte, el art. 4.2 c) ET queda ligeramente modificado al sustituirse determinadas causas discriminatorias por otras semejantes acordes con la transposición de las directivas comunitarias. Así el término raza se sustituye por el de *“origen racial o étnico”*. Las ideas religiosas o políticas por el de *“religión o convicciones”* e *“ideas políticas”*. Y se añade como una razón discriminatoria más la de *“orientación sexual”*.

Asimismo, se sustituye la concreta referencia como causa discriminatoria a las disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales por la más genérica de *“discapacidad”*, en consonancia con la reforma operada en los arts. 37 y 37 bis de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos - LISMI- (7).

En idéntica línea reformista, la protección del trabajador frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual del art. 4.2 e) ET se amplía ***“al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (8).*** Acoso que cuando es protagonizado por el trabajador frente al empresario o resto de personas que trabajen en la empresa, será causa justa de despido, según la nueva causa añadida a las ya existentes por medio del párrafo g), incluido en el apartado 2 del art. 54 ET (9).

Esta nueva causa de despido se circunscribe al acoso del trabajador como acto concreto de discriminación, definido por el art. 28. Uno d) LMFAOS, como *“toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona,*

que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo” (10).

El acoso en estas condiciones, se considera como una manifestación de discriminación por parte del trabajador que con ocasión de cualquiera de las causas ya conocidas que le dan origen rompe el principio de igualdad de trato, como bien cuida de advertir el art. 28. Dos LMFAOS.

Hechas las anteriores consideraciones, deberá tenerse en cuenta con respecto a esta nueva causa de despido lo siguiente:

- a) El acoso puede efectuarse tanto por medio de una discriminación directa, es decir, cuando el empresario o cualquier otra persona que trabaje en la empresa sea tratado de manera menos favorable que en otra situación análoga por cualquiera de las razones conocidas. O a través de una discriminación indirecta, manifestada por medio de una decisión unilateral, aparentemente neutra, que ocasiona una desventaja particular a tales personas por idénticas razones sin que objetivamente responda a una finalidad legítima, siendo los medios empleados para la consecución de esta finalidad, inadecuados o innecesarios.
- b) No se contempla como causa de acoso que dé lugar al despido disciplinario, las ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual de que trata el art. 4.2 e) ET. Y es que la nueva causa del art. 54.2 g) ET se limita a al acoso por razón de la orientación sexual del empresario o compañero de trabajo agraviado.

En los casos en que así suceda, las ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual tendrán su acomodo en la causa de despido disciplinario contemplada en el art. 54.2 c) ET.

- c) No supondrá acoso en el sentido anteriormente apuntado, las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con cualquiera de las causas tasadas legalmente cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleva a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.
- d) El acoso deberá reunir las notas de gravedad y de culpabilidad, lo que se traducirá en una conducta consciente del trabajador despedido a actuar de manera discriminatoria y con una tal intensidad que no deje lugar a dudas sobre sus propósitos atentatorios contra el respeto y la dignidad debidas al empresario o compañeros, todo ello en un entorno intimidatorio, humillante y ofensivo.

En cualquier caso, 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 para los trabajadores por cualquiera de las causas enunciadas en el art. 4.2 c) ET, y en cualquiera de sus condiciones laborales, incluyendo el acoso como una manifestación discriminatoria más -art. 28.2 in fine LMAFOS-, deberán entenderse nulas y sin efecto (art. 17.1 in fine ET, en su redacción aprobada por el art. 36. Cuatro de la LMFAOS).

Como nulas y sin efectos se entenderán las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable para el trabajador como airada reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. Garantía ésta que debe vincularse con el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE).

En tales situaciones, la decisión unilateral del empresario que suponga ese trato discriminatorio desfavorable, tan solo puede ser declarado nulo y sin efecto (art. 17.1 ET). Es lo que diversas resoluciones judiciales del orden social, al resolver despidos cuya causa descansa en la decisión del empresario de extinguir el contrato a consecuencia de la previa denuncia o demanda formulada por el trabajador en reclamación de sus derechos, han venido a denominar como “*garantía de indemnidad*”.

Sobre este particular, la STSJ de Extremadura de 31 de julio de 2001 (I.L. J 1802), recoge un pormenorizado estudio de la doctrina constitucional al señalar que *“El TC ha declarado la nulidad de los despidos cuya causa deriva del ejercicio legítimo del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los jueces y tribunales en defensa de derechos e intereses legítimos (SSTC nº 7/1993 y 14/1993). En igual sentido, la legislación laboral hoy vigente establece expresamente que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (art. 55.5 del ET y art. 108.2 LPL). El art. 24.1 de la Constitución Española reconoce el derecho de los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales y obtener una decisión fundada en derecho, esto es, a una prestación que corresponde proporcionar al órgano jurisdiccional, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo (SSTC nº 165/1988 y 151/1990). Ahora bien, dicho derecho no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de la indemnidad. Esto significa que del ejercicio de la actividad judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para las personas que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC nº 7/1993, 14/1993 y 54/1995). De lo que se concluye que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 de la CE puede verse lesionado cuando de su ejercicio por parte del trabajador*

resulte una conducta ilegítima de reacción o respuesta a la acción judicial por parte del empresario” (STC nº 7/1993 y 14/1993).

Finalmente, el art. 39 LMFAOS extiende la protección por la desigualdad de trato y contra la discriminación a los trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional y al servicio de una empresa establecida en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, por medio de la oportuna modificación del párrafo c) del apartado 1 del art. 3 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre (Ar. 1999, 2950), sobre desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

3. LAS RAZONES QUE DAN LUGAR A LOS COMPORTAMIENTOS DISCRIMINATORIOS.

Puede afirmarse que la procedencia de las medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo encuentran adecuada justificación en el creciente flujo migratorio que se incorpora al mercado laboral en nuestro país.

Y es que el número de extranjeros que residen de forma regular en España creció durante el año 2003 un 24,4 por ciento y se sitúa ya en 1.647.11 personas. Del total de residentes, que suponen ya un 4 por ciento del total de la población en España, 406.000 pertenecen a países de la Unión Europea (UE); 154.000 son europeos no comunitarios; 432.000, africanos; 514.000, iberoamericanos; 16.000, norteamericanos; 121.000, asiáticos; y 1.018 proceden de Oceanía (11).

Pero es más, unos 220.000 trabajadores de los países del Este emigrarán cada año a países de la UE después de su ampliación, por lo que consciente de la problemática que ello puede originar, el gobierno de comunitario ha aprobado la segunda fase del programa “Equal”, un instrumento del Fondo Social Europeo para financiar iniciativas piloto, que ayuden a los colectivos más desfavorecidos a acceder o a permanecer en el mercado laboral y para el que España recibirá desde 2004 hasta 2007, 260 millones de euros de la UE para luchar contra la discriminación laboral. De este total, existe una dotación de 79,1 millones de euros que persigue facilitar el acceso y la reincorporación laboral de las personas con dificultades; otra de 14,8 millones de euros para combatir el racismo y la xenofobia; mientras que otros 39,4 millones, están destinados a hacer efectiva la conciliación de la vida familiar y profesional.

Ahora bien, la diversidad de razas, culturas y tradiciones de los extranjeros que emigran comporta necesaria e inevitablemente confrontaciones que inciden en el ámbito laboral. Piénsese, por ejemplo, en las costumbres y fiestas a guardar según el rito o tradición de cada religión y los conflictos que su observancia puede originar, y de hecho así sucede, en el desarrollo de la actividad laboral (12); o en la costumbre de usar determinadas prendas y vestidos (13).

Estas situaciones pueden generar un componente de intolerancia en cuanto se traspasen los límites tolerables y comúnmente aceptados, aún considerando el respeto del debido juicio de proporcionalidad y de justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato.

Las razones que conducen a comportamientos que puedan ser calificados, directa o indirectamente, como discriminatorios se basan, como advierte el art. 4.2 en sus apartados c) y e) ET, en:

a) El origen racial o étnico.

Para la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, acordada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de marzo de 1966, la expresión "*discriminación racial*" denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública (14).

Este compromiso obliga a los Estados firmantes a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce del derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse; el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales; y el derecho a la educación y a la formación profesional (15).

Desde luego, la discriminación por esta causa puede venir de la mano de un trato desigual con motivo de que el trabajador provenga, dentro del mismo territorio del que sea nacional, de una determinada comunidad autónoma o zona geográfica o pertenezca a una determinada etnia (la gitana, por ejemplo).

De otra parte, el art. 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal -Ar. 1999, 3058- (LOPD) se refiere a que los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.

b) Por la condición social.

Bajo esta causa se recogen aquellos motivos discriminatorios que se refieren, por ejemplo, al estado de salud del trabajador como pueda ser el pertenecer a un grupo de riesgo (afectados de cáncer o del Sida).

c) Por razón de religión o convicciones.

Las decisiones empresariales que descansen en comportamientos discriminatorios por razón de la religión profesada por el trabajador o en sus convicciones deben ser declaradas nulas (art. 17.1 ET), en cuanto atentan frontalmente a la libertad ideológica, religiosa y de culto amparada por el art. 16.1 CE.

Tampoco se encuentra legitimado el empresario para obligar a declarar al trabajador sobre su ideología, religión o creencias, bien como requisito previo para su contratación o como condición para el reconocimiento de un derecho que por ley, convenio o pacto le corresponda (art. 16.2 CE y art. 7.1 LOPDCP).

d) Por razón de ideas políticas.

La CE garantiza a los trabajadores, en su condición de ciudadanos de pleno derecho, su libertad ideológica (art. 16.1), a expresar y difundir libremente sus pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1 a), a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1 d), a poder asociarse (art. 22) y a poder participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, mediante el derecho del voto en las elecciones periódicas (art. 23.1).

Según dispone el art. 7.2 LOPDCP, sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen su ideología.

e) Por razones de orientación sexual.

Las discriminaciones basadas en esta causa van más allá del respeto a la igualdad de distintos sexos, sino que se extienden a cualquier otra orientación o relación afectiva que no sea la tradicionalmente heterosexual, incluyendo pues a las formadas por personas del mismo sexo.

Es de advertir que el art. 4.2 c) ET no recoge como causa de discriminación propiamente dicha la de naturaleza sexual, aunque sí el art. 4.2 e) ET cuando se refiere al derecho básico de todo trabajador a ser respetado frente a ofensas verbales y físicas de tal carácter, incluyendo en ellas el acoso sexual, quizá porque el legislador lo que ha pretendido es incluir estas últimas en el plano del respeto y consideración debidas a la dignidad del trabajador, más que en el de

la discriminación, pues como ha declarado el TC, el acoso sexual en el trabajo implica tanto un atentado a la intimidad personal, garantizada en el art. 8.1 de la Constitución, como una vulneración de la consideración debida a la dignidad del trabajador, configurado como uno de los derechos reconocidos por el art. 4.2. e) del ET siendo necesario para poder apreciar esta figura en su dimensión de acoso sexual ambiental la concurrencia de tres requisitos: primero, una conducta de tal talante que se exteriorice por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado en actos, gestos o palabras; en segundo lugar, que ese comportamiento se perciba como indeseado o indeseable por la víctima o destinataria; y, en tercer lugar, que sea grave y capaz de crear un clima radicalmente odioso o ingrato en el ámbito del trabajo (STC nº 224/1999, de 13 de diciembre).

No obstante, todas estas conductas, tanto en el plano de la discriminación como de las ofensas, participan por igual de un mismo motivo, la discriminación de género y, concretamente, contra la mujer.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 193, ONU Doc. A/34/46, y cuya entrada vigor fue el 3 de septiembre de 1981, incluye la expresión "*discriminación contra la mujer*" como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (art. 1).

En virtud de dicho compromiso y conforme reza su art. 11, los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, y en particular:

1. El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano.
2. El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo.
3. El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico.
4. El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo.

5. El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.
6. El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.
7. Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.
8. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales.
9. Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.
10. Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

España ha aprobado a lo largo de estos últimos años un amplio conjunto de normas legales a favor de la mujer trabajadora, que confluyen actualmente en el marco del Plan de Acción para el Empleo y del denominado II Plan Nacional de Acción para la inclusión social 2003-2005, con la finalidad de que la mujer trabajadora no sólo no se vea discriminada sino que el empresario encuentre en su contratación suficientes alicientes en forma de subvenciones y bonificaciones (16). Protección que se hace particularmente intensa en lo referente a la declaración de nulidad del despido en los supuestos contemplados por el art. 55.5, apartados a) y b) ET y art. 108.2, apartados a) y b) LPL cuando, entre otros supuestos, la extinción del contrato de trabajo por el empresario coincide en el tiempo con los periodos de suspensión por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo (17).

La STC nº 136/1996, de 23 de julio ha afirmado con respecto a esta causa de nulidad que *“La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológicamente incontrovertible (STC 240/1999, de 20 de diciembre) incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994, de 7 de diciembre). En estos pronunciamientos se ha subrayado que, tanto de los Tratados internacionales como del ordenamiento comunitario, se desprende que tal extinción causal del contrato de trabajo de una trabajadora por razón de*

su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo. (...) Por ello, como señala la STC 203/2000, de 24 de agosto, no resulta admisible, desde la perspectiva del art. 14, fundar la denegación de un derecho con trascendencia constitucional exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad”.

Sea como fuere, el propio Plan Nacional de Acción para el Empleo admite que a pesar de la favorable evolución del empleo femenino (18), que ha aumentado un 40 por 100 desde 1997, sigue existiendo un gran desequilibrio respecto a su participación en el mercado de trabajo en relación con los hombres. La tasa de desempleadas duplica a la de desempleados, mientras que las mujeres representan sólo el 30 por 100 en el empleo por cuenta propia. De ahí que incluso se haya contemplado esta preocupación por medio de Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva para los años 2003 y 2004, estableciendo un conjunto de criterios generales para favorecer la igualdad de género en materias tales como: la adopción de cláusulas antidiscriminatorias; la adecuación de los convenios colectivos a la normativa en vigor; la inclusión de cláusulas de acción positiva para favorecer la inserción laboral de las mujeres en los sectores en que están subrepresentadas; aplicación de sistemas de clasificación, promoción y formación, basados en criterios técnicos, objetivos y neutros; la aplicación adecuada de principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor; establecimiento de medidas sobre jornada laboral, vacaciones y programación de la formación, que permitan conciliar las necesidades productivas con las personales o familiares; etc.

f) Por afiliación o no a un sindicato.

El derecho a sindicarse libremente se encuentra regulado y amparado en el art. 28 CE, en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y en los arts. 4.2 c) y 17.1 ET.

Con relación al derecho de libertad sindical, la STC nº 48/2002, de 25 de febrero (I.L. J 259), otorga el amparo por vulneración de la libertad sindical en su vertiente de derecho a no sufrir discriminación por razón de afiliación a un sindicato, a dos recurrentes a los que el Ayuntamiento de Fuengirola extinguió su contrato, junto a otros trabajadores por causas económicas. La vulneración reside en que, de los 23 trabajadores despedidos, 19 de ellos (entre los que hallaban los recurrentes en amparo), se encontraban afiliados a esa fecha al sindicato UGT; extremo conocido por el ayuntamiento al proceder al descuento de la nómina de esos trabajadores de la cuota sindical.

También es declarado nulo el despido practicado a un trabajador por considerar la actuación disciplinaria de la empresa lesiva del derecho de libertad sindical, fundamentándolo en que *“1º El antecedente de otro despido disciplinario, derivado de la participación del trabajador en la huelga convocada por su sindicato, y la solución de readmisión derivada del arbitraje voluntario de un alto cargo público gallego, lo que para la Sala configura un contexto fáctico conflictivo, en un periodo inmediatamente anterior (...) al despido disciplinario,*

la readmisión se había producido a 27-7-2001 y el expediente disciplinario se inició a 12-9-2001, intervalo en el que la empresa intentó alcanzar una resolución indemnizada mediante una reunión producida sólo dos días antes de la comunicación al trabajador de la iniciación del expediente disciplinario. Tampoco se puede pasar por alto, que (...) otro trabajador asistente a la reunión con la empresa ha sido objeto de un expediente por otros hechos (...) 2º (...) el conocimiento de la empresa de la afiliación del trabajador (...) 3º De los hechos imputados en la carta de despido disciplinario, (...) la prueba testifical ha resultado contradictoria (...) así como que el supuesto insultado es un superior jerárquico de la empresa, es representante cualificado de la empresa y único testigo del presunto hecho (lo cual para la Sala) resta imparcialidad a su declaración que no ha venido apoyada por prueba complementaria alguna” (STSJ Galicia, 8 de mayo de 2002. I.L. J 1563).

g) Por razón de lengua, dentro del Estado español.

Esta causa se está refiriendo al uso de las diversas lenguas españolas en cada una de las zonas geográficas de nuestro país.

El art. 3 CE tras proclamar que el castellano es la lengua española oficial del Estado, reconoce y ampara el conocimiento y el uso de las demás lenguas españolas, objeto de especial respeto y protección, que también serán oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos y leyes que las regulen.

De ahí que el uso indistinto de dos lenguas, o el exclusivo de alguna de ellas, en una empresa o centro de trabajo ubicado en una determinada Comunidad Autónoma, con identidad idiomática, no puede ser razón de discriminación contra el trabajador que las use.

Tampoco parece que haya de ser discriminatoria la exigencia empresarial por la que un determinado trabajador o grupo de trabajadores deba emplear una determinada lengua cooficial propia de la comunidad en que se ubique el centro de trabajo, pues como resolvió el TC en su sentencia 46/91, de 28 de febrero (FJ 2) el principio de la igualdad de derechos y obligaciones de los españoles en cualquier parte de territorial nacional (art. 139.1 CE) no implica una rigurosa y monopolítica uniformidad del ordenamiento, el cual tiene una estructura compuesta que deriva de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas (STC 37/81, FJ2) por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional.

h) Por razón de discapacidad

En un segmento de la población particularmente sensible a la integración social (19), los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate (arts. 49 CE y 4.2 c/ y 17.1 ET; Ley 13/1982, de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos -RCL 1982, 1051-; y Real Decreto 1451/1983, de 7 de abril, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de

empleo de los trabajadores minusválidos -RCL 1983, 1174-, modificado por el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero - BOE nº 27/04, de 31 de enero -).

La protección de la población minusválida en el ámbito de la relación laboral viene desarrollada, en su mandato constitucional, por el art. 38.2 de la Ley de Integración Social de los Minusválidos y por la propia Directiva C.E.E. 2000/78 de 27 de noviembre de 2000 del Consejo, sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyo art. 2 se refiere a que existirá discriminación directa cuando una persona por razón de su discapacidad sea, haya o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga, mientras que existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con discapacidad, en cuyo caso el empresario estará obligado en virtud de la legislación nacional a eliminar las desventajas de esa disposición, ese criterio o esa práctica.

Para otorgar esta protección, el TS viene exigiendo que el trabajador se encuentre afecto de una minusvalía en grado legal (al menos, en un 33 por 100) y que la decisión empresarial, a modo de discriminación, se produzca en atención a la misma, sin repercusión en la aptitud para el trabajo (STS 29 de enero de 2001. RJ 2069).

“Lo que caracteriza la prohibición de discriminación es el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de presión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista” (STS 29 de enero de 2001. I.L. J 49, con cita de la STC 17 de mayo de 2000).

Es más y a efectos probatorios, el art. 20.1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (Ar. 2003, 2818) advierte que *“En aquellos procesos jurisdiccionales en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de graves indicios de discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad, el juez o tribunal, tras la apreciación de los mismos, teniendo presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio y el principio procesal de igualdad de partes, podrá exigir al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*, mandato este que ha sido recogido por el art. 96 LPL, en su redacción aprobada por el art. 40 LMFAOS.

4. LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LOS ACTOS DISCRIMINATORIOS Y DEL ACOSO. ACCIONES LEGALES A EMPRENDER.

Sería prolijo entrar en detalle sobre las posibles alternativas que se le abren al trabajador afectado por una decisión discriminatoria o un acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, pues dependerá del grado de intensidad, culpa, gravedad y efectos que se proyectan sobre la relación de trabajo.

No obstante, pueden distinguirse tres posibles actuaciones: la penal, la administrativa y la del orden jurisdiccional social.

- a) En el plano penal, como norma general, se sancionan todas aquellas conductas que atenten contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución (arts. 510 a 521 del vigente Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).

Por su parte, el art. 314 del Código Penal (en su redacción aprobada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre –Ar. 2003, 2744-), inserto en el Título XV de su Libro I, intitulado *“De los delitos contra los derechos de los trabajadores”* castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses a quienes *“produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado”*.

Si se trata de que a resultas de la discriminación se produce un tráfico ilegal con mano de obra, mediante el reclutamiento de súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual, el art. 312 CP castiga a los responsables a penas de prisión de seis meses a tres años, y multa de seis a doce meses.

- b) En el plano de la actuación administrativa, el art. 41 de la LMFAOS modifica el art. 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto -Ar. 2000, 1804- (LISOS), de modo que será considerada como infracción muy grave en materia de relaciones individuales y colectivas y, por tal motivo, sancionables según su art. 40.1 c) con multa de 3.005,07 euros a 90.151,82 euros *“las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o de*

discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluso 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 o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

También será sancionable como infracción muy grave, además de *“el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto de la misma”* (art. 8.13 LISOS), *“el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, 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, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”* (nuevo apartado 13 bis del art. 8 LISOS).

Finalmente, se considera infracción muy grave en materia de empleo *“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, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado”* (art. 16.2 LISOS).

A la multa ya comentada para las infracciones muy graves, se añadirán las accesorias previstas en el art. 46 LISOS, consistentes en la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de los programas de fomento del empleo, pudiendo ser excluidos los empresarios del acceso a tales beneficios por un periodo máximo de un año.

- c) En el ámbito de la jurisdicción de orden social, la actuación de los juzgados y tribunales podrá venir dada por dos formas de actuación:
1. Mediante procedimiento de oficio a instancia de la autoridad laboral, regulado en los arts. 146 a 150 LPL, como consecuencia de las certificaciones de sus resoluciones laborales derivadas de las actas de infracción de la inspección de Trabajo y de Seguridad Social en la que se aprecien perjuicios económicos de los trabajadores afectados por decisiones discriminatorias o por acoso basadas en las causas a que se refieren los apartados 12 y 13 bis del art. 8 y el apartado 2 del art. 16 LISOS.

2. Mediante el procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a consecuencia de tratamiento discriminatorio regulado en los arts. 175 a 182 LPL, salvo por lo que se refiere a las demandas por despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de disfrute de vacaciones, impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de libertad sindical u otro derecho fundamental, que se tramitarán inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal correspondiente (art. 182 LPL).

En ambas modalidades procesales, corresponde al empresario demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de que las medidas adoptadas y su proporcionalidad no suponen la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual como los alegados por el trabajador en su demanda, tal como contempla el modificado art. 96 LPL que anteriormente limitaba dicha carga probatoria a las discriminaciones por razón de sexo, quedando el resto de causas discriminatorias sometidas al principio general enunciado por el art. 179.2 LPL.

Consecuentemente, es de aplicación la doctrina que el TC ha venido perfilando acerca de la carga de la prueba en el sentido de afirmar, refiriéndose a los despidos discriminatorios, que cuando se trata de la posible vulneración de derechos fundamentales del trabajador, la discordancia entre la causa invocada y la causa real asume relevancia a los efectos de prueba de ésta segunda y de la correspondiente calificación y efectos.

Las SSTC nº 38/1981 de 23 de noviembre, y la nº 136/ de 23 de julio señalan que *"cuando se alegue que un despido encubre en realidad una extinción del nexo contractual lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, como serían en este caso los de libertad sindical y tutela judicial efectiva de la demandante (artículos 28 y 24 de la Constitución Española), incumbe al empresario probar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a tales derechos, produciéndose entonces un desplazamiento a este último del onus probandi si se aportan indicios (falta de alta en la Seguridad Social al tiempo de reincorporación al trabajo, impago de salarios, intervención de la Inspección de Trabajo y de la Autoridad laboral, demandas ante los Juzgados de lo Social, requerimientos cruzados entre las partes, etc.) que generan una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato. Presente esta prueba indiciaria, el empresario asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva constituyen una legítima causa resolutoria, desprovista de todo móvil atentatorio de derechos fundamentales ..."*.

Pero en tal caso, la posibilidad de valoración de la causa real requiere haber sido alegada por el trabajador en la demanda; producida ésta, surge la necesidad de demostración de los hechos en que se funda, entrando en juego, y sólo entonces, el juego de la prueba de presunciones, respecto a la cual la

jurisprudencia es clara e indubitada cuando afirma que no basta la mera alegación de la vulneración de derechos fundamentales, sino que es preciso acreditar la existencia de *“indicios racionales”* de tal vulneración, de suerte que la decisión judicial sólo puede fundarse sobre la prueba practicada, y ésta, ha de recaer sobre la causa.

Sólo partir de entonces corresponde al empresario demandado la aportación y prueba de los hechos que impidan la actuación de la presunción, bien porque destruya la acreditación de tales hechos, bien porque pruebe la existencia de otros que imposibiliten la obtención de la presunción.

Es por tal motivo que el TC exige una *“prueba verosímil”* (STC nº 207/2001, de 22 de octubre, FJ 5) o *“principio de prueba”* revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general. Asimismo, la STC nº 14/2002, de 28 de enero, I.L. J 2 (Recurso de Amparo 1462/1998) se refiere a que *“Para imponer al empresario la carga probatoria (...) resulta insuficiente la mera afirmación de la existencia de discriminación o de lesión de un derecho fundamental, sino que tal afirmación haya de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de la realidad de aquella discriminación o lesión. Se hace necesario, por tanto, que quien afirme la referida vulneración acredite la concurrencia de indicios racionales de la probabilidad de la existencia de la lesión alegada. La aportación de tales indicios es, así, el deber que recae sobre el demandante, quien está lejos de hallarse liberado de toda carga probatoria y a quien no le basta alegar, sin más, la discriminación o lesión de un derecho fundamental, sino que deberá aportar algún elemento que, aun cuando no pueda servir para formar de una manera plena la convicción del juez sobre la existencia de hechos normalmente constitutivos de la vulneración del derecho, permita alcanzar una creencia racional sobre su certeza”*.

En la misma línea se pronuncian acerca de la aportación por el trabajador de una prueba verosímil, reveladora de un panorama discriminatorio general o de sospecha, las SSTC 41/2002, de 25 de febrero, I.L. 256 (recurso de amparo 1203/1997) y 207/2001, de 22 de octubre, FJ 5º.

Pedro Tuset del Pino
Abogado

NOTAS

- (1) “La incorregible Ley de Acompañamiento y el principio de igualdad”. Antonio V. Sempere Navarro. Actualidad Jurídica. Aranzadi. Año XIV, nº 608, de 22-1-2004, pág. 3.
- (2) A título de ejemplo y sin ánimo exhaustivo pueden citarse diversos convenios y recomendaciones de la O.I.T., tales como: el Convenio 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 4-6-1958, y su Recomendación 111 que la acompaña, que define la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social “que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de opinión o de trato en el empleo y la ocupación”. El Convenio 87, relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, adoptado el 9-7-1948. El convenio 156, relativo a la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, de 3-6-1981. El Convenio 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, de 6-6-1951. La recomendación 151, sobre los trabajadores migrantes, de 4-6-1975. El Convenio 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, de 4-6-1975. El Convenio 163, relativo a la protección de la maternidad, de 4-6-1952. O la Declaración de la O.I.T. de 1998 relativa a los principios y fundamentos y derechos fundamentales en el trabajo.

Son igualmente de destacar, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), de 10-12-1948 (art. 2). El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16-12- 1966 (art. 2.2). La declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1904 (XVIII), el 20-11-1963. La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 36/55, el 25-11-1981. O la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2263 (XXII), de 7-11-1967 (art. 10).

En el ámbito de la Unión Europea destacan el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los protocolos adicionales números 3, 5, 8 y 11, mayo de 1963, 20 de enero de 1966, 19 de marzo de 1985 y 28 de noviembre de 1996, respectivamente. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25-3-1957, en su versión consolidada con las reformas introducidas por el tratado de Maastricht el 7-2-1992 y el 2-10-1997 (art. 13). La Carta Social Europea, firmada en Turín el 18-10-1961. Y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada en Niza en diciembre de 2000 (con especial mención a los derechos de la población discapacitada en sus arts. 20, 21.1 y 26).

Ya de vuelta a nuestro país, toda esta normativa se ha ido trasponiendo a nuestro derecho positivo por mandato constitucional, destacando: la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de libertad sindical. EL Real Decreto ley 17/1977, de 4 de marzo, reguladora del derecho de huelga. La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003. Para finalizar con el vigente Estatuto de los Trabajadores, de 24-3-1995, en cuyos arts. 4 (letras c y e) y 17.1 se regulaban por vez primera medidas frente a la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.

(3) Art. 28.1 a) LMFAOS

(4) Art. 28.1 b) LMFAOS

(5) Art. 28.1 c) LMFAOS. De ahí, por otro lado, que se proceda a modificar el art. 17.1 ET en el sentido de entenderse nulos y sin efectos 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, así como en materia de retribuciones 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. Incluyéndose, el que la jurisprudencia ha venido denominando como derecho a la indemnidad, esto es, declarando nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada por la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación (art. 37. Cuatro LMFAOS).

(6) Art. 28.2 LMFAOS

(7) Arts. 37. Uno y 38 LMFAOS. También la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad se refiere, en general y como colectivo tutelado, a las personas con discapacidad.

(8) Art. 37. Dos LMFAOS

(9) Art. 37. Cinco LMFAOS

(10) El acoso ha venido tradicionalmente vinculado a comportamientos sexuales. La Unión Europea por medio de la Declaración CEE/27/1992 ha definido el acoso sexual en el trabajo como la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, lo que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados. Pero también se manifiesta de otros modos, como el

denominado acoso moral (o mobbing) en el trabajo que se caracteriza, según la Resolución de Parlamento Europeo de 29-9-2001, por las agresiones verbales, aislamiento social, difusión de críticas o rumores vertidas sobre una persona, que crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador objeto de la misma; o como señala la STSJ de Navarra de 30-4-2001 (AS 2001, 1878) *“con la consiguiente degradación del clima laboral”*. Conducta que atenta contra diversos derechos y bienes especialmente tutelados por la Constitución como es, entre otros, el de igualdad de trato.

- (11) Por nacionalidades, 333.000 residentes son marroquíes; 174.000, ecuatorianos; 107.000, colombianos; 57.000 peruanos; 56.000, chinos; y 54.000, rumanos. De la UE, destacan los ingleses (105.000), alemanes (67.000) e italianos (59.000). En cuanto a su distribución, Cataluña es la comunidad autónoma donde viven más inmigrantes (383.938), seguida de Madrid (355.000), Andalucía (208.000), Valencia (180.000) y Canarias (113.000). Por provincias, Madrid y Barcelona albergan a un 37,8 por ciento del total de extranjeros.
- (12) A título de ejemplo, los musulmanes observan el rito del Ramadán, consistente en un periodo de reflexión espiritual en que durante varias semanas se ayuna durante todo el día. En la religión judía es tradición guardar la celebración de diversas fiestas como el Año Nuevo Judío (Rosh-Hashana), los días 18 y 19 de septiembre; el Día del Perdón (Iom Kipur), e día 27 de septiembre; el Sucot, los días 1 a 8 de octubre; o el Shabat, descanso obligado los sábados y recogido en los Diez Mandamientos (Exodo 20:8-12). Los practicantes Budistas, por su parte, guardan fiesta los días 15 de febrero con ocasión de La Muerte del Buda (Parinirvana), o el 16 de mayo Día del Buda (Wesak). En cuanto a las religiones protestantes hay que estar a sus más diversas manifestaciones (Iglesia Unida Metodista, Iglesia Anglicana, Iglesia Presbiterana, Iglesia Metodista o Iglesia Episcopal Tradicional Protestante).
- (13) Conocida es la polémica creada en Francia a raíz del uso del “chador” por las mujeres islámicas que ha acabado con su prohibición legal. Lo mismo puede predicarse del uso de la “kipa” en la cabeza por los judíos ortodoxos.
- (14) Art. 1º.1
- (15) Art. 5º
- (16) Aún cuando sería prolijo detallar exhaustivamente todas estas normas, destacan: la Ley 3/1989, de 3 de enero, por la que se amplía a 16 semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo; el Real Decreto ley 11/1998, de 4 de septiembre (Ar. 1998, 2242), por el que se regulan los beneficios de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento; la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (Ar. 1999, 2800), para promover la conciliación de la vida familiar y de las personas trabajadoras; la Ley 33/2002, de 5 de julio (Ar. 2002, 1723) que modificó el Estatuto de los Trabajadores en materia de igualdad salarial; las Leyes 45 y 53 /2002 (Ar. 2002, 2901 y 3081), sobre fomento del empleo indefinido bonificado tras bajas por maternidad a favor de mujeres desempleadas, así como para la reanudación de contratos indefinidos o temporales tras periodos de baja por maternidad o excedencia (Real Decreto ley 2/2003), cuando la reincorporación se produce en los 24 meses posteriores al parto; Ley 62/2003, de 30 de diciembre (Ar. 2003, 3093), sobre bonificación de contratos indefinidos a favor de mujeres

desempleadas entre 16 y 45 años. El fomento del empleo se complementa con deducciones fiscales para las mujeres que realizan una actividad, por cuenta propia o ajena, si están dadas de alta en la Seguridad Social o en una Mutuality, cuyo importe máximo es de 1.200 euros por cada hijo menor de tres años, incluyendo la adopción o el acogimiento, pudiendo solicitarse anticipadamente y cobrarse mensualmente hasta un máximo de tres años.

- (17) Igualmente debe declararse nulo el despido cuando: a) La trabajadora sea despedida habiendo solicitado o estando disfrutando de un permiso por lactancia de un hijo menor de nueve meses (art. 37.4 ET); o con derecho a ausentarse de su puesto de trabajo durante una hora en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (art. 37.4 bis ET); o por reducción de su jornada de trabajo para el cuidado directo de un menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial que no desempeñe una actividad retribuida (art. 37.5 ET). b) De igual manera, cuando el trabajador sea despedido habiendo solicitado o estando disfrutando un periodo de excedencia de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, sea por naturaleza o adopción o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de resolución judicial o administrativa (art. 46.3 ET). c) O cuando el trabajador sea despedido habiendo solicitado o encontrándose disfrutando de un periodo de excedencia no superior a un año, salvo que el convenio colectivo establezca una duración mayor, para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida, o para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida (art. 46.3 ET).
- (18) La tasa de ocupación femenina en España durante el año 2003 se situó en torno al 46,5 por 100, muy por debajo de la tasa de la Unión Europea que fue del 55,6 por 100.
- (19) Según los datos de la Encuesta del INE de población activa referidos al 2º trimestre de 2002, el 8,7 por 100 de la población en edad de trabajar sufre algún tipo de discriminación; 2 de cada 3 personas con discapacidad en edad de trabajar se encuentran inactivos laboralmente y, aproximadamente, el 15 por 100 de los activos están desempleados. Los demandantes de empleo registrados en los Servicios Públicos de Empleo ascendían en el mismo periodo a 54.737.