

LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN Y DEL ACOSO SEXUAL Y MORAL EN EL PROCESO LABORAL.

José Fernando Lousada Arochena.

SUMARIO: I. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN Y DE LA LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: A) ¿POR QUÉ ESA FLEXIBILIZACIÓN?. B) EL ESQUEMA GENERAL DE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN O DE LA LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO LABORAL. C) LA CARGA PROBATORIA DE LA PARTE DEMANDANTE: 1. La exigencia de una prueba a la parte demandante. 2. ¿Sólo técnica de indicios o además principio de prueba?. 3. Implicación judicial en la aportación de prueba. 4. Un análisis de la última doctrina constitucional con especial atención sobre los datos indiciarios. D) LA CARGA PROBATORIA DE LA PARTE DEMANDADA: 1. Las exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad. 2. La exigencia de suficiencia probatoria. E) EL ÁMBITO DE LA FLEXIBILIZACIÓN: ¿EN QUÉ PROCESOS SE APLICA Y EN QUÉ PROCESOS SE PODRÍA APLICAR?. **II. LA CREACIÓN DE UN ACERVO COMUNITARIO SOBRE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN:** A) LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA EN EL ÁMBITO DE LO LABORAL. B) LA EXTENSIÓN DE LA NORMA DE FLEXIBILIZACIÓN A OTRAS DISCRIMINACIONES Y A ÁMBITOS NO LABORALES. C) LA INCOMPLETA TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LAS LEYES ESPAÑOLAS. **III. LA PRUEBA ESTADÍSTICA DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA:** A) SU (RELATIVA) IMPORTANCIA PRÁCTICA. B) LA VALORACIÓN ESTADÍSTICA DEL IMPACTO ADVERSO: 1. Una aproximación a la jurisprudencia europea. 2. Una aproximación a la jurisprudencia española. **IV. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y EL DICTAMEN DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS COMPETENTES.** **V. LA PRUEBA DEL ACOSO SEXUAL:** A) EL POLIMORFISMO DEL ACOSO SEXUAL Y LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA PRUEBA. B) LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO LA PRUEBA REINA EN LOS JUICIOS DE ACOSO SEXUAL. **VI. LA PRUEBA DEL ACOSO MORAL:** A) LOS INDICIOS DEL ACOSO MORAL: 1. Un análisis de los indicios habituales en la jurisprudencia laboral. 2. La pericia médica del daño psicológico. 3. Un ejemplo judicial de valoración indiciaria del acoso moral. B) LA CARGA PROBATORIA DE LA PARTE DEMANDADA, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA PRUEBA DE LA SIMULACIÓN.

I. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN Y DE LA LESIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: A) ¿POR QUÉ ESA FLEXIBILIZACIÓN?.

La efectividad judicial de cualquier derecho es una cuestión íntimamente relacionada con su prueba. Quien ostenta un derecho tiende, consciente de lo expuesto, a garantizar esa prueba. Por ello, la distribución de la carga de la prueba se realiza, conforme a criterios de normalidad, considerando a quien le interesa la prueba de cada uno de los hechos jurídicos litigiosos. Tal lógica era el fundamento del viejo –y algo tosco– artículo 1214 del Código Civil, donde se decía que *“incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”*, y lo sigue siendo del actual –y más técnico– artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se dice que *“incumbe al demandante y al*

demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención” –apartado 2-, e “incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior” –apartado 3-.

Pero estas reglas generales de distribución de la carga de la prueba, aun con la atemperación –fácilmente aplicable a una relación como la laboral caracterizada por la desigualdad real de las partes- derivada de que *“para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”* –según se afirma en el apartado 6 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, se muestran insuficientes cuando se trata de acreditar una discriminación o una lesión de derechos fundamentales, y ello a causa de dos circunstancias:

1ª. La discriminación y la lesión de derechos fundamentales son conductas de gran variedad teórica y práctica, lo que permite hablar de *“conducta(s) polimorfa(s)”*¹, o, dicho en otros términos, *“no responden a un paradigma o patrón común que pueda fácilmente evidenciarse”*².

2ª. La discriminación y la lesión de derechos fundamentales son conductas habitualmente enmascaradas en una apariencia de legitimidad, o, dicho en otros términos, se trata de conductas que *“nunca se presentarán como tales, salvo supuestos extremos, sino enmascaradas y ocultas”*³.

Nuestro Tribunal Constitucional, que admite desde una primeriza, y sin duda alguna emblemática, Sentencia, la 38/1981, de 23 de noviembre, la flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales, lo justifica dentro de unos parámetros semejantes, añadiendo la situación de especial privilegio de los derechos fundamentales y las libertades públicas dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Por citar una que sea ilustrativa, la STC 90/1997, de 6 de mayo, al respecto afirma que *“la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración ... constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba”*.

Además, la STC 21/1992, de 14 de febrero, encuentra, cuando la discriminación o la lesión de derechos fundamentales se canalice a través de un despido, una justificación adicional de su doctrina de flexibilización de la carga de la prueba *“en la facilidad con que, dado el régimen jurídico de los despidos ... improcedentes, podría un empresario encubrir un despido atentatorio contra un derecho fundamental del trabajador bajo la apariencia de un despido sin causa, por medio de ... (una) carta de despido que diera lugar a una declaración de despido ... improcedente”*.

La STC 82/1997, de 22 de abril, concluye, con un tono muy enfático, que *“la experiencia enseña que de no existir ... (una) adecuada distribución de la carga de la prueba, la interdicción de la discriminación no es efectiva ni real, permaneciendo, podría decirse, en el plano de la mera declaración de buenas intenciones o de la simple retórica”*. No en vano, *“la prueba es una variable que influye muy directamente en la mayor o menor efectividad de la protección antidiscriminatoria”*, o -

¹ Calificación realizada respecto a la conducta discriminatoria, y que, sin duda alguna, es extensible a cualquier lesión de derechos fundamentales, por Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer / María Fernanda Fernández López, “Igualdad y discriminación”, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, página 300.

² Faustino Cavas Martínez, “El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004, página 344.

³ Ignacio García-Perrote Escartín, “Prueba y proceso laboral”, Derecho Privado y Constitución, número 4, 1994, página 217.

añadamos- de la lesión de derechos fundamentales⁴. Un “*banco de prueba*” de la eficacia real de la garantía constitucional de los derechos fundamentales⁵.

De la conjunción de la eficacia de los derechos fundamentales y de las libertades públicas con las dificultades probatorias derivadas del carácter polimorfo y aparentemente legítimo de las conductas discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales surge, en suma, la necesidad de “*adaptar la normativa sobre prueba a los aspectos, múltiples y cambiantes, de la discriminación*”, o –añadamos- de la lesión de derechos fundamentales, a través de “*una serie abierta de medidas probatorias*”⁶. Porque “*o se establecen reglas específicas en materia de prueba que permitan probar lo que sin ellas es muy difícil probar o la interdicción de la discriminación permanecerá en el universo de las declaraciones de buenas intenciones, y no en el de las normas jurídicas*”⁷.

B) EL ESQUEMA GENERAL DE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN O DE LA LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO LABORAL.

La jurisprudencia constitucional sobre la distribución de la carga de la prueba de la discriminación o de la lesión de derechos fundamentales es el fruto de una larga evolución judicial, caracterizada por el continuo engarce de cada nueva sentencia constitucional en las anteriores sentencias constitucionales, una continuidad doctrinal no impeditiva de que, en no pocas ocasiones, se añadan nuevos e importantes matices, y no impeditiva de que, a veces, esos matices determinen alguna divergencia argumental. Tales características básicas de continuidad de la jurisprudencia y de progresivo enriquecimiento, a veces no uniforme, aconsejan acometer el esquema general de distribución de la carga de la prueba de la discriminación o de la lesión de derechos fundamentales partiendo de las elaboraciones judiciales más recientes, en cuanto son resumen de todas las anteriores –si bien cuál sea su alcance nos obligará a estudiar su evolución-.

Así, la STC 17/2005, de 1 de febrero, en un supuesto donde se aprecia la existencia de conductas antisindicales, resume –con amplias citas de otras anteriores, y, en concreto, de la STC 29/2002, de 11 de febrero- la doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba distinguiendo al efecto un doble elemento probatorio explicado en los siguientes términos:

1ª. “*El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1996 ...), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así SSTC 166/1987, 114/1989, 21/1992, 266/1993, 293/1994, 180/1994 y 85/1995)*”. Por cierto, la STC 293/1994, de 27 de octubre, que no tiene nada que ver con el tema, aparece reiterada desde la STC 90/1997, de 6 de mayo –y acaso la cita que se quiso realizar sea a la STC 293/1993, de 18 de octubre-.

⁴ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer / María Fernanda Fernández López, “Igualdad y discriminación”, obra citada, páginas 289 y 290.

⁵ Fernando Valdés Dal-Ré, “Ley de Procedimiento Laboral”, Editorial Deusto, Bilbao, 1991, página 262.

⁶ Antonio Baylos Grau / Jesús Cruz Villalón / María Fernanda Fernández López, “Instituciones de Derecho Procesal Laboral”, Editorial Trotta, Madrid, 1991, página 155.

⁷ Ignacio García-Perrote Escartín, “La prueba en el proceso de trabajo”, Editorial Civitas, Madrid, 1994, página 212.

2ª. “Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto ... sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios ... se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (reflejan estos criterios las SSTC 38/1981, 104/1987, 114/1989, 21/1992, 85/1995 y 136/1996, así como también las SSTC 38/1986, 166/1988, 135/1990, 7/1993 y 17/1996)”.

Por lo tanto, no estamos ante una auténtica inversión de la carga de la prueba en sentido técnico jurídico estricto porque al demandante le corresponde la carga de realizar alguna actividad probatoria, sino de una distribución de la carga de la prueba entre los litigantes diferente a la derivada de la estricta aplicación de las normas procesales civiles generales –antiguo artículo 1214 del Código Civil y actual artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-. Esto es, “no se trata de una inversión de la carga de la prueba, pero sí se va a producir una modulación de la regla general”⁸.

Una distribución de la carga de la prueba entre los litigantes que tiende a aligerar, aliviar, atenuar, corregir, facilitar, flexibilizar o modular, por utilizar algunas de las varias expresiones de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina científica, la carga de la prueba del demandante, mientras se sobrecarga la del demandado. Aunque los criterios de distribución no son rígidos, sino abiertos, susceptibles de acomodación a cada caso particularizado. “La receptividad de los jueces a las sugerencias doctrinales sobre la conveniencia de flexibilizar la interpretación de los principios rectores de la prueba es el verdadero mandato que inequívocamente encierra, como jurisprudencia, la doctrina del TC”⁹.

Después de examinar el esquema general de distribución de la carga de la prueba de la discriminación o de la lesión de derechos fundamentales en el proceso laboral, corresponde ahora examinar, de manera separada, las respectivas cargas de la prueba de la parte demandante y de la demandada, siendo aquí y ahora donde, para comprender el alcance de la jurisprudencia constitucional, debemos conocer cuál ha sido su larga evolución histórica.

C) LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA PARTE DEMANDANTE: 1. LA EXIGENCIA DE UNA PRUEBA A LA PARTE DEMANDANTE.

La STC 38/1981, de 23 de noviembre, iniciadora de la doctrina de flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales, aparentaba introducir una auténtica inversión de la carga de la prueba, al afirmar que “respecto de la libertad sindical ... es el empresario el que debe probar que el despido, tachado de discriminatorio, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio a la libertad sindical”. Sin embargo, esto no sería lógico. Bastaría el alegato de discriminación para invertir, en todo caso, la carga de la prueba, con la consiguiente posibilidad de abusos hasta el punto de que “las proposiciones más insostenibles serían las más fáciles de alegar”¹⁰.

⁸ José Luis Monereo Pérez, “La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, páginas 16 y 17.

⁹ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer / María Fernanda Fernández López, “Igualdad y discriminación”, obra citada, página 306.

¹⁰ Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer / María Fernanda Fernández López, “Igualdad y discriminación”, obra citada, página 300.

Muy pronto la jurisprudencia constitucional obligó al demandante a añadir algo más a la mera alegación de discriminación o de lesión de derecho fundamental. La STC 34/1984, de 9 de marzo, concluía que *“al trabajador corresponde probar que está en juego el factor que determina la igualdad y que el principio que la consagra ha sido vulnerado, y en tal supuesto –porque existe, por ejemplo, una diferencia vinculada al sexo, afiliación sindical, etc.- es cuando el empresario deberá destruir la presunción probando que existe una causa justificadora suficiente”*.

Con más elaboración, la STC 38/1986, de 21 de marzo, en un supuesto de discriminación sexista, después de recordar la doctrina de la STC 38/1981, de 23 de noviembre, dice que *“lo anterior debe coordinarse con que es el demandante el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando alega la existencia de una discriminación. Esa actividad probatoria ha de recaer, sobre la existencia real y efectiva de una diferenciación de trato, y por lo menos, sobre la existencia de indicios racionales de los que pueda deducirse que esa desigualdad está vinculada a algún factor prohibido de diferenciación (STC 34/1984, de 9 de marzo)”*.

La STC 114/1989, de 22 de junio, equipara el indicio con la razonable sospecha, una nueva matización de gran trascendencia posterior: *“Cuando ante un despido se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio ... (o vulnerador) de derechos fundamentales comprendidos en artículos como el 14, el 16 o el 28.1 de la Constitución, de modo tal que aquella invocación genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido”*.

Sin embargo, la STC 135/1990, de 19 de julio, mantiene en exclusiva la referencia los indicios como detonante para invertir la carga de la prueba.

Poco antes la doctrina constitucional se había plasmado en el Decreto Legislativo 521/90, de 27 de abril, Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, aunque sólo con relación a la discriminación sexista y con relación a las conductas antisindicales, aludiéndose, en cuanto a la carga de la prueba de la parte demandante, a los indicios, aunque no idénticamente, ya que, mientras en su artículo 96 se exigía *“que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo”*, en el 178.2 – actual 179.2- se exigía que *“en el acto del juicio ... (se constate) la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical”*. Obsérvese la sutil diferencia de redacción: los indicios se derivan, en el primer artículo, de las alegaciones de la parte actora y no, como en el segundo, del acto del juicio.

Resulta claro, a estas alturas de la evolución jurisprudencial, con su cristalización legal, el rechazo de la inversión de la carga de la prueba por la mera alegación de lesión constitucional, aunque el término inversión aún se usa en alguna que otra resolución posterior –véanse las SSTC 7/1993, de 18 de enero, o 180/1994, de 20 de junio, si bien son inequívocas en exigir alguna aportación fáctica, de donde el término inversión de la carga de la prueba se utiliza como una forma retórica de denominar a la doctrina constitucional o como el efecto derivado de la prueba del panorama anticonstitucional, y así lo usaremos en la exposición-. También a estas alturas de la evolución jurisprudencial –e incluso de su cristalización legal- se comienza a vislumbrar cuál será el problema interpretativo subsiguiente.

2. ¿SÓLO TÉCNICA DE INDICIOS O ADEMÁS PRINCIPIO DE PRUEBA?

Desde la plasmación legal de la flexibilización de la carga de la prueba, la jurisprudencia constitucional se aparenta limitar a una lectura homogeneizadora de sus antecedentes, la cual encontramos claramente recogida en la STC 21/1992, de 14 de febrero, donde se afirma que *“para imponer al empresario la carga probatoria descrita, es razonable la posición del Tribunal Supremo que rechaza que sea suficiente para ello la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión”*.

El anterior criterio ha sido recogido por la LPL de 1990 ... (y) así, una vez comprobada la existencia de indicios de que se ha producido una violación de la libertad sindical (o discriminación por razón de sexo), corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas aportadas y de su proporcionalidad (artículos 96 y 178.2 de la LPL)”.

Claramente se ha descartado una automática inversión de la carga de la prueba. Pero no es tan claro si el uso del término indicio se realiza dentro de una estricta técnica procesal, o de modo más amplio, habiéndose decantado, en la doctrina científica, dos distintas lecturas interpretativas:

1ª. La doctrina acaso extendida considera, interpretando literalmente los artículos 96 y 179.2 de la LPL/1995, que *“el actor habrá de probar uno o varios hechos indiciarios de los que no llegue a poder presumirse de modo completo que existió la discriminación por razón de sexo, pero de los que sí quepa deducir la probabilidad de su existencia. Sólo cuando el o los indicios están probados y de los mismos se deduzca la probabilidad de discriminación entrará en juego la inversión de la carga de la prueba”*¹¹.

2ª. No obstante, otra doctrina muy autorizada, con un planteamiento de mayor amplitud, mantiene que *“ni siquiera es preciso que se prueben indicios de discriminación, entendida la expresión en el sentido técnico que corresponde a una prueba de presunciones. Basta con un mero principio de prueba que muestre la existencia de lo que en nuestra jurisprudencia se ha denominado un clima discriminatorio, en virtud del cual corresponderá al demandado alegar y probar la razonabilidad de su propia decisión”*¹².

Sus consecuencias son muy diferentes. La técnica de los indicios o presunciones judiciales, reconocida, además, en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obliga a la parte a acreditar cumplidamente el hecho base de la presunción y será el juez el que, sobre ese hecho base, deducirá el hecho consecuencia, en nuestro caso, la discriminación. Por el contrario, la técnica del principio de prueba o prueba prima facie o a primera vista o de la verdad interina, no obliga a la parte a acreditar ningún hecho, sino sólo imbuir en el juez una sospecha racional de discriminación. Tal técnica probatoria no es desconocida en nuestro derecho positivo, aunque se limita a casos muy concretos –como ocurre con la referencia al *“principio de prueba de los hechos en que se funde”* exigido en el artículo 127.2 del Código Civil para admitir a trámite una demanda sobre la filiación-.

Obsérvese como la STC 21/1992, de 14 de febrero, habla de *“unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de ... discriminación”*, lo que no se corresponde de manera estricta con la técnica de los indicios: un hecho base permite presumir un hecho consecuencia. Pero eso es una cosa y otra, que se enraiza más en la técnica del principio de

¹¹ La cita literal se ha tomado de Juan Montero Aroca, en su comentario al artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral, “Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral”, AAVV, Editorial Civitas, Madrid, 1993, página 658. También Javier Gárate Castro, al estudiar la jurisprudencia ordinaria, nos recuerda la exclusión de la flexibilización de la carga de la prueba en atención a *“una simple sospecha”*, “La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales”, Monografías de la Revista Xurídica Galega, 1999, páginas 131 a 136. Ignacio Albiol Montesinos y Angel Blasco Pellicer, aunque de una manera mucho menos contundente, concluyen que *“la no aportación de indicios, la no aportación de elementos que lleven al juzgador a percibir la apariencia de la presunta violación determinará ... la no exigencia al demandado de la aportación de la justificación de la objetiva razonabilidad y proporcionalidad en la medida combatida”*, “Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, páginas 84 a 89.

¹² Teresa Pérez del Río / María Fernanda Fernández López / Salvador Del Rey Guanter, “Discriminación e igualdad en la negociación colectiva”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993. En similar sentido, Antonio Baylos Grau / Jesús Cruz Villalón / María Fernanda Fernández López, “Instituciones ...”, obra citada, páginas 153 a 156. También Ignacio García-Perrote Escartin, “La prueba ...”, obra citada, páginas 208 a 212. La tesis es desarrollada por José Luis Monereo Pérez en “La carga de la prueba ...”, obra citada.

prueba, es la existencia de unos hechos constitutivos de una apariencia. Ahora bien, la alusión al principio de prueba, en ese momento, no era clara, al contrario la evolución de la jurisprudencia era “*un tanto ambigua*”¹³.

Efectivamente, la jurisprudencia posterior continúa, con indecisión y con vaivenes, una similar línea argumental. Así, las SSTC 7/1993, de 18 de enero, y 293/1993, de 18 de octubre, se refieren a “*existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción*”. Pero la STC 180/1994, de 20 de junio, afirma, retomando un concepto estricto, “*que ha de comprobarse la existencia de indicios*”. La STC 85/1995, de 6 de junio, vuelve a la formulación anterior de exigir “*la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción*”.

Tras las expuestas vacilaciones y, en cualquier caso, no excesiva decisión, la STC 90/1997, de 6 de mayo, supone un avance al introducir la expresión principio de prueba cuando se refiere a “*la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986 ...), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 166/1987, 114/1989, 21/1992, 266/1993, 293/1994, 180/1994 y 85/1995)*”. Un párrafo el transcrito que, por su reiteración en varias sentencias posteriores, se ha convertido en un auténtico tópico judicial –véase la citada STC 17/2005, de 1 de febrero–.

Afianzando el término del principio de prueba, en la STC 74/1998, de 31 de marzo, se alude a “*un indicio razonable de que tal lesión se ha producido, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto o práctica (STC 90/1997), y a ello se refieren precisamente los artículos 96 y 179.2 de la LPL*”. Y en la STC 87/1998, de 21 de abril, se alude a “*un indicio razonable de que tal lesión se ha producido, vale decir, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto (SSTC 90/1997 y 73/1998), a lo que se refiere precisamente el artículo 179.2 de la LPL*”.

3. IMPLICACIÓN JUDICIAL EN LA APORTACIÓN DE PRUEBA.

La siguiente sentencia sobre carga de la prueba en la jurisprudencia constitucional, la STC 41/1999, de 22 de marzo, supone un nuevo avance dentro de un contexto claro de avance en la materia representado por las citadas SSTC 90/1997, de 6 de mayo, 74/1998, de 31 de marzo, y 87/1998, de 21 de abril. El caso judicializado, conocido como Caso Fasa Renault¹⁴, se refería a un supuesto de discriminación sexista indirecta y en el contexto de una discriminación de difícil prueba se acaba de comprender su doctrina. Ahora bien, la STC 41/1999, de 22 de marzo, que nuestra doctrina científica ya ha calificado de “*una importante sentencia*”¹⁵, ha elaborado su doctrina con un alcance general y lo hace alrededor de dos afirmaciones.

¹³ José Luis Monereo López, “La carga de la prueba ...”, obra citada, página 38.

¹⁴ Sobre el (largo) Caso Fasa-Renault he escrito varios trabajos comentando las varias sentencias recaídas: (1) “La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de las Sentencias de 18 de febrero 1994 y de 4 octubre 1995 del Tribunal Supremo)”, Aranzadi Social, número 17, 1996. (2) “La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de la Sentencia 41/1999, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional)”, Aranzadi Social, número 12, 1999. (3) “La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (A propósito de la Sentencia de 4 mayo 2000 del Tribunal Supremo)”, Aranzadi Social, número 12, 2000. (4) A modo de recapitulación, “Discriminación indirecta: Una aproximación a la Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo”, Revista de Derecho Social, número 12, 2000.

¹⁵ Como expresamente afirma Ignacio García-Perrote Escartín, “Obligación del órgano judicial de posibilitar la acreditación de los indicios de la vulneración de los derechos fundamentales: el juez debe asegurar que las pruebas admitidas sean aportadas (tutela de derechos fundamentales, manifestaciones del

Una primera, engarzada con la doctrina recién expuesta, es la de que, a los efectos de invertir la carga de la prueba, *“la parte demandante (debe aportar) al proceso un mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia”*. Acaso la STC 41/1999, de 22 de marzo, no sea, a la vista de sus antecedentes, totalmente original en este concreto extremo, pero sí es ilustrativa de la consolidación de una tendencia, al admitir, con una muy precisa terminología técnico procesal, tanto *“(la prueba de) indicios”* como *“un principio de prueba”*.

Otra segunda es la de que *“no cabe desconocer que ... (el) principio procesal de aportación de parte coexiste en el proceso laboral, con ciertas manifestaciones del principio de investigación, que permite al órgano jurisdiccional acordar de oficio precisas o determinadas diligencias en orden a un mejor esclarecimiento de la base fáctica del proceso, máxime cuando éste se halla ordenado a la protección de un derecho o libertad fundamental, como es el caso que nos ocupa. Pues bien en tales casos el principio dispositivo no puede ser aplicado por los Jueces y Tribunales a modo de barrera formal infranqueable que exonere a éstos de cumplir su ineludible función garantizadora de los derechos fundamentales en juego”*.

Aquí está lo novedoso. No basta con la flexibilización de la carga de la prueba, permitiendo el juego de la prueba de indicios o del principio de prueba, sino que, además, hay que facilitar su obtención. Dicho en otros términos más claros, los hechos constitutivos de los indicios de discriminación o del principio de prueba no quedan sometidos exclusivamente al principio de aportación probatoria a instancia de parte. El órgano judicial debe intervenir para facilitar la prueba de dichos hechos.

Por lo tanto, *“el órgano judicial, en un proceso de tutela antidiscriminatoria caracterizado por sus dificultades probatorias (aquí, por otra parte, incrementadas por asumir la posición de parte demandante un sindicato, sin intervención de concretos sujetos individualizados), venía obligado a velar por qué las pruebas admitidas fueran aportadas al proceso en los términos requeridos, y todo ello con la finalidad, cumpliendo así su función de garante del derecho fundamental en juego, de que el sindicato demandante, pudiera acreditar unos indicios suficientes para invertir el onus probandi, con arreglo al artículo 96 de la LPL”*.

Conclusión última es la concesión del amparo, aunque no por la vulneración del derecho sustantivo en candelero –la no discriminación sexista, artículo 14 de la CE-, sino por la vulneración del derecho procesal a la prueba –artículo 24 de la CE-, y así se afirmaba, como mismo punto de arranque, que *“el problema que hemos de dilucidar no es tanto el de si los órganos judiciales ... observaron o no la regla procesal sobre carga de la prueba del artículo 96 LPL sino, más exactamente, si substanciado un proceso en el que se erige en decisiva tal regla, los órganos judiciales velaron o no por su efectivo cumplimiento y adecuada aplicación al caso”*.

4. UN ANÁLISIS DE LA ÚLTIMA DOCTRINA CONSTITUCIONAL CON ESPECIAL ATENCIÓN SOBRE LOS DATOS INDICIARIOS.

Después de las sentencias últimamente citadas, la jurisprudencia constitucional aparenta estar cómoda con la elaboración general de su doctrina en cuanto al alcance de la carga de la prueba del demandante, de ahí las constantes y casi literales reiteraciones – véanse, y sin duda no soy exhaustivo, las SSTC 140/1999, de 22 de julio, 29/2000, de 31 de enero, 101/2000, de 10 de abril, 142/2001, de 18 de junio, 214/2001, de 29 de octubre, 84/2002, de 22 de abril, 114/2002, de 20 de mayo, 17/2003, de 30 de enero, 49/2003, de 17 de marzo, 171/2003, de 29 de septiembre, 87/2004, de 10 de mayo, 188/2004, de 2 de noviembre, y 17/2005, de 1 de febrero-, aunque a veces se usan nuevas formas de expresar la vieja idea de que se facilita la prueba del demandante pero por éste algo se debe probar, como ocurre con las dos siguientes afirmaciones generales encontradas con una cierta

reiteración –ATC 89/2000, de 21 de marzo, y SSTC 17/2003, de 30 de enero, 49/2003, de 17 de marzo, y 171/2003, de 29 de septiembre–:

1ª. *“Para apreciar la concurrencia del indicio ... tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental”.*

2ª. No obstante admitir esas varias posibilidades, *“deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado”.*

Acaso a causa de la consolidación de la jurisprudencia constitucional en cuanto a la carga de la prueba del demandante, el Tribunal Constitucional, en sus últimas sentencias, aparenta estar más preocupado en identificar los hechos usados como indicios o como principios de prueba, que en una detallada elaboración de las afirmaciones generales, reiteradas sin apenas novedad alguna. Por ello, las sentencias más modernas nos parecen las más idóneas para abordar las aplicaciones particulares de las afirmaciones generales, complemento práctico de nuestro análisis teórico. Tomando, en consecuencia, las sentencias dictadas desde 1997 hasta 2005, se pueden considerar como datos indiciarios más habitualmente utilizados:

1º. La correlación temporal entre el ejercicio del derecho fundamental y la actuación empresarial es un dato indiciario usado habitualmente, a veces valorado junto con otros datos indiciarios. Así, la STC 90/1997, de 6 de mayo, valoró *“la coincidencia de fechas entre (la) participación (de la trabajadora) en la huelga general y la decisión de la empresa”* de denegar su solicitud de transformar su contrato en otro a tiempo completo, juntamente con el otro dato de un perjuicio comparativo, por *“la existencia de transformaciones de contratos a otras trabajadoras”.*

También la STC 140/1999, de 22 de julio, en un supuesto de represalias por una reclamación de derechos, valoró *“una correlación cronológica de los hechos”*, juntamente con el otro dato de que *“el propio contenido de la carta de despido vincula de manera expresa la causa del cese exclusivamente a las discrepancias de los actores frente a la empresa en cuanto a la calificación mercantil o laboral que haya de corresponder a la relación contractual que les unía”*, que era justo lo que se le reclamaba.

La STC 101/2000, de 10 de abril, consideró acreditada *“la apariencia creada por los razonables indicios aportados por el actor de que el cese podía constituir una lesión de su garantía de indemnidad”*, valorándose como tales la sucesión de los hechos y el despido generalizado de todos los trabajadores que, como el demandante, habían reclamado.

Otras veces la correlación temporal entre el ejercicio del derecho fundamental y la actuación empresarial es un dato indiciario suficiente en sí mismo para invertir la carga de la prueba, acaso debido a la especial significación de dicha correlación temporal. Así la STC 29/2000, de 31 de enero, se refiere, sin aludir a ningún otro dato indiciario, al dato indiciario de *“la correlación temporal entre el ejercicio por el recurrente de sus derechos fundamentales de expresión y reunión y la resolución de cese”.*

El carácter público de los derechos de huelga –supuesto de la STC 90/1997, de 6 de mayo-, expresión y reunión del trabajador –supuesto de la STC 140/1999, de 22 de julio- presuponen el conocimiento empresarial del ejercicio del derecho fundamental por el trabajador al que se perjudica, y eso asimismo ocurre cuando hay una previa reclamación –supuesto de las SSTC 29/2000, de 31 de enero, y 101/2000, de 10 de abril-. Fuera de esos casos, se exige, para la apreciación del dato indiciario de correlación temporal, la acreditación por el demandante del conocimiento empresarial.

Por citar alguna de las últimas sentencias, la STC 49/2003, de 17 de marzo, afirma que, *“en situaciones como la de autos, al hecho de la militancia política y sindical y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido –la no discriminación por aquellas razones-) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la lesión –extinción contractual-)”*. Se recuerda la STC 293/1993, de 18 de octubre, donde se afirmaba que *“por el solo hecho de la militancia no cabe verosímelmente presumir un móvil discriminatorio”*.

Tal exigencia de conocimiento empresarial se ha aplicado, aparte de los supuestos de antisindicalidad, en los de discriminación por embarazo. En la STC 17/2003, de 23 de enero, se afirma que, *“en situaciones como la de autos, al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido –embarazo-) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación –extinción contractual-)”*. La doctrina reitera la de la STC 41/2002, de 25 de febrero.

Ahora bien, el conocimiento empresarial, si el empresario lo niega, se puede deducir de datos concurrentes. Por ejemplo, la STC 87/1998, de 21 de abril, deduce el conocimiento de la afiliación sindical de *“la domiciliación del recurrente del pago de su cuota sindical en una cuenta abierta en la entidad demandada”* –se trataba de un banco-, posibilitando la aplicación del dato indiciario de la correlación temporal entre el conocimiento empresarial de afiliación sindical con la decisión de traslado.

En la STC 17/2003, de 23 de enero, el conocimiento empresarial del embarazo se dedujo de *“que la gestación se conocía en el centro de trabajo”*, y es ese conocimiento empresarial lo que habilita la valoración de *“la correlación y proximidad temporal entre el conocimiento en el centro de trabajo de ese hecho y la extinción”*, añadiéndose como otro dato indiciario *“la desconexión temporal entre el cese (acordado en 1998) y el momento en el que se verificó la causa legal que hubiera habilitado regularmente la ruptura contractual (muy anterior en el tiempo, en 1996)”*.

Realmente, el indicio no lo conforma, en estos casos, la correlación temporal entre el ejercicio del derecho fundamental y la actuación empresarial, sino, como se afirma con precisión en la STC 49/2003, de 17 de marzo, *“(la) conexión temporal ... entre el conocimiento de la tendencia política y las medidas adoptadas ... con menoscabo de la posición laboral del trabajador hasta llegar a su despido ... lo mismo que no carece de toda significación que el INSS (que era el demandado) no respondiera al intento del actor de iniciar vías de diálogo (STC 142/2001, de 18 de junio)”*.

2°. La comparación del demandante con otros trabajadores comparables se ha utilizado en alguna sentencia constitucional, a veces para destacar como a esos trabajadores comparables no se les perjudicó como se perjudicó al demandante –véase la citada la STC 90/1997, de 6 de mayo: a la demandante no se le transformó el contrato de trabajo a tiempo parcial en a tiempo completo, pero sí se le transformó a otras trabajadoras-, a veces para destacar como un grupo de trabajadores, en el cual se integra el demandante, fue discriminado –véase la citada STC 101/2000, de 10 de abril: el demandante fue despedido en represalia de una anterior demanda y además se despidió a todos los trabajadores que con él habían demandado-.

A la STC 74/1998, de 31 de marzo, le bastó la comparativa, sin más datos indiciarios, para invertir la carga de la prueba atendiendo a las diferencias salariales y a las diferencias en la promoción profesional entre un grupo de trabajadores afiliados a dos sindicatos y otro grupo de trabajadores afiliados a dos sindicatos diferentes. Había indicio de lesión de la libertad sindical al *“(resultar) probadas (las) diferencias salariales, y la condición de representantes o afiliados sindicales de diversos sindicatos de los integrantes de los grupos comparados”*, y *“dadas las significativas diferencias entre los ascensos obtenidos por unos y otros trabajadores y su condición de afiliados o representantes sindicales de diversos sindicatos”*.

3°. La existencia de conflicto o de antecedentes discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales. Algunas últimas, y muy interesantes, sentencias constitucionales

usan esos datos indiciarios conjuntamente con otros. Por ejemplo, la STC 84/2002, de 22 de abril, aparte *“la correlación y proximidad temporal de las anteriores circunstancias que se han venido sucediendo sin solución de continuidad”*, y aparte la utilización de una *“vía de hecho”*, concretamente alude a *“la conflictividad previa (STC 90/1997, de 6 de mayo) y (al) clima de confrontación preexistente”*.

La STC 17/2005, de 1 de febrero, considera como datos indiciarios de la vulneración de la libertad sindical de un sindicato los dos siguientes:

a) La existencia de vulneraciones de la libertad sindical de sus delegados de personal, *“de modo que una actuación empresarial contra los delegados de personal constituye un indicio de vulneración de la libertad sindical no sólo de éstos a título individual, sino también de la organización sindical a la que pertenecen”*, y ello aun si las vulneraciones individuales se han reparado en la vía judicial, debido a los diferentes intereses en juego: el individual de los trabajadores y el colectivo del sindicato. Así, *“no puede hablarse de una duplicidad de reclamaciones”*.

b) La existencia de actas de infracción a la empresa por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la existencia de denuncias contra representantes del sindicato ante los Juzgados de Instrucción, que *“poseen un innegable valor indiciario en el contexto de conflictividad sindical en que se insertan, sin perjuicio de que el núcleo constitutivo del panorama indiciario venga dado principalmente por la actuación empresarial contra los delegados de personal del sindicato Comisiones Obreras”*.

4°. La manifestación empresarial de la causa discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales. Así la citada STC 140/1999, de 22 de julio, en un supuesto de represalias por una reclamación de derechos, valoró, aparte *“una correlación cronológica de los hechos”*, el dato de que *“el propio contenido de la carta de despido vincula de manera expresa la causa del cese exclusivamente a las discrepancias de los actores frente a la empresa en cuanto a la calificación mercantil o laboral que haya de corresponder a la relación contractual que les unía”*, que era justo lo que se le reclamaba.

Más que un dato indiciario, a veces es una prueba directa. La STC 87/2004, de 10 de mayo, valoró como dato indiciario suficiente, en un supuesto de no contratación de una trabajadora por una corporación municipal a la que demandara con ocasión de una anterior contratación, *“las manifestaciones reflejadas literalmente en el acta de los representantes de los dos grupos municipales que finalmente votaron ... uno de ellos ... (aludió a) una previa reclamación laboral ... y el otro ... al hecho de que la demandante causara con anterioridad problemas”*.

5°. La flagrante ausencia de justificación empresarial. Si la justificación empresarial concurre o no concurre es, ciertamente, la segunda fase de la argumentación. Pero su flagrante ausencia es a veces usada como refuerzo de otros datos indiciarios. Nunca como indicio único porque supondría subvertir las dos fases de la argumentación probatoria. Comprendida esa matización, se entiende la STC 171/2003, de 29 de septiembre, cuando afirma que, *“si bien es cierto que la circunstancia de que el acto extintivo sea improcedente, al carecer de causa, no implica por defecto que sea además discriminatorio, al no derivar automáticamente de su antijuridicidad la vulneración constitucional (SSTC 135/1990, de 19 de julio, o 41/2002, de 25 de febrero), también es indudable que ese elemento añade seriedad al panorama indiciario ofrecido por la trabajadora”*.

Tal ausencia de justificación empresarial la podemos calificar de flagrante cuando, si la empleadora es pública, acude a vía de hecho –véase la citada STC 84/2002, de 22 de abril, la cual valora *“el hecho de que la reunificación de oficinas llevase aparejada una privación de funciones ... sin que ningún órgano competente por lo demás así lo hubiese declarado imponiéndose el mismo por vía de hecho”*-, o por el uso extemporáneo de una facultad empresarial –véase la citada STC 17/2003, de 23 de enero, la cual valora *“la desconexión temporal entre el cese (acordado en 1998) y el momento en el que se verificó la causa legal que hubiera habilitado regularmente la ruptura contractual (muy anterior en el tiempo, en 1996)”*.

D) LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA PARTE DEMANDADA.

Habiendo cumplido la parte demandante su carga de la prueba, corresponde delimitar la carga de la prueba de la parte demandada. La STC 38/1981, de 23 de noviembre, lo decía de modo conciso: *“respecto de la libertad sindical ... es el empresario el que debe probar que el despido, tachado de discriminatorio, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio a la libertad sindical”*. Tal exigencia probatoria a cargo del empresario de razonabilidad del despido y de extraneidad antisindical –o, más ampliamente, discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales- se ha enriquecido a lo largo de la evolución jurisprudencial, cristalizando en los artículos 96 y 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, donde se define similarmente la carga de la prueba de la empresa: *“la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*. Disposiciones legales que, como se afirma en la STC 101/2000, de 10 de abril, *“(suponen) la transposición de nuestra reiterada jurisprudencia”*.

Por lo tanto, y esta es una premisa de partida de la jurisprudencia constitucional, *“no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación o la no lesión de cualquier otro derecho fundamental) pero sí de entender que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión”* –en las palabras de la STC 21/1992, de 14 de febrero, después muy reiteradas sin un ánimo exhaustivo, en las SSTC 266/1993, de 18 de octubre, 85/1995, de 6 de junio, 82/1997, de 22 de abril, 74/1998, de 31 de marzo, 87/1998, de 21 de abril, 140/1999, de 22 de julio, 29/2000, de 31 de enero, 142/2001, de 18 de junio, 84/2002, de 22 de abril, 97/2002, de 25 de noviembre, o 114/2002, de 20 de mayo-.

Conviene precisar, antes de continuar, que, tanto la jurisprudencia constitucional como las normas legales vigentes, se centran en desarrollar una sola de las dos opciones posibles probatorias que la empresa ostenta de conformidad con el artículo 385.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Frente a un hecho presunto deducido de un hecho base, el perjudicado por la presunción puede atacar el enlace entre el hecho base y el hecho presunto –es una prueba plena en contrario-, o puede atacar el hecho base –es una contraprueba-. Pues bien, tanto la jurisprudencia constitucional como las normas legales vigentes, se centran en desarrollar la opción de la prueba plena en contrario, olvidando la opción de la contraprueba, aunque, en no pocas ocasiones, la lectura de las sentencias nos demuestra que, cuando se analiza si concurren o no indicios, se examinan, asimismo, las contrapruebas empresariales que, si exitosas, impiden la concurrencia del indicio, llevando inexorablemente a la desestimación del recurso de amparo –véanse las SSTC 142/2001, de 18 de junio, y 214/2001, de 29 de octubre-.

1. LAS EXIGENCIAS DE OBJETIVIDAD, RACIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD.

Las exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad nos remiten al derecho sustantivo en cuanto delimitan el contenido esencial de los derechos fundamentales, lo cual, aunque excede del ámbito de nuestro estudio, limitado a la prueba, no impide realizar algún breve recordatorio:

1º. Las exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad se valoran conforme a un test de razonabilidad que, en el ámbito de la relación laboral, se ha decantado, desde la década de los años noventa, en un test de necesidad estricta, y así lo encontramos en la STC 99/1994, de 11 de abril, que, en el caso de un deshuesador de jamones que se negó a efectuar una exhibición pública de cortado de jamón con toma de fotografías, razonó que *“los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (derechos fundamentales) ... deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar... que no es posible de otra forma alcanzar el*

legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra”, de tal modo “que se pusiera de manifiesto la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador –y no otro, o de otra manera- cumpliera la orden dada, en los términos que se le dió ...”.

Reitera la doctrina la STC 6/1995, de 10 de enero, referida a la sanción disciplinaria, considerada contraria a la libertad de expresión, a causa de unas declaraciones de un futbolista del Tenerife Fútbol Club, y asimismo la STC 136/1996, de 23 de julio, añadiendo que *“no basta con la afirmación del interés empresarial, sino que (sus) exigencias organizativas deben venir especialmente cualificadas por razones de necesidad, siendo preciso acreditar que la restricción del derecho del trabajador es el único medio razonable para el logro del legítimo interés empresarial”,* determinando la discriminación por embarazo en el cese de la trabajadora.

Posteriormente, el juicio de proporcionalidad subsume el de necesidad estricta y así lo encontramos, entre otras muchas, en las SSTCo 98/2000, de 10 de abril, Caso Casino de La Toja, y 186/2000, de 11 de agosto, respectivamente referidas a controles auditivos y visuales del trabajo, donde se desglosa ese juicio de proporcionalidad en otros tres subjuicios diferentes: *“si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”*¹⁶.

2º. Tales exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad se deben justificar individualizadamente, circunstancia destacada en la más moderna jurisprudencia constitucional, afirmándose que *“la genérica explicación de la empresa resulta insuficiente, pues no ha acreditado ad casum que existiese alguna justificación laboral real y de entidad suficiente en su decisión de postergar a la trabajadora respecto de los demás contratados en prácticas cuya vinculación contractual también había finalizado, ni excluyó, por tanto, que su decisión fuese ajena a todo propósito discriminatorio”* –STC 29/2002, de 11 de febrero-, o que *“la existencia de una reestructuración organizativa general no neutraliza por sí misma el panorama indiciario ... ya que no excluye que en el caso de autos se utilizase como pretexto para dar cobijo a una actuación lesiva del derecho a la libertad sindical”* –STC 188/2004, de 2 de noviembre-.

3º. No se admite la llamada justificación pluricausal, como el despido con móviles discriminatorios y disciplinarios, aunque insuficientes para justificarlo, conocido en la STC 194/87, de 17 de junio, donde se rechaza el argumento de que *“al haber existido una causa disciplinaria, aunque leve, no ha existido un propósito antisindical”,* y se afirma que *“(se) ha de llegar a la convicción, no de que el despido no es absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino de que el despido es absolutamente extraño a una conducta antisindical, de modo que pueda estimarse que, aún puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímelmente, en todo caso por existir causas suficientes, reales y serias, para entender como razonable, desde la mera perspectiva disciplinaria, la decisión empresarial”.* Aquí aparece el argumento de la *“puesta entre paréntesis”.*

4º. Una decisión empresarial legalmente acausal –es decir, ejercitable sin necesidad de alegar el empresario causa- no impide la aplicación, dentro del juicio de constitucionalidad, de las exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad. Ya la STC 90/1997, de 6 de mayo, afirmaba que *“la aplicación de esta especial regla de distribución de la carga de la prueba no sólo se proyecta sobre actos disciplinarios del empresario, principalmente despidos, sino también en relación a otras facultades empresariales como la resolución del contrato en período de prueba (SSTC 94/1984, 166/1988), la negativa a readmitir tras una excedencia voluntaria (STC 266/1993)*

¹⁶ Más ampliamente sobre el juicio de proporcionalidad, véase Edurne Terradillos Ormaetxea, “Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

o la denegación de ciertas cantidades (STC 38/1986)”. Las SSTC 114/2002, de 20 de mayo, 17/2003, de 30 de enero, y 171/2003, de 29 de septiembre, extienden la doctrina a los empleadores públicos porque “el margen de discrecionalidad que es característico de las decisiones administrativas en materia de autoorganización de sus servicios no modifica la exigencia de esa carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, o no causales, aunque se aceptara que aquéllas no precisaran ser motivadas, ya que ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales”. Incluso “para los puestos de trabajo de libre designación, la correlativa libertad de cese es una libre facultad que, en el plano de la constitucionalidad, también queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales (SSTC 17/1996, de 7.2, y 202/1997, de 25.11)” –según dice la STC 29/2000, de 31 de enero-.

Se impone realizar una aclaración final de carácter general. Alguna doctrina ha llamado la atención sobre la circunstancia de que, al definir el objeto de la prueba empresarial dentro de la doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional no ha definido de manera uniforme las exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad, ya que, mientras unas sentencias exigen acreditar “*causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios*” –SSTC 74/1998, de 31 de marzo, 87/1998, de 9 de julio, 144/1999, de 22 de julio, 29/2000, de 31 de enero, 142/2001, de 18 de junio, 84/2002, de 22 de abril, o 17/2005, de 1 de febrero-, otras sentencias exigen acreditar “*que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales*” –SSTC 293/1993, de 18 de octubre, 85/1995, de 6 de junio, 82/1997, de 22 de abril, 202/1997, de 25 de noviembre, 308/2000, de 18 de diciembre, 214/2001, de 29 de octubre, 48/2002, de 25 de febrero, o 188/2004, de 2 de noviembre-. Probablemente, no se trate de una real contradicción¹⁷, sino de dos distintas fórmulas de expresar una misma idea, que, en ningún caso, supondrá una alteración del contenido esencial del derecho fundamental en los términos generales acabados de exponer –necesidad estricta, justificación individual, no pluricausalidad y afectación de decisión libre-¹⁸.

2. LA EXIGENCIA DE SUFICIENCIA PROBATORIA.

La exigencia de suficiencia probatoria fue inicialmente destacada en la STC 114/1989, de 22 de junio, donde se afirmaba que “*el empresario, en consecuencia, ha de probar, sin que le baste el intentarlo ... La exigencia es probatoria, consiste para el empresario en una verdadera carga probatoria, y no en un mero intento probatorio. Por lo mismo, ha de llevar al ánimo del juzgador no la duda, sino la convicción de que el despido fue absolutamente extraño a todo propósito discriminatorio. Y esto ha de ser así en uno u otro aspecto, porque de otro modo, si bastaran el mero intento probatorio y la simple duda en el juzgador, el encubrimiento empresarial del despido discriminatorio sería tan fácil como inoperantes, por falta de adecuada y suficiente protección, los (diversos) derechos fundamentales*”.

¹⁷ A juicio de Faustino Cavas Martínez, “*ambas corrientes no son contradictorias sino complementarias*”, concluyendo al respecto que, “*(aunque) la proporcionalidad de la medida no lleva necesariamente aparejada la adecuación a la legalidad ... (ésta) puede aparecer, en multitud de ocasiones, como la única vía para conseguir llevar a la convicción del juzgador el carácter no lesivo de derechos fundamentales*”, “El proceso laboral de tutela ...”, obra citada, página 359.

¹⁸ Manifiesta Koldo Mikel Santiago Redondo dudas razonables sobre si afirmaciones como las de la STC 188/2004, de 2 de noviembre, suponen una matización de la doctrina constitucional de prohibición de la pluricausalidad, “Pronunciamientos del Tribunal Consitucional en materia laboral en el segundo semestre de 2004”, Relaciones Laborales, número 4, 2005, páginas 71 a 73. A nuestro juicio, lo prudente es un no.

Tal exigencia de suficiencia probatoria es reiterada de manera constante en la jurisprudencia constitucional, aunque la reiteración no resulta inconveniente, y así la STC 87/2004, de 10 de mayo, se ve en la necesidad de *“repetir otra vez (que es) una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales”*.

Si la empresa no cumple la exigencia de suficiencia probatoria, como se viene afirmando en la jurisprudencia constitucional a lo menos desde la STC 90/1997, de 6 de mayo, *“la ausencia de prueba trasciende ... el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador”*.

E) EL ÁMBITO DE LA FLEXIBILIZACIÓN: ¿EN QUÉ PROCESOS SE APLICA Y EN QUÉ PROCESOS SE PODRÍA APLICAR?

La jurisprudencia constitucional se ha construido alrededor de recursos de amparo con ocasión de previos procesos laborales, lo cual explica la temprana acogida de la flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación en las leyes procesales laborales. Una acogida temprana aunque algo defectuosa. El Real Decreto Legislativo 521/90, de 27 de abril, que, con relación a la discriminación sexista, acogió la doctrina en cualquier proceso laboral –actual artículo 96 de la LPL-, la acogió, con relación a las conductas antisindicales, en la modalidad procesal especial de tutela de los derechos de libertad sindical –actual artículo 179.2 de la LPL-.

Nuestra doctrina científica, salvando la letra de la norma, concluye la aplicabilidad de la doctrina de flexibilización en cualquier proceso laboral, como fuera de toda duda corrobora la jurisprudencia constitucional, incluyendo naturalmente la modalidad procesal especial de despido, ya que *“(si) los artículos 96 y 178.2 (actual 179.2) LPL recogen lo mejor de la doctrina constitucional en torno a la figura del despido discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales ... sería en verdad paradójico que aquella doctrina, que se ha trasladado y recogido expresamente en los preceptos citados, no se aplicara ahora a esta clase de despidos”*¹⁹.

Asimismo la doctrina científica apunta, en opinión compartible, la aplicación de la norma de flexibilización de la carga de la prueba en el incidente de suspensión que se regula, en la modalidad procesal de tutela de libertad sindical, en el artículo 178 de la Ley de Procedimiento Laboral²⁰.

Idénticas razones a las determinantes de la aplicación de la flexibilización a cualquier proceso laboral declarativo, sea el ordinario o sea una modalidad procesal especial, y a los trámites sobre tutela cautelar, deben llevar a su aplicación a los incidentes declarativos dentro de procedimientos ejecutivos –significativamente, en el incidente de no readmisión o de readmisión irregular de los artículos 280 a 282 de la LPL-.

Si la respuesta a la pregunta de en qué procesos se aplica la doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales quedaría así contestada, la respuesta a la pregunta de en qué procesos se podría aplicar es más amplia porque nada impide su extensión a los procesos civiles y a los procesos contencioso administrativos, especialmente cuando la relación material se caracterice por la debilidad de una de las partes –por ejemplo, en lo civil, una relación arrendaticia, un contrato bancario o una relación de aseguramiento, o, en lo contencioso administrativo, en las relaciones funcionariales o estatutarias-.

¹⁹ Ignacio García-Perrote Escartín, “La prueba ...”, obra citada, páginas 204 y 205.

²⁰ Antonio Baylos Grau, “Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos”, dentro del libro colectivo “La prueba en el proceso laboral”, Cuadernos de Derecho Judicial XXIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, páginas 33 y 34.

Tal tendencia expansiva nos obliga a determinar si esa doctrina flexibilizadora sólo se podría aplicar en los procesos dispositivos, o si se podría aplicar, asimismo, en los contenciosos sobre sanciones administrativas, donde rige, como en los penales, la presunción de inocencia, que repugna toda idea de inversión de la carga de la prueba²¹. Pero si esa doctrina no produce ese efecto, resultando ser un conjunto de técnicas probatorias tendentes a facilitar la prueba de la discriminación o de la lesión de derechos fundamentales, la cuestión es, realmente, determinar si esas técnicas podrían hacer quebrar o no la presunción de inocencia.

En cuanto a la técnica de los indicios o presunciones judiciales, ningún inconveniente existe en admitir que, por sí solos, pueden hacer quebrar la presunción de inocencia, como, además, lo demuestra la práctica judicial, tanto en procesos penales como en contencioso administrativos.

Diferente solución en cuanto a la técnica del principio de prueba, ya que, si ésta se limita a sembrar en el juez la sospecha de la discriminación, la simple sospecha no quiebra la presunción de inocencia, aunque si la doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba hace efectivos derechos fundamentales de semejante rango constitucional a la presunción de inocencia, no sería inconstitucional una decisión legislativa que extendiese la técnica del principio de prueba a los procesos contenciosos sobre sanciones administrativas, como, además, es orientación comunitaria.

Justamente la expansión del ámbito de aplicación de la norma de flexibilización a cualquier proceso –con la única exclusión de los procesos penales o facultando su exclusión en las legislaciones nacionales- es la gran aportación del derecho comunitario en materia de flexibilización de la prueba de la discriminación. Veamos, en consecuencia con todo lo expuesto, a qué nos obliga Europa y qué cumple y qué no cumple España.

II. LA CREACIÓN DE UN ACERVO COMUNITARIO SOBRE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN: A) LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA EN EL ÁMBITO DE LO LABORAL.

Después de un largo proceso de elaboración, el primer hito comunitario sobre la prueba de la discriminación fue la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, que, por su carácter instrumental frente a los contenidos de las demás directivas sobre discriminación sexista en el ámbito de lo laboral, se erige *“como una de las principales garantías de efectividad ... en el proceso de realización progresiva del principio de plena igualdad”*²². Justamente, su objetivo es, según se define en su artículo 1, *“(el) mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del principio de igualdad de trato, que permitan que todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato puedan invocar sus derechos en vía jurisdiccional después de haber recurrido, en su caso, a otros órganos competentes”*.

Por este motivo, la Directiva debe ser bien recibida, y lo debe ser, asimismo, por haber recogido, en el apartado 2 de su artículo 2, la primera plasmación normativa comunitaria del concepto de discriminación sexista indirecta: *“(ésta) existirá ... cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y*

²¹ Tajante afirmación clásica en nuestra dogmática procesal. Véase Emilio Gómez Orbaneja / Vicente Herce Quemada, “Derecho Procesal Penal”, 10ª edición, AGESA, Madrid, 1987, páginas 276 a 278.

²² Como afirma Cristóbal Molina Navarrete, “Acciones positivas y efectividad de la tutela procesal antidiscriminatoria (A propósito de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo)”, La Ley, núm. 4759, página 4.

pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo". Recoger aquí esta definición obedece a la importancia de la prueba en los juicios sobre discriminación indirecta, y así se dice en un Considerando del Preámbulo: *"la prueba de la discriminación es aún más difícil de aportar cuando la discriminación es indirecta"*, y de ahí que se vea *"necesario definir(la)"*.

El ámbito de aplicación se define, en el artículo 3, con relación a *"las situaciones cubiertas por el artículo 119 del Tratado CEE y las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, y en la medida en que exista discriminación por razón de sexo, las Directivas 92/85/CEE y 93/34/CEE"*, y, en lo que interesa ahora destacar, con relación *"a cualquier procedimiento civil o administrativo relativo a los sectores público o privado que prevea un recurso con arreglo al derecho nacional en la aplicación de las disposiciones contempladas ... con excepción de los procedimientos extrajudiciales de carácter voluntario o previstos en el derecho nacional"*. Sin embargo, *"la presente Directiva no se aplicará a los procesos penales, salvo que los Estados miembros así lo dispusieren"*.

Tras definir su objetivo –artículo 1-, realizar definiciones –artículo 2- y concretar su ámbito –artículo 3-, la Directiva aborda en un único artículo, el 4, su contenido sustantivo: *"Cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponderá a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato"* –artículo 4.1-.

Un contenido exiguo porque, en consonancia con el último Considerando del Preámbulo, donde se dice que *"la presente Directiva se limita al mínimo requerido y no excede de lo necesario a tal fin"*, ni se reconoce la aplicación del principio de prueba o prueba prima facie o prueba de la verdad interina, ni se introducen presunciones legales de discriminación, ni se implica especialmente al órgano judicial en la aportación de la prueba, ni se contempla la posibilidad de una asistencia pública a las víctimas en materia probatoria, ni aparece expresamente recogida la prueba estadística a los efectos de la prueba de la discriminación indirecta²³. Aunque ninguna de esas opciones se impide, dejándolas a la voluntad de los Estados miembros, y de ahí que se diga:

a) Que *"la presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante"* –artículo 4.2-, y *"no constituirá en ningún caso motivo suficiente para justificar la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en (su) ámbito"* –artículo 6, cláusula stand-still, o de mantenimiento del nivel de protección anterior a la Directiva-.

b) Que *"los Estados miembros podrán abstenerse de aplicar (la norma de flexibilización de la carga de la prueba) ... a los procesos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o al órgano competente"* –artículo 4.3-, lo cual es lógico, ya que, entonces, la víctima no está sujeta a una carga probatoria expresa.

La Directiva finaliza su regulación estableciendo, en su artículo 5, que *"los Estados miembros velarán por que las disposiciones adoptadas en aplicación de la presente Directiva y las disposiciones ya en vigor en la materia se pongan en conocimiento de todos los interesados por todos los medios apropiados"*. Norma admonitiva de imposible coerción. Su adecuada ejecución obligaría, entre otras cosas, a una adecuada asistencia de los poderes públicos a las víctimas individuales de la discriminación.

²³ Razonablemente considera Cristóbal Molina Navarrete que la prueba estadística aparece implícitamente recogida en la Directiva *"desde el momento en que para detectar una discriminación indirecta se recurre (en su artículo 2.2) a conceptos cuantitativos y cualitativos que requieren inexcusablemente un análisis sociológico y estadístico de determinados colectivos"*, "Acciones positivas ...", obra citada, página 9. Pero esta fantasmagórica aparición no empece la crítica de la necesidad de una regulación más expresa.

B) LA EXTENSIÓN DE LA NORMA DE FLEXIBILIZACIÓN A OTRAS DISCRIMINACIONES Y A ÁMBITOS NO LABORALES.

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, donde se reglamenta la tutela contra la discriminación basada en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, se inspiran claramente en el modelo probatorio de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, como se comprueba con su mera lectura.

Con una idéntica literalidad, el artículo 8 de la Directiva 2000/43/CE y el artículo 10 de la Directiva 2000/78/CE establecen, en su apartado 1, que *“los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”*.

Lo dispuesto *“se entenderá sin perjuicio de ... normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante”* –apartado 2 de los citados artículos 8 y 10 de una y otra Directiva-, *“no se aplicará a los procedimientos penales”* –apartado 3-, ni *“en los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente”* –apartado 5-. Pero sí en toda acción judicial emprendida por *“asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo previsto en la presente Directiva”* –véase apartado 4-.

Unas normas semejantes se contienen en la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, y que supone un importante avance de la normativa comunitaria sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, al extender este principio a ámbitos no laborales. El artículo 9 de la Directiva establece, en su apartado 1, que *“los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato aduzca, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad”*. Lo dispuesto *“no impedirá ... normas sobre admisibilidad de las pruebas que sean más favorables a la parte demandante”* –apartado 2-, *“no se aplicará a los procesos penales”* –apartado 3-, ni *“en las gestiones en que el tribunal u otra autoridad competente debe investigar los hechos del caso”* –apartado 5-. Pero sí en cualquier procedimiento judicial o administrativo iniciado por *“asociaciones, organizaciones o entidades jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo previsto en la presente Directiva”* –véase apartado 4-.

Nos encontramos, en suma, con una evolución normativa de muñecas rusas –que, aunque son todas iguales, cada una es mayor que la anterior-: el modelo probatorio procede de la Directiva 97/80/CE y se reitera sustancialmente en las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2004/113/CE, limitándose éstas a ampliar el ámbito de aplicación del modelo probatorio.

C) LA INCOMPLETA TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LAS LEYES ESPAÑOLAS.

Si atendemos a la doctrina de flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales, aplicada en nuestra jurisprudencia constitucional, la transposición de las normas comunitarias sobre la carga de la prueba de determinadas discriminaciones no supondría una novedad²⁴, aunque, para una adecuada transposición, sería necesaria la aprobación de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o, en su caso, la intervención de la negociación colectiva.

Considerando simultáneamente la jurisprudencia constitucional y las exigencias comunitarias, lo mejor sería la implantación en todos los órdenes de una incisiva norma flexibilizadora. Sin embargo, el legislador interno, a la vista de la vigencia anterior del artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral, ni se ha preocupado de transponer la Directiva 97/80/CE, y, en cuanto a las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, su transposición no ha sido, en lo que ahora interesa, demasiado afortunada²⁵.

Efectivamente, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social transpone, con una técnica legislativa bastante discutible, las normas comunitarias sobre flexibilidad de la carga de la prueba de la discriminación contenidas en las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE –dando además nueva redacción al artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral- de manera diferente en los procesos civil y contencioso-administrativo respecto a su introducción en el social:

1ª. Sin modificación de las correspondientes leyes procesales civil y contencioso-administrativa, se establecen, en el texto de la propia Ley 62/2003, de 30 de diciembre, normas reiterativas y además incompletas:

- Por un lado, dentro de la Sección *“medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico de las personas”*, se establece que, *“en aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”* –artículo 32- Obviamente, la flexibilización de la carga de la prueba se producirá, en los procesos civil y contencioso-administrativo, no sólo cuando sea una discriminación por razón del origen racial o étnico, de ahí lo incongruente de sólo referirse a esa, y no a todas.

- Por otro lado, dentro de la Sección *“medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el empleo”*, se establece que, *“en aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta Sección, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”* –artículo 36-. Nueva incompletud normativa: ¿Acaso la flexibilización de la carga de la prueba de esas discriminaciones sólo opera en materia de empleo? .

²⁴ Gráficamente afirma, en idéntico sentido, Cristóbal Molina Navarrete, *“(el) escaso –nulo- contenido innovador desde un punto de vista normativo”* de las normas de flexibilización de la carga de la prueba introducidas, en transposición de la Directiva 2000/43/CE y de la Directiva 2000/78/CE, a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en *“Del principio al derecho a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria”*, Revista de Trabajo y Seguridad Social / Centro de Estudios Financieros, número 251, 2004, página 193.

²⁵ Sobre la transposición de dichas Directivas a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, véase el análisis, dentro de un tono razonadamente crítico, de Jesús Ramón Mercader Uguina en *“Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de Acompañamiento para el 2004”*, Relaciones Laborales, número 6, 2004.

En cuanto a la discriminación por razón de discapacidad, esta norma deroga la casi simultánea del artículo 20 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de términos más restrictivos –porque los indicios de discriminación se exigía que fuesen “*graves*” y se excluía de la flexibilización a “*los procesos ... contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras*”-.

2º. A diferencia de las anteriores normas aplicables a los procesos civil y contencioso-administrativo, con relación al proceso laboral –con una técnica legislativa correcta- se modifica directamente, en el artículo 40 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral, quedando redactado en los siguientes términos: “*En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”. Por cierto, que los indicios deben ser fundados es algo obvio, de ahí la sorpresa que causa ese novedoso adjetivo.

Ha pesado claramente en la técnica normativa una tan incorrecta como habitual forma de transposición del derecho comunitario, consistente en la transcripción literal de sus normas, olvidando (1) que, sea cuál sea la norma comunitaria, siempre es fragmentaria, al obedecer a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y (2) que, en especial tratándose de directivas, su redacción es principialista, sin concreciones regulatorias. Pero las normas internas obedecen a otras dinámicas (1) porque no están limitadas por los ámbitos competenciales de las instituciones europeas y (2) porque deben definir de la manera más concreta las relaciones jurídicas.

Obsérvese, además, que, a consecuencia de no implantar con carácter general una norma de flexibilización de la carga de la prueba, la norma relativa a la discriminación por razón de sexo se ha quedado circunscrita, de manera criticable, a los procesos laborales, olvidando, aunque son materias incluidas en el ámbito de las directivas de igualdad laboral, (1) su regulación en el proceso contencioso-administrativo, donde se residen las demandas de los funcionarios públicos y, a lo menos de momento, la materia sancionadora social, y (2) su aplicación en los expedientes administrativos de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

Una carencia que se agudiza con la Directiva 2004/113/CE, cuya transposición –a más tardar el 21 de diciembre de 2007- obligará a las oportunas modificaciones en la normativa reguladora del proceso civil.

Por lo demás, aunque las normas comunitarias son normas mínimas, algunas especificaciones en ellas contenidas –en especial en la Directiva 97/80/CE- son claras indicaciones de lo que, para una mejor protección, se debe hacer –el reconocimiento expreso de la prueba estadística, la investigación de oficio de organismos públicos o los regímenes probatorios más favorables-, nada de lo que se hace con decisión en nuestro derecho, aunque la jurisprudencia empieza a aplicar la prueba estadística y aunque existe alguna tímida mejora legal –como es el artículo 95.3 de la LPL-.

III. LA PRUEBA ESTADÍSTICA DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA: A) SU (RELATIVA) IMPORTANCIA PRÁCTICA.

La discriminación indirecta es un concepto nacido en el derecho estadounidense y, más concretamente, su carta de bautismo es el Caso Griggs versus Duke Power Company del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América (1971), donde se discutía si la exigencia de enseñanza media para acceder a un empleo que no necesitaba esa preparación académica era o no discriminatoria respecto a la población de raza negra, habiéndose

resuelto la existencia de discriminación, porque, como el acceso de las personas de raza negra era más difícil que los de la blanca a la enseñanza media, cumplían menos negros que blancos la dicha exigencia.

Sirviendo la cita del caso Griggs como recordatorio de los elementos del concepto de discriminación indirecta –decisión neutra sin apariencia discriminatoria, impacto adverso en un concreto colectivo y ausencia de justificación de la decisión neutra²⁶, lo que a nuestro estudio interesa destacar es tanto la importancia de la prueba del impacto adverso en un concreto colectivo definido por la raza, el sexo, la nacionalidad o cualquier otro motivo susceptible de causar discriminación, para la adecuada eficacia de la prohibición de discriminación indirecta, como las especiales dificultades de una prueba sobre peculiaridades generales de los colectivos.

Como es fácil deducir, las peculiaridades generales de los colectivos, tanto el susceptible de ser discriminado como el comparativo de referencia –en abstracto, los hombres si discriminación sexista, los blancos si racial o los nacionales si es hacia los extranjeros-, conducen a la aportación de datos estadísticos, y aquí es donde aparecen los problemas: ¿Qué grupos concretos de comparación se deben de considerar? ¿Cuál es el momento a considerar si el impacto adverso lo origina una decisión durante mucho tiempo vigente? ¿Cómo se cuantifica con exactitud el impacto adverso?. Problemas cuya respuesta repercute directamente en la eficacia de la tutela.

Me limitaré a ejemplificar alrededor de la primera cuestión suscitada, la de qué grupos concretos de comparación se deben de considerar, y además lo haré en el concreto ámbito del acceso al empleo –es, justamente, el ámbito fáctico del citado Caso Griggs-, donde la jurisprudencia norteamericana discute sobre si se debe comparar el número de hombres y de mujeres efectivamente contratados por la empresa –son las “*flow statistics*”- y/o el número de hombres y de mujeres suficientemente cualificados en el área de la oferta laboral –son las “*stock statistics*”²⁷.

Pues bien, en las estadísticas intraempresariales no es lo mismo valorar la estructura sexual de la totalidad de la plantilla, lo cual imposibilita la prueba del impacto adverso en empresas con elevada mano de obra femenina no cualificada, que valorar la estructura sexual de una categoría profesional o de los trabajadores contratados a consecuencia de una determinada oferta empresarial, que son criterios mucho más exigentes.

Del mismo modo, a los efectos de las estadísticas extraempresariales la delimitación del grupo de hombres y mujeres suficientemente cualificados puede incorporar criterios con efectos discriminatorios, aparte de no ser lo mismo atender al número de posibles candidatos que al número de efectivos candidatos, ya que, por la configuración de la oferta empresarial, ésta ha podido ser disuasoria de la presentación de mujeres.

Indudablemente estas dificultades, de las cuales lo anterior es sólo un botón de muestra, han llevado a relativizar la importancia de la prueba estadística del impacto adverso: “*Si para la jurisprudencia estadounidense el uso de estadísticas es crucial en la prueba del impacto adverso de una medida empresarial, en la jurisprudencia británica los tribunales han confiado más*

²⁶ Una aproximación didáctica la ha acometido recientemente Rosario Serra Cristóbal en “La discriminación indirecta por razón de sexo”, dentro de la obra colectiva, coordinada por María Josefa Ridaura Martínez y Mariano Azanar Gómez, “Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Sobre la aplicación de la prohibición al ámbito de la Seguridad Social, véase mi trabajo sobre “La prohibición de discriminación sexual indirecta y su aplicación al Derecho de la Seguridad Social”, Actualidad Laboral, número 9, 1995.

²⁷ Tomo denominación y explicación de los criterios de María Amparo Ballester Pastor, “Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo”, Relaciones laborales, Tomo Primero, 1993, página 188.

*en el sentido común y su general experiencia y conocimiento, que en concienciadadas estadísticas, que de otra parte no son exigibles al empresario con relación con la composición sexual de la empresa*²⁸.

También en los Estados Unidos de América han surgido críticas, destacando por su gracejo la de aquel juez estadounidense que afirmaba que *“demasiadas personas utilizan las estadísticas como un hombre borracho utiliza una farola: como soporte y no como iluminación”*²⁹. Igualmente se ha afirmado, por los tribunales estadounidenses, que los datos estadísticos *“son un punto de partida”*, no un *“requisito inflexible”* sujeto a una proporción, y que se deben interpretar *“con sentido común”*³⁰.

En conclusión, los datos estadísticos aportados son un punto de partida en la aplicación de la doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba a los casos de discriminación sexista indirecta. Su aportación no es una exigencia cuyo no riguroso cumplimiento lleve a desestimar la acción. Cada caso obligará a determinar si los datos estadísticos aportados, unidos a otras pruebas y al conocimiento judicial, nos permiten configurar el panorama indiciario determinante de la inversión de la carga de la prueba. De ahí la relatividad de unas reglas rigurosas de valoración estadística y de ahí, asimismo, la imposibilidad de fijar unas reglas de validez universal.

Quizás este trasfondo ha llevado a la Directiva 2002/73/CE, modificativa de la 76/207/CEE, a una definición de discriminación indirecta –artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE- como *“la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”*.

Obsérvese –con relación a la definición del artículo 2.2 de la Directiva 97/80/CE- que el impacto adverso no se define a través de una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, lo que parecía limitar la prueba de la discriminación indirecta a la estadística; su eliminación permite admitir con naturalidad otras formas diferentes de prueba. Si leemos el Considerando (10) de la Directiva 2002/73/CE comprobamos como se deja a los derechos internos *“determinar, en particular, que la existencia de la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso”*, no solo, *“a partir de pruebas estadísticas”*.

B) LA VALORACIÓN ESTADÍSTICA DEL IMPACTO ADVERSO.

Si hemos concluido la relatividad de unas reglas rigurosas de valoración estadística y, asimismo, la imposibilidad de fijar unas reglas de validez universal, una aproximación a la solución de los problemas prácticos que plantea la valoración estadística del impacto adverso deberá ser realizado con apego a las concretas decisiones judiciales adoptadas (1) por la jurisprudencia europea y (2) por la jurisprudencia interna española.

1. UNA APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA EUROPEA.

El asunto donde la jurisprudencia europea abordó, por vez primera de modo detallado, cuestiones probatorias fue en la STJCE de 17.10.1989, Caso Danfoss, donde se afirma que *“cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es*

²⁸ Carmen Sáez Lara, “Mujeres y mercado de trabajo”, CES, Madrid, 1994, página 119.

²⁹ Tomada la cita de Jaime Cabeza Pereiro, “El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 104, página 198.

³⁰ Beatriz Quintanilla Navarro, “Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, página 121.

discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos”.

Posteriormente, en la STJCE de 27.10.1993, Caso Enderby³¹, se afirma que “*cuando existen estadísticas significativas que ponen de manifiesto una diferencia considerable de retribución entre dos funciones de mismo valor, una de las cuales es desempeñada casi exclusivamente por mujeres y la otra fundamentalmente por hombres, el artículo 119 del Tratado exige que el empleador justifique dicha diferencia mediante factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo*”. La cuestión era compleja debido al diferente convenio colectivo aplicado a las funciones feminizadas –logopedas- y masculinizadas –fisioterapeutas-.

Tanto una como otra resolución usan datos intraempresariales, aunque, incluso dentro de estos datos, las posibilidades son variadas: la comparativa retributiva se ha hecho, en el Caso Danfoss, sobre un número relativamente importante de trabajadores cualesquiera fuese su categoría a causa de la opacidad del sistema retributivo de la empresa, mientras, en el Caso Enderby, se comparan dos categorías profesionales concretas. Pero lo interesante no es fijar una regla comparativa siempre válida sino “*buscar en cada caso concreto la situación discriminatoria, y ello obliga a utilizar, también en cada caso, diferentes índices en orden a lograr tal finalidad*”³².

Una decisión posterior de importancia cardinal es la STJCE de 9.2.1999, Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez, donde se analiza el impacto adverso de una norma jurídica, no de una decisión empresarial, y es de importancia capital –como lo demuestra su constante cita en la jurisprudencia constitucional española sobre discriminación sexista indirecta- porque “*(es) el asunto en el que (la) prueba (estadística) se presentó en sus perfiles más técnicos*”³³. La norma cuestionada excluía de indemnización de despido a los trabajadores sin dos años de antigüedad y se trataba de ver si esa norma producía impacto adverso sobre las mujeres.

Aunque los argumentos –como ocurre siempre en la jurisprudencia europea- son muy tajantes, de ellos se deduce que “*los datos estadísticos que representan la situación de mano de obra son válidos y se pueden tomar en consideración ... si se refieren a un número suficiente de individuos, si no constituyen la manifestación de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos*”. Por lo tanto, se alude a tres exigencias generales: (1) la suficiente amplitud de los grupos de comparación; (2) la exclusión de fenómenos fortuitos o coyunturales; y (3) la significación general de los datos estadísticos.

Sentadas estas afirmaciones y algunas otras de igual generalidad, el Tribunal remite la decisión del caso a la House of Lords, decidiendo en unos términos de una gran amplitud: “*Para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de modo diferente a hombres y mujeres hasta el punto de equivaler a una discriminación indirecta ... el juez nacional debe comprobar si los datos estadísticos muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúne el requisito impuesto por dicha medida*”.

También se le preguntó sobre la referencia temporal de la estadística y, continuando la línea elusiva, resolvió que “*corresponde al juez nacional, tras tomar en consideración todas las circunstancias jurídicas y fácticas pertinentes, determinar la fecha respecto de la cual debe apreciarse la legalidad de una norma*”. Aunque si se atiende al momento de adopción de la norma, se obliga

³¹ Comentada por Jaime Cabeza Pereiro, “Discriminación salarial indirecta por razón de sexo”, Relaciones Laborales, Tomo Segundo, 1994, páginas 486 y siguientes.

³² Beatriz Quintanilla Navarro, “Discriminación retributiva ...”, obra citada, página 120.

³³ Jaime Cabeza Pereiro, “El derecho de la mujer ...”, obra citada, página 198.

a los poderes públicos a legislar con perspectiva de género, ello supone prescindir de eventuales cambios sociales posteriores. Por ello, atender diacrónicamente a todo el periodo de vigencia de la norma, siendo más complejo, nos ofrece datos fácticos más fidedignos³⁴.

Ninguna de esas sentencias, ni ninguna otra sentencia europea, cuantifica un determinado porcentaje como constitutivo de impacto adverso sobre el colectivo femenino, realizando afirmaciones generales: *“una (categoría profesional) ... es desempeñada casi exclusivamente por mujeres y la otra fundamentalmente por hombres”* –Caso Enderby-; *“un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos”* –Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez-. De nuevo, debemos concluir que *“no debe tratar de identificarse una pauta única e inamovible en cuanto a la medición del impacto adverso”*³⁵.

2. UNA APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de abordar litigios sobre discriminaciones sexistas indirectas con relación a cuatro temas: (1) las condiciones retributivas, (2) el acceso al empleo, (3) las condiciones de trabajo y (4) las prestaciones sociales. Pasemos a su análisis casuístico, haciendo hincapié en la utilización argumental de la prueba estadística.

(1) Temporalmente, el primer abordaje fue con relación a condiciones retributivas, y de ahí la existencia de bastante jurisprudencia ordinaria en la referida materia aplicando la jurisprudencia constitucional³⁶. La mayoría de las sentencias constitucionales y ordinarias se refieren a reclamaciones de trabajadoras que, integradas en una categoría profesional predominantemente femenina, perciben una retribución inferior, a pesar de realizar trabajos de igual valor, a los trabajadores de otra categoría profesional predominantemente masculina. Resulta decisivo, en suma, la predominancia femenina y masculina de los grupos objeto de comparación.

La STC 145/1991, de 1 de julio, Caso Hospital Gregorio Marañón, es un auténtico “leading-case”, acogiendo un concepto de discriminación indirecta como *“los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo”*.

Interesa ahora destacar el llamamiento, realizado en esa sentencia, a la implicación activa de los jueces ordinarios: *“Cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato basada en las circunstancias que el (artículo 14 CE) ... considera discriminatorias –en este caso, el sexo- y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación –en este caso, las mujeres-, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable, no encubre una discriminación contraria al artículo 14 CE”*.

Varias sentencias posteriores ratificaron, siempre en el ámbito de la discriminación retributiva entre mujeres y hombres, diversos aspectos de la doctrina contenida en la citada sentencia constitucional –SSTC 145/1992, de 13 de octubre, Caso Avón, 58/1994, de 28

³⁴ Como así entiende Jaime Cabeza Pereiro, “El derecho de la mujer ...”, obra citada, páginas 201 y 202.

³⁵ Beatriz Quintanilla Navarro, “Discriminación retributiva ...”, obra citada, página 121.

³⁶ Me permito remitir al lector a mi estudio “Principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres: la aplicación por la jurisdicción ordinaria”, Actualidad Laboral, número 1, 2004.

de febrero, Caso Antonio Puig, 286/1994, de 27 de octubre, Caso Galletas Fontaneda, 147/1995, de 16 de octubre, Caso Gomaytex, y, últimamente, 250/2000, de 30.10, sobre el Convenio Colectivo de Manipulación y Envasado de Agrios de Murcia-.

(2) Un supuesto judicializado –conocido en la STC 41/1999, de 22 de marzo, y en tres SSTS (Social), de doctrina muy destacable la primera de 18.4.1994, RJ 1061/1994, y la última de 4.5.2000, RJ 4266/2000- donde se utilizaron datos estadísticos para detectar una discriminación sexista indirecta en el acceso al empleo fue el Caso Fasa-Renault –un auténtico Caso Griggs a la española, donde la discriminación es sexista, no racial-: la empresa demandada exigía a los contratados de una concreta línea de producción una titulación académica de formación profesional en ramas técnicas, pero el sindicato demandante acreditó que, durante casi un año, no se contrató mujer alguna, aunque sí se contrató a 120 hombres –estadística intraempresarial, esto es una “*flow statistics*”-, y que, en el área de la empresa, apenas había mujeres con la dicha titulación –estadística extraempresarial, esto es una “*stock statistics*”-, y como la empresa, ante el expuesto panorama discriminatorio, no consiguió acreditar la necesidad de la exigencia de esa titulación profesional a la vista del contenido de la prestación laboral de mínima cualificación, al final perdió –véanse las valoraciones hechas en la citada STS (Social) de 4.5.2000, RJ 4266/2000-.

Resulta conveniente ahora recordar como la STC 41/1999, de 22 de marzo, que obliga a los jueces ordinarios a una implicación activa en la obtención de los indicios de discriminación sexista, se acaba de comprender en el contexto de una discriminación de difícil prueba como la discriminación sexista indirecta en el acceso al empleo, y así se afirma que *“cuando este Tribunal se ha pronunciado en relación con discriminaciones indirectas, de cierta semejanza con el caso ahora enjuiciado, ha insistido en el especial deber de atención que han de prestar los órganos judiciales ante la situación de discriminación en el empleo por razón de sexo (SSTC 145/1991, 58/1994, 286/1994 y 147/1995), doctrina constitucional que viene, especialmente, a coincidir con la sostenida por la STJCE de 9 de febrero de 1999, en el Asunto Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez”*.

(3) La STC 240/1999, de 20 de diciembre, abordó un supuesto de discriminación sexista indirecta en las condiciones de trabajo y, en concreto, en el derecho de acceso a la excedencia para el cuidado de hijos, que se denegaba a los funcionarios públicos interinos de la Junta de Castilla y León, concluyendo la existencia de discriminación sexista indirecta porque, valorando tanto los datos estadísticos como la realidad social imperante, las mujeres son quienes usan habitualmente dicha excedencia. Aunque se utilizaron datos estadísticos, es destacable el uso del sentido común en el llamamiento realizado a la realidad social imperante que, no en vano, es un criterio interpretativo general –artículo 3 del Código Civil-.

(4) Muy reciente es el abordaje de la discriminación sexista indirecta en materia de prestaciones sociales. La STCo 253/2004, de 22.12, consideró inconstitucional, por vulneración del principio de igualdad y por su carácter discriminatorio indirecto, el sistema –establecido en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción anterior al Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre- de cómputo de las carencias de los trabajadores a tiempo parcial por horas efectivamente trabajadas, argumentando, en cuanto al carácter discriminatorio indirecto, que, según la Encuesta de Población Activa, los trabajadores a tiempo parcial son mayoritariamente mujeres –el 81,94% en el primer trimestre del año 2004-.

IV. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y EL DICTAMEN DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS COMPETENTES.

Introducido por el Real Decreto Legislativo 521/90, de 27 de abril, Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, el artículo 95, apartado 3, de referido Texto

Articulado, cuya literalidad y cuya numeración se mantiene en el vigente Real Decreto Legislativo 2/95, de 7 de abril, Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral³⁷, contempla una norma harto interesante en materia de tutela probatoria antidiscriminatoria, cual es que, “cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, el Juez o Tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes”.

Tras la Directiva 2002/73/CE, modificativa de la 76/207/CEE, el artículo 95.3 de la Ley de Procedimiento Laboral encuentra un apoyo normativo muy genérico en la obligación de los Estados miembros de “(velar) por que entre las competencias” de los organismos designados de promoción de la igualdad “(figure) prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación” –según el artículo 8 bis.2.a) de la Directiva 76/207/CEE-.

Los derechos nacionales se alinean, en cuanto a la asistencia judicial a las víctimas, en modelos institucionales diferentes³⁸: (1) el modelo anglosajón –Reino Unido e Irlanda-, caracterizado por el activismo judicial de un organismo específico de asistencia a las víctimas; (2) el modelo escandinavo –Suecia y Finlandia-, caracterizado por la legitimación judicial en materia de discriminación sexista del ombudsman; y (3) el modelo románico –España, Francia o Portugal-, caracterizado por la limitada intervención procesal de los organismos públicos –con la única salvedad de Italia, en donde sí está legitimado judicialmente el “consiglieri di parità”-.

El artículo 95.3 de la Ley de Procedimiento Laboral se configura, de una manera ciertamente bastante tímida –debido a su generalidad y a su carácter potestativo-, como una fórmula de asistencia pública a las víctimas de la discriminación sexista en materia probatoria³⁹, especialmente trascendente en los supuestos de discriminación indirecta, “difíciles de probar por parte de un sujeto o un conjunto de sujetos, en cuanto pueden requerir, para ponerse de manifiesto, de una serie de medios –a veces, de medios de elevada técnica- que difícilmente se encuentran a disposición de los afectados o de los recursos económicos con los que cuentan”⁴⁰.

³⁷ Un comentario de la norma lo hace María Fernanda Fernández López en “Discriminación e igualdad en la negociación colectiva”, con Salvador del Rey Guanter / Teresa Pérez Del Río, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993, páginas 209 y 210. También véanse “Instituciones ...”, obra citada, páginas 146 a 148. Otro estudio a destacar es el de Francisco Javier Gamero López-Peláez. “Actividad probatoria y derechos fundamentales”, en “Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales”, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, páginas 305 a 311. Igualmente me permito remitir al lector al trabajo de quien esto escribe “El artículo 95.3 de la Ley de Procedimiento Laboral”, Relaciones Laborales, número 10, 1999.

³⁸ Interesante al respecto es el detallado estudio de Francisco Javier Pozo Moreira, “La actuación de los organismos públicos en el proceso laboral en supuestos de discriminación por sexo: la obligada asistencia a la víctima por parte de los organismos para la promoción de la igualdad. Comentario a la Directiva 2002/73/CE”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 53, 2004, páginas 133 a 135.

³⁹ Lo incluye Francisco Javier Pozo Moreira como una de las posibilidades, de entre las varias que enumera, de actuación de los organismos públicos españoles en el proceso de tutela contra la discriminación por razón de sexo, en su estudio “La actuación ...”, obra citada, páginas 139 a 142.

⁴⁰ Antonio Baylos Grau / Jesús Cruz Villalón / María Fernanda Fernández López, “Instituciones ...”, obra citada, página 147. La conexión del artículo 95.3 de la Ley de Procedimiento Laboral con la prueba estadística de la discriminación indirecta es un lugar común en la doctrina científica. En este sentido, Juan Montero Aroca afirma que el dictamen presenta interés “especialmente cuando el hecho no sea discriminatorio de modo directo, pero sí indirecto”, en “Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral”, Editorial Civitas, Madrid, 1993, Tomo Primero, páginas 655 y 656. Y Bartolomé Ríos Salmerón asimismo afirma que “los supuestos de discriminación indirecta y los datos relativos a una acción positiva pueden ser de difícil obtención y manejo por el juez social” y que “parece lógico que pueda dirigirse a organismos públicos competentes, según el precepto procesal”, en “Pruebas de confesión, testimonio y pericia. Otros Medios”, dentro de “La prueba en el proceso social”, Cuadernos de Derecho Judicial XXIII/1997, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, páginas 106 y 107.

Pero el dictamen de los organismos públicos competentes no agota ahí sus utilidades probatorias. También es útil, aportando de nuevo datos estadísticos, en la justificación de una medida de acción positiva, esto es las *“medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”* –artículo 4.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, Nueva York, 18.12.1979-. Su justificación está en una previa situación de desigualdad comprobable a través de datos estadísticos cuya aportación fiable garantizan los *“organismos públicos competentes”*.

Un ejemplo ilustrará la utilidad, en estos casos, de manejar los datos estadísticos. La STC 128/1987, de 16 de julio, consideró legítimo un plus de guardería concedido sólo a las mujeres como incentivo para que, aún teniendo hijos, continuasen trabajando, catalogándolo de medida de acción positiva, cuya justificación se encontró en superar la mucho menor tasa de actividad de las mujeres casadas respecto a los hombres casados, afirmación tomada de las estadísticas de la Encuesta de Población Activa.

Tanto en este caso –la prueba de la desigualdad previa- como en el anterior –la prueba del impacto adverso-, el dictamen de los organismos públicos competentes aporta al proceso *“datos de hecho, extraídos de antecedentes documentales preconstituídos, obrantes en los archivos, libros y registros de entidades públicas o privadas, que son seleccionados y coordinados a tal fin ... de acuerdo con los puntos a que se contrae la petición judicial”*, de donde constituye una prueba de informes⁴¹, con la particularidad de realizar el dictamen los organismos públicos competentes.

No sería descartable, además de manejar fuentes estadísticas de conocimiento, la constatación directa del funcionario informante de datos sobre el impacto adverso –en el caso de discriminación sexista indirecta- o sobre la previa situación de desigualdad –en el caso de la acción positiva-, debiendo así especificar, en cada caso, las concretas fuentes del informe, sin que esto altere sustancialmente su naturaleza jurídica de documental.

Ahora bien, las utilidades probatorias del dictamen de los organismos públicos competentes alcanzan aún dos aspectos más adicionales. El primero, la acreditación del *“igual valor”* de los trabajos, uno masculino y otro femenino, sometidos a una comparación, a los efectos de verificar si existe discriminación retributiva en los términos establecidos en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores. No se trata aquí, a diferencia de los casos anteriores, de una prueba de informes, sino de una prueba pericial.

El segundo, el asesoramiento al órgano judicial en cualquier caso de discriminación. Aquí la utilidad del dictamen es mucho menor, al no aportar al juicio ni hechos, como en la prueba de informes, ni máximas de experiencia, como en la pericial. Se trataría de un no vinculante asesoramiento institucional. Valdría, eso sí se presenta como una ventaja, para cualquier manifestación de una discriminación por razón de sexo.

Considerando la multiplicidad de utilidades probatorias del dictamen de los organismos públicos competentes –una prueba de informes, una prueba pericial o un asesoramiento institucional- se comprenderá que, lejos de ser un defecto, la generalidad de la letra del artículo 95.3 de la Ley de Procedimiento Laboral es un acierto. Lo que sí es un

⁴¹ Según José Almagro Nosete la prueba de informes es *“el medio de prueba que consiste en la incorporación al proceso de datos de hecho, extraídos de antecedentes documentales preconstituídos, obrantes en los archivos, libros y registros de entidades públicas o privadas, que son seleccionados y coordinados a tal fin por quien ostenta la representación de aquéllas, de acuerdo con los puntos a que se contrae la petición judicial o el precepto legal que lo ordena”*. Reproducen el concepto, y de ahí lo hemos tomado, Juan Montero Aroca / Manuel Ortells Ramos / Juan Luis Gómez Colomer, *“Derecho Jurisdiccional”*, Tomo II, Volumen 1º, 2ª edición, Librería Bosch, Barcelona, 1989, páginas 267 y 268.

defecto, y grave, es su carácter potestativo en cuanto puede amparar, en su caso, una vulneración constitucional, y, en concreto, de los artículos 14 y 24 de la Constitución.

Del artículo 14 de la Constitución porque, *“en la medida en que a través de estos informes se trata de hacer efectivo un derecho fundamental en sede jurisdiccional, la solicitud de los mismos, aunque sin perder su carácter discrecional para el juez, tiene una trascendencia especial, que probablemente conduzca a estimar violado el propio artículo 14 CE”*⁴².

Y del artículo 24 de la Constitución –y esta argumentación es mucho más decisiva⁴³– porque, a diferencia de la prueba de asesores, el dictamen de los organismos públicos competentes, salvo cuando actúa como un asesoramiento institucional, es un auténtico medio de prueba, a cuyo través se aportan al juicio hechos, cuando actúa como una prueba de informes, o máximas de experiencia, cuando actúa como una pericial. No se olvide, además, que los supuestos más típicos de aplicación de la norma son los de discriminación sexista indirecta, en los cuales actúa como una prueba de informes. Por ello, si el dictamen de los organismos públicos competentes es un auténtico medio de prueba, existe un derecho de las partes a su práctica, de rango constitucional, si la prueba es *“pertinente”*, y el Juez o Tribunal sólo se podrá negar a pedir el dictamen si es impertinente o inútil.

Resumiendo, la facultad judicial no es libre, sino reglada. Sólo así se salva la constitucionalidad, que, de otro modo, quedaría en entredicho, de la norma procesal laboral. Un enraizamiento constitucional del dictamen de los organismos públicos competentes en la prohibición de discriminación y en el derecho a la prueba, que, unido a las exigencias comunitarias de efectividad de la tutela antidiscriminatoria –en concreto, el artículo 13.2.a) de la Directiva 2000/43/CE contempla la asistencia independiente a las víctimas de la discriminación racial o étnica en idénticos términos al artículo 8 bis.2.a) de la Directiva 76/207/CEE–, determinan la conveniencia de lege ferenda de extender la norma, por un lado, a los procesos civil y administrativo, y, por otro lado, a otras manifestaciones de discriminación.

V. LA PRUEBA DEL ACOSO SEXUAL: A) EL POLIMORFISMO DEL ACOSO SEXUAL Y LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA PRUEBA.

El acoso sexual⁴⁴, supuesto típico de discriminación sexista y vulnerador de otros varios derechos fundamentales –de ahí sea calificado de ilícito pluriofensivo–, es, como cualquier otra manifestación de discriminación sexista o de lesión de derechos fundamentales, de una gran variedad teórica y práctica, de ahí lo idóneo de su calificación como conducta polimorfa. Al efecto de esto comprobar, se pueden recordar, sin ánimo exhaustivo, diversos supuestos de acoso sexual, ejemplificados alrededor de la distinción básica entre chantaje sexual y acoso ambiental.

(1) El chantaje sexual o acoso de intercambio o *“quid pro quo”* se produce cuando el sujeto activo del acoso sexual condiciona el acceso al empleo, una condición laboral o el cese del trabajador, a la realización de un acto de contenido sexual –usualmente, un acto carnal, aunque haya otros ejemplos, como imponer como condición de empleo el uso de un uniforme sexualmente provocativo transmisor de un aire de disponibilidad sexual–.

⁴² Antonio Baylos Grau / Jesús Cruz Villalón / María Fernanda Fernández López, “Instituciones ...”, obra citada, página 148.

⁴³ Idénticamente, Francisco Javier Gamero López-Peláez, “Actividad probatoria ...”, obra citada.

⁴⁴ Sobre el acoso sexual laboral, se puede consultar mi libro “El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual”, Editorial Comares, Granada 1996. También se puede consultar Juan Antonio Altés Tárrega, “El acoso sexual en el trabajo”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

a) Por su forma, el chantaje sexual se puede manifestar de manera explícita o implícita. Aunque son muchas las formas de chantaje explícito, directo o expreso, se pueden reconducir a la proposición o solicitud sexual, cuando no se prescinde totalmente de la voluntad del trabajador agredido, y al requerimiento sexual, acompañado normalmente de compulsión física, cuando se prescinde totalmente de la voluntad del trabajador agredido.

El chantaje sexual implícito, indirecto o tácito se produce cuando el trabajador nunca ha sido solicitado o requerido sexualmente, pero otros trabajadores de su mismo sexo, en idénticas circunstancias profesionales, ascienden de categoría, mejoran sus salarios o reciben otros beneficios por aceptar las condiciones de un chantaje sexual, lo que incita implícita, indirecta o tácitamente a su aceptación por parte del/de la trabajador/a.

b) Por sus efectos, el chantaje sexual puede conllevar o no una pérdida tangible de derechos laborales. Aunque no sea lo habitual, el chantaje sexual puede no conllevar dicha pérdida cuando, a pesar de la negativa del trabajador, el empresario o directivo no cumplen su amenaza, o en el chantaje sexual implícito, donde, más que una pérdida de derechos, lo que hay es su no adquisición, o una pérdida de expectativas de derecho.

Sin embargo, lo habitual es, en los casos de chantaje, la pérdida tangible de derechos laborales, como represalia del empresario o directivo por la negativa del trabajador a someterse a la condición sexual. Realmente, el ilícito entonces se reduplica, de un lado, el chantaje sexual es ilícito, y de otro lado, lo es, asimismo, la pérdida tangible de los derechos laborales.

(2) El acoso ambiental se produce cuando el sujeto activo del acoso sexual crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador, sin existir un condicionamiento para el acceso al empleo, una condición laboral o el cese del trabajador. De este modo, se multiplican los sujetos activos que, aparte el empresario físico, el representante legal del jurídico o un directivo, lo pueden ser los compañeros de trabajo, proveedores, clientes u otras personas relacionadas con la empresa.

Asimismo, las conductas de acoso sexual ofrecen una mayor variedad, ya que, tanto pueden ser las mismas conductas definidas de chantaje sexual, siempre que no se condicione la proposición o el requerimiento, como otras conductas, como las ofensas verbales, incluidas bromas o piropos o comentarios sobre la vida íntima del trabajador, la colocación de posters pornográficos en los lugares de trabajo o la observación de un trabajador en un espacio reservado, como un servicio.

Esta somera aproximación al polimorfismo de las conductas de acoso sexual laboral, nos permite comprender como la doctrina constitucional de flexibilización de la prueba no es siempre funcional en los casos de acoso sexual laboral. Respecto a la carga de la prueba del demandante, la jurisprudencia constitucional ha revelado deficiencias de aplicación de la norma de flexibilización de la carga de la prueba a dichos casos de acoso:

1ª. La aportación de los indicios del acoso no sustituye a la declaración de la víctima, limitándose a reforzar la credibilidad subjetiva, verosimilitud objetiva y persistencia incriminatoria, de ahí que, utilizando sólo los indicios sin referencias a la declaración de la víctima –o a sus alegaciones ex artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral-, esos indicios pueden ser insuficientes –véase la STC 136/2001, de 18 de junio-.

2ª. La aplicación de la norma flexibilizadora se vincula a la diligencia probatoria del litigante, de modo que, si era posible acudir a una prueba directa y la parte no la practica de manera diligente, no se puede amparar en esa norma flexibilizadora de la carga de la prueba –en un caso de acoso sexual a través de anónimos, si no se practica de un modo diligente una prueba pericial caligráfica, véase la STC 207/2001, de 22 de octubre-.

Respecto a la carga de la prueba del demandado, no siempre es factible una prueba justificativa: si se prueba el acoso sexual, utilizando la declaración de la víctima y/o la técnica de los indicios probatorios, el agresor no puede justificar su acción –invocando el ejercicio legítimo de un derecho, una legítima defensa o el estado de necesidad, unas causas de justificación que, en principio, aparentan ser inaplicables al acoso sexual–.

Otros supuestos sí se aproximan a la distribución típica de la carga de la prueba. Por ejemplo, si la pretensión se dirige frente al empresario no siendo éste el agresor, ya que, acreditado el acoso sexual frente al agresor, su existencia opera frente al empresario como indicio de incumplimiento de su deber de protección frente al acoso sexual –artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores–, pudiendo sin embargo acreditar el uso de la diligencia debida para prevenir el acoso sexual y, en cuanto lo conoció, sancionarlo.

También se aplica de manera típica cuando se trata de acreditar una represalia contra la víctima por su negativa a someterse a un chantaje sexual: si se demuestra el chantaje, la cercanía temporal con la decisión empresarial perjudicial para la víctima trasladada a la empresa la carga de la justificación de dicha decisión en causas ajenas a la negativa de la víctima.

Resulta, en suma, necesario adaptar judicialmente y mejorar legislativamente la norma de flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación en su aplicación a la violencia de género buscando una intervención judicial *“constructiva”*⁴⁵, y acercándonos a ordenamientos jurídicos como los anglosajones con sus *“facilitaciones probatorias”*⁴⁶.

B) LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO LA PRUEBA REINA EN LOS JUICIOS DE ACOSO SEXUAL.

El acoso sexual deberá acreditarse, como cualquier otro hecho, mediante alguno de los medios establecidos en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a saber, el interrogatorio de las partes, los documentos públicos y privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial o el interrogatorio de testigos. Ahora bien, los supuestos de acoso sexual desarrollados en la intimidad ofrecen especiales dificultades probatorias, por los siguientes motivos⁴⁷: a) *“muchas veces no hay más constancia que el testimonio de la víctima”*; b) *“se trata de actos en los que no existen testigos o, si los hay, no se comprometen por el miedo a que el empresario pueda tomar represalias por sus declaraciones”*; c) *“no existen, normalmente, evidencias físicas, salvo si el acoso ha ido acompañado de actos de violencia de cierta entidad”*; d) *“a ello se ha de unir la falta de pruebas escritas”*. Ciertamente, *“puede ser más fácil demostrar su existencia cuando son varias las personas afectadas, pues el testimonio de todas ellas puede resultar más contundente. E, igualmente, la prueba puede verse facilitada cuando el acoso se reitera y se prolonga en el tiempo, si bien no es necesario que ello suceda para que aquél exista”*.

⁴⁵ Jaime Cabeza Pereiro, “El ejercicio del derecho a un ambiente laboral libre de acoso sexual”, en el libro colectivo “El derecho a trabajar en igualdad”, Instituto Andaluz de la Mujer, Málaga – Sevilla, 1999, página 139. Un ejemplo de intervención constructiva sería la de acordar el interrogatorio de la víctima demandante aunque no lo proponga la empresa demandada. Ante la eventualidad de la falta de proposición del interrogatorio por la empresa demandada de la víctima demandante, Jaime Cabeza Pereiro, con sustento en la STSJ/Madrid de 29.5.1997, AS 1597/1997, ha apuntado la posibilidad de subsidiariamente proponer, por la víctima demandante, un careo entre ella y el agresor, página 138.

⁴⁶ Julio Martínez Vivot, “Acoso sexual en las relaciones laborales”, Astrea, Buenos Aires, 1992, página 61.

⁴⁷ La cita es de Ricardo Escudero Rodríguez, “El acoso sexual en el trabajo”, Relaciones Laborales, Tomo Segundo, 1989, página 476, aunque destacar las dificultades probatorias es un lugar doctrinal común.

Tales dificultades probatorias nos llevan a plantear, si existiesen contradicciones en las declaraciones de las partes, cual debe ser creída, supuesto de no existir ninguna otra prueba. De entrada, debe adelantarse que, aunque el testimonio de la víctima suele ser la única prueba directa, resulta difícil que, en la realidad práctica, no existan pruebas adicionales indirectas, como testigos de referencia. Aun así, a efectos teóricos, conviene afrontar la cuestión en su sentido más prístino. Imaginemos, en consecuencia, no existe otra prueba diferente a la declaración de la víctima.

Una opinión habitualmente extendida es la de no dar credibilidad a ninguna declaración, lo que, inevitablemente, llevará a la desestimación de la demanda o al archivo de la denuncia. Esta opinión no es de recibo. Supone olvidar que esta situación probatoria ha sido buscada por el sujeto activo del acoso sexual, de donde no le puede beneficiar en perjuicio de la víctima. Como ocurre con los delitos contra la libertad sexual, en el acoso sexual *“la producción de prueba extrínseca resulta difícil... (porque) se ocasionan en un marco de clandestinidad preordenado por el agente”*⁴⁸.

Haciendo, ahora, de abogado del diablo, se podría contraargumentar que, con esas facilidades probatorias, se multiplicaran las demandas y las denuncias sin fundamento. Quien así opina realmente encubre, bajo un mandato de lógica argumental, un espíritu discriminatorio contrario a la igualdad: *“Este argumento reposa sobre la idea errónea de que las mujeres tienen una predisposición a pleitear, aman la confrontación ante los tribunales y, por ella, están dispuestas a sacrificar tiempo y dinero, a exponerse a reacciones hostiles en su trabajo y eventualmente a poner en peligro sus posibilidades de empleo, de promoción o de reingreso”*⁴⁹.

Ciertamente, ello no supone afirmar que *“la presunción de sinceridad”* de la demandante⁵⁰ sea indestructible, ya que *“en muchas ocasiones el testimonio de la presunta víctima puede ser producto de móviles de resentimiento o venganza, fabulación y otras similares”*⁵¹. Ahora bien, una cosa es el admitir excepciones, que confirman como tal a la norma general, y otra muy diferente la generalización de lo excepcional.

De este modo, *“las manifestaciones de la víctima ... pueden servir para enervar el derecho a la presunción de inocencia cuando los jueces asimilan tales declaraciones, si no hay razones objetivas que hagan dudar de la credibilidad de quien así se expresa, o que puedan invalidar sus afirmaciones”* –STS (Penal) de 2.6.1992, RJ 5428/1992, referida a un delito de carácter sexual-, considerándose a los tales efectos probatorios⁵²:

1º. La ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de unas relaciones entre el agresor y la víctima reveladoras de móviles espúeos –como venganza, fabulación u otros

⁴⁸ José Augusto De Vega Ruiz, “El acoso sexual como delito autónomo”, Biblioteca Jurídica de Bolsillo, Editorial Colex, Madrid, 1991, páginas 91 y 92.

⁴⁹ Informe Corcoran, “Analyse comparative des dispositions concernant le droit de recours dans les Etats membres en matière d'égalité”, Comisión de las Comunidades Europeas, Doc. V/564/84, página 55.

⁵⁰ Propone su introducción legal Jean Jacquemain, “Harcèlement sexuel sûr le lieux de travail: les moyens d'action juridiques en droit du travail”, Ministerio de Empleo y Trabajo, Bruselas, 1992, página 13.

⁵¹ José Augusto de Vega Ruíz, “El acoso sexual ...”, obra citada, páginas 91 y 92.

⁵² Véanse los interesantes resúmenes jurisprudenciales realizados por José Augusto De Vega Ruiz, obra citada, páginas 91 y 92, por Ignacio Serrano Butragueño, “El acoso sexual”, Revista Tapia, Febrero, 1995, página 22, por Francisco Alonso Pérez, “El testimonio de la víctima. Aspectos jurisprudenciales”, Diario La Ley de 7.5.1999, y por Antonio Pablo Rives Seva, “La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, Editorial Aranzadi, Madrid, 1999, páginas 221 a 224.

semejantes-, aunque el legítimo interés de la víctima en la condena del agresor nunca viciará su credibilidad.

2º. La verosimilitud objetiva apoyada en corroboraciones fácticas periféricas, aunque cuando la no acreditación plena de esas corroboraciones se justifica en las circunstancias concurrentes, y en especial cuando estaban bajo el dominio del agresor, este criterio no puede resultar relevante.

3º. La persistencia en la incriminación caracterizada por su prolongación en el tiempo, su expresión reiterada y la ausencia de contradicciones, tanto internas, entre los diversos extremos objeto de la declaración, como externas, de esos extremos objeto de la declaración con otros extremos derivados de la práctica de los otros medios de prueba.

Realmente, estos criterios, a valorar en cada caso judicial concreto, son unas reglas de sana crítica que, según el artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, presiden la valoración de las declaraciones de las partes, y no sólo en procesos penales, de ahí la ausencia de inconveniente en su aplicación al proceso laboral –supuesto de un acoso sexual laboral- y contencioso administrativo –supuesto de un acoso sexual a funcionario/a-, e incluso al proceso civil –por ejemplo, el supuesto de un casero acosador-.

A la vista de esta doctrina judicial, conviene analizar, como última cuestión, las *“razones objetivas que hagan dudar de la credibilidad de quien así se expresa, o que puedan invalidar sus afirmaciones”*. La variada casuística obliga a valorar las circunstancias de cada caso concreto, aunque, con carácter general, se puede afirmar que el pasado sexual de la víctima, sea cual sea, no es, en ningún caso, una circunstancia que invalide su declaración, ya que, si así no fuese se permitiría realizar un *“juicio de honestidad”*, contrario al derecho fundamental a la intimidad personal⁵³.

VI. LA PRUEBA DEL ACOSO MORAL.

A diferencia de las aplicaciones de la doctrina de flexibilización de la prueba de la discriminación o de la lesión de derechos fundamentales hasta ahora examinadas –la prueba de la discriminación indirecta, que nos conducía hacia las pruebas estadísticas, y la prueba del acoso sexual, donde se erige decisiva la declaración de la víctima-, la prueba del acoso moral es la que, de entre todas estas aplicaciones, más se ajusta a la doctrina general, como se comprueba con la lectura de algunas afirmaciones de la doctrina⁵⁴:

“Tratándose de acoso moral en el trabajo, corresponde al trabajador acreditar indiciariamente los hechos que a su juicio comportan la intimidación psicológica denunciada, tales como la no asignación de tareas, el aislamiento del trabajador, la asignación de funciones sin contenido real o práctico, etc., tras lo cual la empresa tiene que acreditar que existe una explicación razonable y lógica de tales actuaciones, ajenas por completo a la violación de los derechos fundamentales invocados”.

El ajuste de la prueba del acoso moral con la doctrina general es especialmente intenso debido a la trascendental importancia de la prueba de indicios en la acreditación de un acoso moral, donde, por definición, el acosador pretende, con una finalidad perversa, la destrucción de la víctima. Como el componente intencional no se suele manifestar de

⁵³ Como recuerda Salvador Del Rey Guanter, “Acoso sexual y relación laboral”, Relaciones Laborales, Tomo Primero, 1993, página 237.

⁵⁴ María José Romero Ródenas, “Protección frente al acoso en el trabajo”, Editorial Bomarzo, Albacete, 2004, página 81. Otro libro monográfico de interés para abordar el acoso moral desde una perspectiva jurídico laboral es el de Beatriz Agra Viforcós / Roberto Fernández Fernández / Rodrigo Tascón López, “La respuesta jurídico laboral frente al acoso moral en el trabajo”, Ediciones Laborum, Murcia, 2004.

manera directa, la prueba de indicios se erige habitualmente en la única forma de probar dicho elemento volitivo, de ahí, justamente, su trascendental importancia.

La finalidad perversa de destrucción de la víctima diferencia al acoso moral de los acosos sexual, de género y discriminatorio, donde no siempre aparece esa intención. De hecho, las definiciones de acoso contenidas en las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE y 2004/113/CE no aluden a un especial elemento volitivo⁵⁵. Por ello, la concurrencia de un componente discriminatorio exonera de acreditar la finalidad perversa y facilita la configuración de un panorama lesivo de derechos fundamentales.

A) LOS INDICIOS DEL ACOSO MORAL: 1. UN ANÁLISIS DE LOS INDICIOS HABITUALES EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL.

¿Cuáles son los indicios habitualmente utilizados en la doctrina judicial para acreditar la existencia del acoso moral, y, en particular, para acreditar la finalidad perversa de destrucción de la víctima?. La doctrina científica, analizando la judicial, ha enumerado como indicios más significativos –no exhaustivos- habitualmente utilizados los siguientes⁵⁶:

- *“La entidad de la reiteración, persistencia y la proximidad y conexión lógica en el tiempo de los hechos y comportamientos probados”*, obligando a determinar si, desde una valoración conjunta de las conductas, éstas se entienden dentro de un plan perverso, o tienen otras justificaciones.

- *“La naturaleza diversa de los comportamientos y conductas que se repiten en el tiempo”*, porque, si las conductas son diversas pero inciden siempre sobre la víctima, de esa diversidad se podría deducir, de manera razonable, un intento de camuflar la finalidad destructiva del acosador.

- *“El uso de las prerrogativas empresariales con arreglo al principio de buena fe”*, esto es, aunque si su uso no es legal estaríamos ante un indicio, aún siendo legal, ello no impediría – porque sería excluir el plano de la constitucionalidad- valorar como indicio un uso contra la buena fe.

- *“La existencia de animadversión o de un conflicto, enfrentamiento o tensión entre los presuntos sujetos activo y pasivo del acoso y la presencia de controversias judiciales a efectos de valorar la existencia de una eventual actitud de represalia”*, un indicio éste muy significativo.

- *“La existencia de un trato distinto hacia el trabajador con respecto a otros empleados o la afectación individualizada de determinadas circunstancias, órdenes o condiciones de trabajo o de su modificación”*, o sea, la idoneidad lesiva del acto con relación a la dignidad de la víctima.

- *“El carácter típico o atípico de algunas conductas y decisiones empresariales denunciadas como parte de integrante de la actitud acosadora”*, un indicio cuya construcción se realiza a partir de los actos típicos de acoso moral considerados entre los autores de ciencias sociales.

- *“La existencia de patologías u otros posibles efectos sobre el sujeto pasivo como consecuencia de los comportamientos probados”*, otro indicio muy significativo, en la medida en que, siendo el efecto buscado por quien acosa, su aparición es indicio de que efectivamente existe una perversión.

⁵⁵ Hablando del acoso moral por razón de género, y es afirmación extensible a todo acoso discriminatorio, ya afirmé, al comentar la definición de la Directiva 2002/73/CE, que *“no (se) incide en la intención de dañar del acosador, característica típica del acoso moral, lo que, aunque en un plano teórico desdibuja algo los contornos de la figura –dificultando su distinción con otras formas de discriminación por razón de sexo-, presenta la ventaja, en un plano práctico, de facilitar la prueba del acoso al no exigir el animus damnandi”*, “El acoso moral por razón de género”, Aranzadi Social, número 15, página 64.

⁵⁶ Ángel Jurado Segovia, “Sobre la caracterización jurídica del acoso moral en el trabajo a la luz de los pronunciamientos judiciales”, Revista de Derecho Social, número 25, 2004, páginas 200 y 201.

Ninguno de los indicios –ni estos ni otros susceptibles de aparición conforme a la infinita casuística- deben ser considerados como indicios decisivos –aunque alguno pueda serlo en un caso en concreto-, siendo lo en verdad decisivo “*la valoración global de alguno (o algunos) de ellos*”.

2. LA PERICIA MÉDICA DEL DAÑO PSICOLÓGICO.

Hemos recién afirmado que la existencia de patologías u otros posibles efectos sobre el sujeto pasivo como consecuencia de los comportamientos probados es un indicio muy significativo de la existencia de acoso moral, en la medida en que, siendo el efecto buscado por quien acosa, su aparición es indicio de que efectivamente existe una perversión.

Pero, aunque haya alguna divergencia doctrinal, los daños psicológicos de la víctima, siendo un indicio muy significativo de la existencia de acoso moral, no son una exigencia constitutiva de la existencia de acoso moral. Si le diéramos ese valor, “*podría comportar hacer de peor condición a aquellas personas con mayor resistencia*”⁵⁷.

Además, la existencia de patologías u otros posibles efectos sobre el sujeto pasivo como consecuencia de los comportamientos probados es un elemento a valorar en determinadas acciones judiciales, y, en particular, en la acción indemnizatoria con la finalidad de cuantificar económicamente los daños psicológicos. También es un factor de valoración de la gravedad.

El medio probatorio adecuado para la acreditación de los daños psicológicos de la víctima, habitualmente con un diagnóstico adicional de mobbing o de acoso moral, es la pericia médica, la cual se valorará, de acuerdo con el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “*según las reglas de la sana crítica*”. Ni más ni menos es el valor de ese diagnóstico.

Ni más porque, aunque estemos ante un diagnóstico médico, es exagerado concluir de su sola concurrencia, sin otros indicios, la existencia de un acoso laboral, sin perjuicio de que “*el diagnóstico de una patología –esto es, su tipo o clase, fecha de prescripción, relación con otros diagnósticos anteriores, etc.- nos puedan indicar algo sobre (su) origen*”⁵⁸.

Ni menos porque, aunque es verdad que –salvo casos de excepción- el médico no conocerá directamente los hechos, siéndole éste relatados, es exagerado excluir el valor probatorio indiciario del diagnóstico, lo que, si se hiciese, supondría “*(prescindir) analizar los postulados científicos del acoso*” y “*(confundir) la pericial con el interrogatorio de testigos*”⁵⁹.

3. UN EJEMPLO JUDICIAL DE VALORACIÓN INDICIARIA DEL ACOSO MORAL.

Un ejemplo judicial de valoración de indicios, que nos permite ver como la teorización general se aplica a un caso concreto, es el de la STSJ/Galicia de 8.4.2003, AS 2003/2893, donde se valoran los siguientes:

1º. “*La existencia de un conflicto entre las partes litigantes*”, valorado como un indicio aunque sea un indicio calificado de “*no determinante*” porque “*el conflicto y el acoso moral no son realidades correlativas*”, en cuanto, “*por un lado, todo conflicto no es manifestación de un acoso moral, de*

⁵⁷ Ángel Jurado Segovia, “Sobre la carecterización ...”, obra citada, página 203.

⁵⁸ Ángel Jurado Segovia, “Sobre la carecterización ...”, obra citada, página 203.

⁵⁹ Juan Lorenzo de Membiela, “Acoso moral, entidades públicas y derechos de los trabajadores”, Presentación 81, Aranzadi Social, número 21, 2004.

donde la existencia de acoso moral no se prueba con la simple existencia de un conflicto”, y, “por otro lado, la ausencia de un conflicto explícito no elimina la existencia de acoso moral, al resultar factible su manifestación externa (a través de) un conflicto larvado”.

2º. “La concurrencia de actos típicos de hostigamiento durante un significativo periodo de tiempo ... como son (1) el descrédito ... (2) la creación de una situación de ambigüedad de roles ... (3) el ninguneo ... (4) el insulto directo ... (5) la propagación de bulos ... o (6) el aislamiento social ...”, aclarándose que, “ocultando el acoso moral una intención de dañar y siendo una conducta compleja, continuada, predeterminada y sistemática, su existencia no depende de la concurrencia de un solo acto aislado, sino de la concurrencia de varios actos de hostigamiento”.

3º. “Las consecuencias psicológicas padecidas por las demandantes”, las cuales, “aparte demostrar cuál era la parte débil en el conflicto, están avaladas por diversos informes médicos y psicológicos donde se valora la causalidad entre esas dolencias y la situación de conflicto, y, aunque no todos sean determinantes, ninguno excluye esa relación de causalidad, de ahí su valoración como otro (nuevo) indicio”.

4º. “La actitud de la demandada durante el conflicto”, demostrativa de “(la) intencionalidad de dañar a través de constantes denuncias, consultas y toda clase de comunicaciones ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ante la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia y ante la Inspección Médica del Servicio Galego de Saúde”, al extremo de que “la inspectora médica ... se sintió sorprendida ... por los continuos requerimientos de control de la situación de incapacidad temporal”.

B) LA CARGA PROBATORIA DE LA PARTE DEMANDADA, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA PRUEBA DE LA SIMULACIÓN.

Acreditados los indicios de una actuación perversa de destrucción de la víctima, la empresa deberá acreditar, si el presunto agresor es el empresario físico, el representante legal de la empresa persona jurídica, o un directivo con poderes delegados de la empresa sobre la presunta víctima –acoso vertical-, la justificación objetiva, razonable y proporcional, suficientemente probada, de las actuaciones indiciarias del acoso moral, lo que, a la vez, destruiría esos indicios, dando lugar a un caso donde –en un plano teórico- la plena prueba en contrario equivaldría a la contraprueba.

Si el presunto agresor es otro trabajador –acoso horizontal-, la empresa deberá acreditar que actuó diligentemente para prevenir el acoso moral y, en cuanto lo conoció, para sancionarlo –lo que, conviene precisar, no supone inevitablemente sancionar al presunto agresor, sino adoptar las medidas oportunas de investigación y, en su caso, de protección de la presunta víctima en tanto se decide lo que sea pertinente, que le permitan dilucidar la realidad del acoso moral, y, hecho esto, adoptar la decisión razonablemente coherente con lo investigado, sea sancionar o no-.

En ningún caso, la empresa estará obligada a acreditar la existencia de simulación para verse absuelta de una demanda de acoso moral. Nada le impide, sin embargo, plantear su defensa en la línea de acreditar la existencia de simulación. La literatura médico legal⁶⁰ alerta, en efecto, sobre la posibilidad de situaciones de simulación pura –donde el simulador, para evadir sus obligaciones, para obtener un beneficio o con cualquier otra finalidad, simula un trastorno mental- y de simulación relativa –donde el simulador, que sufre un trastorno mental, le atribuye una causa laboral-.

También se alerta sobre otros trastornos cercanos a la simulación, como la neurosis de renta, “donde el paciente está convencido de lo lícito de sus exigencias”, a diferencia del simulador. La sinistrosis, “una forma particularmente grave de neurosis de renta”, supone “rumiaciones obsesivas

⁶⁰ Las referencias a los conceptos de simulación y de otros fenómenos médicos cercanos los he tomado de José Antonio López García – Silva / José Luis González de Rivera y Revuelta, “La simulación dentro de la problemática de la violencia en el trabajo”, Diario La Ley de 20 de febrero de 2003, número 5723.

de daño con afán de reparación ... (y) en sus formas más graves ... un auténtico delirio de reivindicación, con interpretaciones de acontecimientos banales como pruebas o indicaciones del daño sufrido y aplicación de todas las energías personales a hacer triunfar la verdad”.

Igualmente el trastorno facticio, o Síndrome de Münchhausen, donde, *“además de una historia de hospitalizaciones y/o consultas y/o tratamientos médicos múltiples, abusos de medicación (e incluso de drogas), pobreza en las relaciones interpersonales, trastornos de conducta y enfrentamientos con el personal sanitario, aparecen síntomas físicos o psicológicos fingidos o producidos intencionadamente de manera autoinflingida”, sin haber “incentivos externos para justificar la conducta de la enfermedad, que sí se dan en los simuladores y los rentistas”.*

Otro trastorno destacable es el Síndrome de Ganser, de conversión de una inicial simulación en una auténtica enfermedad psíquica: *“es posible que una situación laboral conflictiva inicie el problema, a partir del cual se fingen o se exageran unos síntomas que acaban por escapar al control voluntario y se convierten en una auténtica patología psiquiátrica sobre la que el paciente ya no tiene control”.* Muchas veces a ello coadyuva *“la incompreensión, incredulidad, desatención o rechazo de compañeros, personal sanitario, representantes sindicales y otros agentes sociales”.*

Si la empresa intenta acreditar la prueba de la simulación, la prueba idónea será una pericia médica. Ahora bien, esa pericia médica se deberá realizar sobre los hechos conocidos por la empresa, sólo incluyendo un examen psiquiátrico del trabajador si éste lo asume voluntariamente. La empresa no puede obligar al trabajador a someterse a un examen psiquiátrico fuera de los casos del artículo 22 de la Ley Prevención de Riesgos Laborales, y someter a una pericia médica a un trabajador por el mero hecho de denunciar un acoso moral no parece sea uno de esos casos.

¿Puede el órgano judicial a solicitud de la empresa obligar al trabajador a someterse a una pericia médica psiquiátrica sobre los extremos relativos a la simulación?. La respuesta es negativa. Estaríamos ante una prueba vulneradora de derechos fundamentales contraria al artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Naturalmente, salvo si el trabajador aceptase el someterse a dicha pericia médica psiquiátrica. De todos modos, no olvidemos que la empresa no estará obligada a acreditar la existencia de una simulación para poder verse absuelta de una demanda de acoso moral.