

LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN, LA LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ACOSO SEXUAL Y MORAL EN EL PROCESO LABORAL ESPAÑOL

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado Especialista de lo Social. TSJ de Galicia

Doctor en Derecho

Graduado Social

EXTRACTO

Las reglas generales sobre la carga de la prueba se muestran insuficientes cuando se trata de acreditar una conducta discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales, debido a su gran variedad de manifestaciones y a su carácter habitualmente enmascarado, lo que ha llevado a la legislación y a la jurisprudencia a introducir determinadas flexibilizaciones dirigidas a facilitar la carga de la prueba de la parte demandante y a objetivar la carga de la prueba de la parte demandada. El polimorfismo de las conductas discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales conduce a que, para algunas de sus manifestaciones, existan peculiaridades probatorias de importancia, como ocurre con la discriminación indirecta en cuanto su prueba exige utilizar pruebas estadísticas, o como ocurre con la conducta de acoso sexual en cuanto su prueba exige tomar en especial consideración a la declaración de la víctima. También se analiza, en último lugar, la carga de la prueba del acoso moral.

Palabras claves: discriminación y derechos fundamentales, y carga de la prueba.

Fecha de entrada: 14-04-2016 / Fecha de aceptación: 08-06-2016

THE PROOF OF DISCRIMINATION, THE INJURY OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND SEXUAL AND MORAL HARASSMENT IN THE SPANISH LABOUR PROCESS

José Fernando Lousada Arochena

ABSTRACT

The general rules on the burden of proof are insufficient when it comes to prove a discriminatory or harmful behaviors of fundamental rights, because of its variety of manifestations and character usually masked, which has led to legislation and the jurisprudence to introduce certain relaxations aimed to ease the burden of proof of the applicant and objectify the burden of proof of the defendant. Polymorphism of discriminatory or harmful behaviors of fundamental rights leads to that for some of its manifestations, there are important evidentiary peculiarities, as is the case with indirect discrimination as its test requires the use of statistical tests, or as with sexual harassment as your test it requires taking into special consideration the statement of the victim. It also analyzes, ultimately, the burden of proof of bullying.

Keywords: discrimination and fundamental rights, and burden of proof.

Sumario

1. El fundamento de las normas sobre la carga de la prueba de la discriminación y la lesión de derechos fundamentales
2. La carga de la prueba de la parte demandante
 - 2.1. La técnica de los indicios y el principio de prueba
 - 2.2. El conocimiento empresarial del factor protegido
 - 2.3. Implicación judicial en la aportación de la prueba
3. La carga de la prueba de la parte demandada
4. El dictamen de organismos públicos competentes
5. La prueba estadística y la discriminación indirecta
6. La declaración de la víctima en el juicio sobre acoso sexual
7. La prueba del acoso moral
 - 7.1. La carga de la prueba de la parte demandante
 - 7.2. La carga de la prueba de la parte demandada

1. EL FUNDAMENTO DE LAS NORMAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN Y LA LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La efectividad judicial de un derecho es una cuestión íntimamente relacionada con la prueba de los hechos en los cuales se sustenta. Quien ostenta un derecho tiende, consciente de lo expuesto, a garantizar esa prueba. Por ello, la carga de la prueba de un hecho se impone, conforme a criterios de normalidad, a quien alega el derecho sustentado en ese hecho. Tal lógica se ha concretado en el clásico aforismo, atribuido a Paulo (Digesto 22, 3, 2), «ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat». Y esa misma lógica inspira –como norma general– los ordenamientos europeos, incluyendo el español, según se ve tanto con el derogado –y algo toscos– artículo 1.214 del [Código Civil](#) (CC) español (1889), como con el vigente –y más técnico– artículo 217 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) (LEC) española (2000)¹.

Pero estas reglas generales de distribución de la carga de la prueba se muestran insuficientes cuando se trata de acreditar una conducta discriminatoria –sea por razón de sexo o sea por otras causas– o –en términos más amplios– lesiva de derechos fundamentales. En primer lugar, porque son conductas polimórficas, «de gran variedad práctica y conceptual»², o, dicho en otros términos, «no responden a un paradigma o patrón común que pueda fácilmente evidenciarse»³. Y, en segundo lugar, porque son conductas habitualmente escondidas bajo una apariencia de legitimidad, o, dicho en otros términos, «nunca se presentarán como (ilegítimas), salvo supuestos extremos, sino enmascaradas y ocultas»⁴.

¹ En el viejo artículo 1.214 del [CC](#) se decía que «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opondrá», mientras en el actual artículo 217 de la [LEC](#) se dice que «incumbe al demandante y al demandado reconviniente 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» –apdo. 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» –apdo. 3–, aunque con la importante atemperación 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» –apdo. 6–.

² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad y discriminación*, Madrid: Tecnos, 1986, pág. 290.

³ CAVAS MARTÍNEZ, F.: *El proceso de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Pamplona: Aranzadi, 2004, pág. 344.

⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Prueba y proceso laboral», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, 1994, pág. 217.

El Tribunal Constitucional añade la situación de especial privilegio de los derechos fundamentales y las libertades públicas dentro del ordenamiento jurídico español. Así, la [STC 82/1997, de 22 de abril](#), concluye 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». Y es que «la prueba es una variable que influye muy directamente en la mayor o menor efectividad de la protección antidiscriminatoria»⁵. En suma, un «banco de pruebas» de la eficacia real de la garantía constitucional de los derechos fundamentales⁶.

De la conjunción de las dificultades probatorias derivadas del carácter polimorfo y aparentemente legítimo de las conductas discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales, con la eficacia de los derechos fundamentales y de las libertades públicas surge, en suma, la necesidad de «adaptar la normativa sobre prueba a los aspectos, múltiples y cambiantes, de la discriminación... (con) una serie abierta de medidas probatorias»⁷. 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»⁸.

Así las cosas, no extraña la existencia de normas comunitarias sobre la carga de la prueba de la discriminación por razón de sexo –[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 sexo⁹, que se ha refundido en la [Directiva 2006/54/CE](#), art. 19–, origen racial o étnico –art. 8 [Directiva 2000/43/CE](#) del Consejo, de 29 de junio de 2000–, religión o convicciones –lo que incluye la afiliación sindical–, discapacidad, edad u orientación sexual –art. 8 [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–.

Tampoco extraña –tanto por imperativos constitucionales como por la trasposición de directivas– la existencia de normas en el ordenamiento jurídico español sobre la carga de la prueba de la discriminación por razón de sexo –art. 13 [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#) (LOIEMH),

⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad ...*, *op. cit.*, págs. 289 y 290.

⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F. en «Ley de Procedimiento Laboral», con Campos Alonso, M. A.; Rodríguez Fernández, M. L.; Sala Franco, T.; Salinas Molina, F. y Valdés Dal-Ré, F.: *Ley de Procedimiento Laboral*, Bilbao: Deusto, 1991, pág. 262.

⁷ BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Madrid: Trotta, 1991, pág. 155.

⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid: Civitas, 1994, pág. 212.

⁹ Sobre esta directiva, véase MOLINA NAVARRETE, C.: «Acciones positivas y efectividad de la tutela procesal antidiscriminatoria. (A propósito de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en casos de discriminación por razón de sexo)», *La Ley*, tomo II, 1999.

para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, aplicable a todas las clases de procesos–, y, específicamente en el ámbito del proceso laboral, de la discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de un derecho fundamental o libertad pública –en los arts. 96.1 y 181.2 [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social](#) (LRJS)–.

Conviene añadir que no estamos –ni en las elaboraciones normativas y jurisprudenciales del derecho comunitario ni en las elaboraciones normativas y jurisprudenciales del derecho español interno– 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 art. 1.214 CC y actual art. 217 [LEC](#)–. 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»¹⁰.

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 normativa, la jurisprudencia y 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»¹¹.

2. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA PARTE DEMANDANTE

2.1. LA TÉCNICA DE LOS INDICIOS Y EL PRINCIPIO DE PRUEBA

Aunque 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 –lo cual resultaría algo ilógico–¹²,

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, págs. 16 y 17.

¹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad...*, *op. cit.*, pág. 306.

¹² Bastaría con la desnuda alegación 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», como en su momento oportunamente razonaron RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad...*, *op. cit.*, pág. 300.

muy pronto se obligó a la parte demandante a añadir algo más a la mera alegación de discriminación. La [STC 34/1984, de 9 de marzo](#), y aún con más claridad la [STC 38/1986, de 21 de marzo](#), le exige a la parte demandante acreditar «la existencia real y efectiva de una diferenciación de trato... (y) de indicios racionales de los que pueda deducirse que esa desigualdad está vinculada a algún factor prohibido de diferenciación».

La referencia a los «indicios racionales» se completó, en la [STC 114/1989, de 22 de junio](#), con la referencia a «una razonable sospecha» como palancas ambas válidas para cumplir la exigencia probatoria. También en la [STC 21/1992, de 14 de febrero](#), se alude a «unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de... discriminación o lesión». ¿Quiere esto decir que, además de la prueba de indicios, se admite otro mecanismo probatorio sustentado en la sospecha o apariencia de discriminación o lesión de derecho fundamental? Aunque alguna doctrina no se plantea la posibilidad de más mecanismos que el de los indicios¹³, otra admite la posibilidad de usar el mecanismo del principio de prueba¹⁴.

Mientras la técnica de los indicios o presunciones judiciales, reconocida, además, en el artículo 386 de la [LEC](#), obliga a la parte a acreditar cumplidamente el hecho base de la presunción y será el juez el que, sobre ese hecho base, deducirá la discriminación como hecho consecuencia, 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 un hecho, sino solo a imbuir en el juez la sospecha racional de discriminación. Tal técnica probatoria no es desconocida en el derecho positivo español –por ejemplo, se exige un «principio de prueba de los hechos en que se funde» para admitir a trámite demandas de filiación, art. 127 [CC-](#).

Después de cierta ambigüedad jurisprudencial¹⁵, la [STC 90/1997, de 6 de mayo](#), claramente introduce la expresión principio de prueba cuando se refiere a «la necesidad por parte del trabaja-

¹³ Siguiendo ese criterio, «solo 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», según explica MONTERO AROCA, J.: «Comentario al artículo 96», en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, coescritos con Iglesias Cabero, M.; Marín Correa, J. M. y Sampedro Corral, M., Madrid: Civitas, tomo I, 1993, pág. 658. GÁRATE CASTRO, J., nos recuerda que, conforme a la jurisprudencia de los tribunales laborales ordinarios, al demandante no le bastaría con acreditar «una simple sospecha»: «La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales. (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los artículos 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral)», *Revista Jurídica Galega*, Santiago de Compostela, 1999, págs. 131 a 136.

¹⁴ Para PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y DEL REY GUANTER, S.: «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», *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993. En similar sentido, BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Instituciones...*, *op. cit.*, págs. 153 a 156, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba...*, *op. cit.*, págs. 208 a 212, y –con amplio desarrollo– MONEREO PÉREZ, J. L., en *La carga de la prueba...*, *op. cit.*

¹⁵ Tras la [STC 114/1989, de 22 de junio](#), que aludió, por primera vez, a la «razonable sospecha», la [STC 135/1990](#),

dor de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental... principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel; 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 aquella se haya producido». Un párrafo el transcrito que, por su reiteración en sentencias posteriores, se ha convertido en tópico judicial¹⁶.

El Tribunal Constitucional, a la vista de las amplias citas literales que, en sus sentencias más modernas, se contienen de las anteriores en orden exponer su jurisprudencia sobre la flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación o de la lesión de derechos fundamentales, aparenta estar muy cómodo con la elaboración general de su doctrina en cuanto al alcance de la carga de la prueba del demandante. Y acaso a causa de ello dedica más atención a identificar en cada caso concreto los hechos usados como indicios o principios de prueba. Tomando, en consecuencia, las sentencias dictadas desde 1997 hasta 2016, se consideran como indicios o principio de prueba más habitualmente utilizados los siete siguientes:

- 1.º Siempre que la estructura del acto discriminatorio o lesivo del derecho fundamental exija el ánimo de discriminar o lesionar, es indicio decisivo –y usado tan habitualmente que se le ha dado un *nomen iuris* propio, el de conexión temporal– la correlación temporal entre el ejercicio del derecho fundamental y la actuación empresarial. Por lo demás, es un indicio a veces valorado junto con otros datos indiciarios –[STC 90/1997, de 6 de mayo](#), [STC 140/1999, de 22 de julio](#), o [STC 101/2000, de 10 de abril](#)–, aunque otras veces resulta un indicio por sí decisivo –a la [STC 29/2000, de 31 de enero](#), le bastó la correlación temporal entre el ejercicio de los derechos fundamentales de expresión y reunión y la resolución de cese–.

[de 19 de julio](#), mantuvo una exclusiva referencia a los indicios como detonante para invertir la carga de la prueba, y lo mismo cabe decir de la [STC 180/1994, de 20 de junio](#), mientras la [STC 21/1992, de 14 de febrero](#), ya habla de «unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación», y las [SSTC 7/1993, de 18 de enero](#), [293/1993 de 18 de octubre](#), y [85/1995, de 6 de junio](#), aluden a «existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción». No es extraño que, ante esta ausencia de total concreción en la jurisprudencia constitucional, se la tildase, en la época, de «un tanto ambigua» (MONEREO PÉREZ, J. L., *La carga de la prueba...*, *op. cit.*, pág. 38).

¹⁶ Muy pronto se afianzó el principio de prueba –[STC 74/1998, de 31 de marzo](#), o en la [STC 87/1998, de 21 de abril](#)–, aclarando –[SSTC 17/2003, de 30 de enero](#), [49/2003, de 17 de marzo](#), [151/2004, de 20 de septiembre](#), [216/2005, de 12 de septiembre](#), [120/2006, de 24 de abril](#), y [168/2006, de 5 de junio](#)–, que, a los efectos de desplazar la carga de la prueba, «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». Eso sí, «en la aportación de una prueba verosímil o principio de prueba de la vulneración denunciada resultará insuficiente la simple afirmación de la discriminación o lesión de un derecho fundamental, lo mismo que reflejar tal afirmación en unos hechos» –[STC 41/2006, de 13 de febrero](#)–.

- 2.º La comparación del demandante con otros trabajadores comparables –que se podría denominar como la conexión comparativa– se ha utilizado en alguna sentencia constitucional, a veces para destacar cómo a esos trabajadores comparables no se les perjudicó como se perjudicó al demandante –[STC 90/1997, de 6 de mayo](#)–, a veces para destacar cómo un grupo de trabajadores, en el cual se integra el demandante, fue perjudicado –[STC 101/2000, de 10 de abril](#)–. También se trata de un indicio que, según las circunstancias, puede ser por sí solo decisivo –a la [STC 74/1998, de 31 de marzo](#), le bastó la comparativa atendiendo a diferencias salariales y de promoción entre dos grupos de trabajadores afiliados a distinto sindicato–.
- 3.º La existencia de conflicto o de antecedentes discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales –[STC 84/2002, de 22 de abril](#), [STC 17/2005, de 1 de febrero](#), [STC 326/2005, de 12 diciembre](#), [STC 41/2006, de 13 de febrero](#), o [STC 2/2009, de 12 de enero](#)–. En puridad, no estamos tanto ante la valoración del conflicto o de los antecedentes como indicios, sino –a nuestro juicio– ante la valoración de las circunstancias en que ese conflicto se manifiesta o en que se produjeron los antecedentes para configurar una sospecha de panorama discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, entroncando más el raciocinio judicial con el característico del principio de prueba que con el característico de la prueba de indicios.
- 4.º La buena trayectoria previa del trabajador con anterioridad a la extinción del contrato de trabajo simultánea al conocimiento empresarial del factor protegido. Así la [STC 31/2014, de 24 de febrero](#), relativa a una trabajadora contratada como personal estatutario temporal en el Centro Nacional de Inteligencia, considera relevantes a los efectos de invertir la carga de la prueba los datos profesionales de la trabajadora demandante, que, antes de su embarazo, siempre había conseguido valoraciones satisfactorias de desempeño, informes personales positivos, encomiendas de confianza, o complementos de productividad. Nuevamente se trata de un principio de prueba más que de un auténtico indicio en sentido técnico.
- 5.º La manifestación empresarial de la causa discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales que, según su contenido y su contexto, puede operar como indicio –[STC 140/1999, de 22 de julio](#), o [STC 87/2004, de 10 de mayo](#)–, o como prueba directa –[STC 182/2005, de 4 de julio](#), donde se afirma que «la confesión del representante legal de la empresa... revela de forma patente el motivo que fue causa de las decisiones empresariales de relegación de la trabajadora... no se trata de que la recurrente haya ofrecido un panorama indiciario de la lesión que aduce, sino que se ha acreditado plenamente conexión causal entre los hechos denunciados y el motivo jurídicamente relevante que los fundamentó (la triple maternidad)»–.
- 6.º 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

o del principio de prueba –STC 84/2002, de 22 de abril, STC 17/2003, de 30 de enero, STC 216/2005, de 12 de septiembre, STC 17/2007, de 12 de febrero, STC 144/2005, de 6 junio–. Nunca, sin embargo, hemos detectado su utilización como indicio único, y ello resulta lógico porque de admitirse como único dato indiciario supondría subvertir las dos fases de la argumentación probatoria con el dudoso resultado de reaparecer la categoría del despido nulo fraudulento.

- 7.º El contexto de los acontecimientos es un elemento de verosimilitud del alegato discriminatorio. Así la [STC 183/2007, de 10 de septiembre](#)¹⁷, consideró anti-sindical denegar el empleo a un trabajador sindicado, a pesar de ser considerado idóneo por la empleadora, cuando la contratación la decidió un comité de empresa dominado por otro sindicato y existiendo entre este y el del trabajador un acuerdo tácito de que decida en cada centro de trabajo el sindicato mayoritario en el comité de empresa. Técnicamente, el indicio es la consideración de idoneidad de la empresa, lo demás es únicamente un principio de prueba que, al otorgar verosimilitud a los alegatos discriminatorios, potencia la fuerza de convicción del indicio.

2.2. EL CONOCIMIENTO EMPRESARIAL DEL FACTOR PROTEGIDO

Entre los hechos cuya carga de prueba es de la parte demandante, el Tribunal Constitucional alude, en algunas ocasiones, al conocimiento empresarial, sea referido a la pertenencia de la parte demandante al colectivo protegido por la prohibición de discriminación, sea referido al ejercicio por la parte demandante del derecho fundamental. Si no se acredita ese conocimiento empresarial, se rompe, en el caso de la prueba de indicios, la conexión lógica entre el hecho base y el hecho consecuencia, como así lo ha ratificado el Tribunal Constitucional. Y se podría decir algo semejante para el caso del principio de prueba al diluirse completamente la verosimilitud de la discriminación o la lesión de derechos fundamentales.

Si bien se ha aplicado también en otros supuestos –como una represalia por militancia política o sindical, [STC 49/2003, de 17 de marzo](#), o una discriminación por orientación sexual, [STC 41/2006, de 13 de febrero](#)–, donde más veces se ha aplicado esa exigencia de conocimiento empresarial es en la discriminación por embarazo. En la [STC 17/2003, de 30 de enero](#), se afirmó 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–).

¹⁷ Vid. LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Represalias sindicales en acceso al empleo, y carga de su prueba. (Comentario de la STC 183/2007, de 10 de septiembre)», *Aranzadi Social*, núm. 2, 2009.

Con posterioridad la doctrina se reitera en la [STC 41/2002, de 25 de febrero](#), en la [STC 175/2005, de 4 de julio](#), y en la [STC 17/2007, de 12 de febrero](#), añadiéndose en estas dos últimas que «el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del artículo 14 de la CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto». La [STC 92/2008, de 21 julio](#), remacha al respecto que «difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora» si no se acredita o se deduce el conocimiento empresarial sobre el embarazo.

Ahora bien, el conocimiento empresarial de la situación protegida se puede deducir de datos concurrentes y se puede acreditar a través de indicios o principio de prueba. Por ejemplo, en la [STC 17/2003, de 30 de enero](#), el conocimiento empresarial del embarazo se dedujo de «que la gestación se conocía en el centro de trabajo», y es ello 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 indicio «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)».

2.3. IMPLICACIÓN JUDICIAL EN LA APORTACIÓN DE LA PRUEBA

Dentro de la jurisprudencia constitucional sobre prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales, nos detendremos, dada sus particularidades fácticas y consiguiente trascendencia teórica, en la [STC 41/1999, de 22 de marzo](#). Se trata de un interesantísimo caso judicial referido a una discriminación sexista indirecta en el acceso al empleo¹⁸. La sentencia, que nuestra doctrina de inmediato calificó como «una importante sentencia»¹⁹, además de situarse entre las sentencias de su época en las cuales se consolidó la alusión tanto a la prueba de indicios como a un principio de prueba, contiene una novedad de alcance general entendible en el contexto de una discriminación de muy difícil acreditación.

Así es que se dice que «el órgano judicial, en un proceso de tutela antidiscriminatoria caracterizado por sus dificultades probatorias (aquí, por otra parte, incrementadas por asumir la posi-

¹⁸ La [STC 41/1999, de 22 de marzo](#), se dictó en el contexto del Caso Fasa-Renault, que luego se resolvió definitivamente en la [STS de 4 de mayo de 2000, rec. núm. 3708/1999](#). Sobre la [STC 41/1999, de 22 de marzo](#), *vid.* LOUSADA AROCHENA, J. F.: «La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva. (A propósito de la Sentencia 41/1999, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional)», *Aranzadi Social*, núm. 12, 1999.

¹⁹ Como expresamente afirma GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «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 principio de investigación en el proceso laboral e indefensión). Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1999, de 22 de marzo», *Revista de Derecho Social*, núm. 7, 1999, pág. 121.

ción de parte demandante un sindicato, sin intervención de concretos sujetos individualizados), venía obligado a velar por que 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*. Conclusión última es la concesión del amparo por la vulneración del derecho a la prueba –art. 24 CE–.

Tal nuevo avance supone un llamamiento a la intervención judicial en aquellos casos –y el prototípico es la discriminación sexista indirecta, y más si el demandante es un sujeto colectivo– en los cuales se erige en «decisiva» la norma de flexibilización de la carga de la prueba. Si bien se mira, ello entronca con el entonces vigente artículo 95.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) –actual art. 95.3 LRJS–, donde se establecía 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». Con la **STC 41/1999, de 22 de marzo**, el «podrá» se deberá de leer como «deberá» en los casos que en la misma se han contemplado.

3. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA PARTE DEMANDADA

Frente a un hecho presunto deducido de un hecho base, el perjudicado por la presunción, de acuerdo con el artículo 385.2 de la **LEC**, puede, sin negar el hecho base, 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 o, más sencillamente, un contraindicio–. La jurisprudencia constitucional –acaso porque se trata de una opción constructiva– se ha centrado en desarrollar la opción de la prueba plena en contrario, sin aludir al contraindicio –acaso porque se trata de una opción destructiva–, aunque, en no pocas ocasiones, el amparo se desestima por insuficiencia de unos indicios debilitados por la contraprueba empresarial²⁰.

Centrándonos, en consecuencia, en la opción de la prueba plena en contrario, «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»²¹. Hecha esta aprecia-

²⁰ Véanse, por ejemplo, las SSTC 293/1993, de 18 de octubre; 85/1995, de 6 de junio; 308/2000, de 18 de diciembre; 136/2001, de 18 de junio; 142/2001, de 18 de junio; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 151/2004, de 20 de septiembre, o 3/2006, de 16 de enero, o el ATC 89/2000, de 21 de marzo.

²¹ En palabras de la **STC 21/1992, de 14 de febrero**, después reiteradas en SSTC 266/1993, de 20 de septiembre; 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; 114/2002, de 20 de mayo; 188/2004, de 2 de noviembre; 38/2005, de 28 de febrero; 175/2005, de 4 de julio; 3/2006, de 16 de enero; 16/2006, de 19 de enero;

ción de carácter general, la prueba de la parte demandada se dirigirá a acreditar una justificación objetiva, racional y proporcional, suficientemente probada, de su conducta, desmintiendo así la discriminación o la lesión de derechos fundamentales.

- 1.º Las exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad se valoran según un juicio de proporcionalidad²² que, en el ámbito de la relación laboral, se ha desglosado, desde la década de los noventa, en otros tres subjuicios diferentes: «(1) si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (2) 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); (3) 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 un sentido estricto)».

Tal test se aplicó en la [STC 99/1994, de 11 de abril](#) –en el caso conocido como del deshuesador de jamones sobre derecho a la propia imagen del trabajador–, en la [STC 6/1995, de 10 de enero](#) –en el caso conocido como Caso Tenerife F.C., un supuesto de libertad de expresión de un futbolista–, en la [STC 136/1996, de 23 de julio](#) –en el caso conocido como Caso Tocino, un supuesto de discriminación por embarazo de una trabajadora–, en la [STC 98/2000, de 10 de abril](#) –en el caso conocido como Caso Casino de La Toja–, y en la [STC 186/2000, de 10 de julio](#) –esta y la anterior sobre controles auditivos y visuales en el trabajo respectivamente, considerando aquellos inconstitucionales y estos no en los casos resueltos–.

Sin embargo, se constata en sentencias posteriores la ausencia de referencia al juicio de proporcionalidad, surgiendo la duda de si es que no han surgido casos donde a la empresa se le reprocha su incumplimiento, o si estamos ante un repliegue judicial. Por ejemplo, en la [STC 233/2007, de 5 de noviembre](#), se enerva el panorama discriminatorio sexista sin aludir al juicio de proporcionalidad, aludiendo simplemente a justificaciones empresariales vinculadas a «factores objetivos, de carácter organizativo y productivo, ajenos a una intención discriminatoria», como es «un incremento de necesidades en el taller de chapa durante la excedencia (de la trabajadora y que motiva su reingreso con un cambio de funciones)»²³.

[120/2006, de 24 de abril](#); [342/2006, de 11 de diciembre](#); [183/2007, de 10 de septiembre](#); [233/2007, de 5 noviembre](#), y [257/2007, de 17 de diciembre](#).

²² Más ampliamente sobre el juicio de proporcionalidad, véase TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

²³ Comenta esta resolución CABEZA PEREIRO, J.: «Ejercicio de derechos de conciliación, discriminación y jurisprudencia constitucional. Una crítica a la STC 233/2007, de 5 de noviembre», *Revista de Derecho Social*, núm. 40, 2007, págs. 141 a 152, quien pretende realizar –utilizando sus propias palabras– «una crítica sorda por la tarea que la Corte debió

- 2.º Cuando se trata de una discriminación sexista indirecta, la jurisprudencia constitucional española ha desarrollado –en línea con la evolución del concepto de discriminación indirecta apreciada en el derecho estadounidense y en el derecho comunitario– un test de justificación de la medida causante del impacto adverso o desventaja particular que –sin diferir sustancialmente del test de justificación objetiva, racional y proporcional valorado según se explica en el número anterior– incide de manera especial en la exigencia de necesidad estricta para excluir justificaciones de mera conveniencia que inutilizarían el concepto de discriminación indirecta dejándolo convertido en concepto de laboratorio.

En el ámbito de la discriminación retributiva, la jurisprudencia constitucional ha sido muy insistente en la admisibilidad restrictiva del criterio del esfuerzo físico como justificativo de diferencias retributivas entre trabajadores y trabajadoras, siendo la [STC 58/1994, de 28 de febrero](#), Caso Antonio Puig, donde se analizó con mayor detenimiento ese criterio, admitiéndolo «(solo) si se acreditase de forma indubitada que el esfuerzo físico constituye un elemento determinante absoluto de aptitud para el desarrollo de la tarea, o bien, que se trate de un elemento esencial en esta, siendo preciso, aún en estos casos, que se combine con otros rasgos tipificadores neutros desde el punto de vista que interesa considerar».

En otros ámbitos donde se ha aplicado el concepto de discriminación sexista indirecta en la jurisprudencia constitucional, esta ha seguido iguales criterios de necesidad estricta, descartando justificaciones de mera conveniencia –aun si alegadas por los Poderes Públicos– como el interés público en la cobertura urgente de una plaza como justificación para negar el derecho a excedencia voluntaria de funcionaria interina con cinco años de antigüedad –[STC 240/1999, de 20 de diciembre](#)–, o el principio de contributividad del Sistema de Seguridad Social como justificación de un cómputo de carencia a efectos de acceso a prestaciones sociales perjudicial para quien trabajó a tiempo parcial –[STC 253/2004, de 22 de diciembre](#)–.

- 3.º No se admite la justificación pluricausal²⁴, esto es, el despido con móvil discriminatorio y disciplinario, y no se admite porque «(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 conduc-

abordar y no abordó y por la escasa sensibilidad hacia una situación que, desde el sentido común y desde un análisis extra-jurídico del caso parece clara: a una mujer que vuelve de una excedencia por cuidado de hijo se le cambian las tareas», y, en cuanto a la justificación de la empresa, concluye que, en relación con los derechos de conciliación, «casi siempre va a poder esgrimirse una justificación por parte de la empresa... de ahí que es importante ponderar la necesidad, la adecuación y la proporcionalidad de la medida de la empresa».

²⁴ Más ampliamente, SEGALÉS FIDALGO, J.: «El despido pluricausal. Nuevas reflexiones en torno al modelo de prueba de indicios a propósito de la STC 41/2006», *Aranzadi Social*, núm. 14, 2006.

ta antisindical, de modo que pueda estimarse que, aun 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» –afirmación tomada de la [STC 104/1987, de 17 de junio](#)²⁵.

Por lo tanto, aparenta irrelevante en el plano constitucional la intensidad en la acreditación del móvil disciplinario según la legalidad ordinaria, que permite hablar de despido pluricausal de intensidad mínima –la empresa se limita a invocar su poder disciplinario legal–, media –la empresa acredita hechos sancionables, pero insuficientes para el despido– y máxima –la empresa acredita hechos suficientes para justificar el despido–. No obstante, decimos aparenta porque el grado de intensidad en la acreditación del móvil disciplinario sí es relevante desde la perspectiva constitucional en la medida en que la fuerza de convicción del indicio o del principio de prueba se debilita o refuerza según ese grado de intensidad²⁶.

- 4.º Una decisión empresarial legalmente acausal –es decir, ejercitable sin necesidad de alegar el empresario causa– no excluye la discriminación o lesión de derechos fundamentales. Y es que, aunque la regla probatoria se proyecta modélicamente sobre actos disciplinarios, se puede aplicar a otros actos diferentes, como la resolución en periodo de prueba, la negativa a readmitir tras una excedencia o la denegación de cantidades –[STC 90/1997, de 6 de mayo](#)–, o la renovación de contratos temporales –[STC 74/2008, de 23 de junio](#)–. Doctrina aplicable a emplea-

²⁵ Por ello, es necesario acreditar «causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas 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 21 de abril](#); [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](#)–, o «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](#)–. En las SSTC [41/2006, de 13 febrero](#), y [138/2006, de 8 de mayo](#), se ha realizado una lectura coordinada de ambas formulaciones jurisprudenciales.

²⁶ Aunque como la legalidad constitucional y la legalidad ordinaria operan en planos diferentes, tanto es posible un despido improcedente no discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales como un despido procedente discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, la experiencia demuestra que, en línea de tendencia, un despido improcedente presenta más alta probabilidad de ser discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, mientras un despido procedente presenta más baja probabilidad de ser discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales. Utilizando las palabras de la doctrina jurisprudencial, «la acreditación plena del incumplimiento contractual habilitante del despido permite entender, en principio y como regla general, satisfecha la carga empresarial de neutralización de los indicios» –[STC 41/2006, de 13 febrero](#)–, aunque «la declaración de procedencia del despido no permite descartar –en todo caso y sin excepción– que este sea lesivo de derechos fundamentales» –[STC 138/2006, de 8 de mayo](#)–.

dores públicos y a puestos de libre designación –SSTC 29/2000, de 31 de enero, 114/2002, de 20 de mayo, 17/2003, de 30 de enero, 171/2003, de 29 de septiembre, o 92/2009, de 20 de abril–²⁷.

Y es que la existencia de discriminación sexista no se excluye aunque «el empresario se encuentre en el ejercicio de actos amparados por la legislación laboral» porque «la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales». De donde «la conducta empresarial fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo no puede ser valorada como un mero acto de libertad o como el ejercicio de facultades habilitadas por el Derecho, lo mismo que el interés empresarial latente en ese tipo de decisiones, sea del tipo que sea, no puede legitimarse a través de medidas contrarias al mandato constitucional de prohibición de la discriminación de la mujer» –véase STC 182/2005, de 4 de julio–.

- 5.º Tales exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad con todas sus resultas –necesidad estricta, no pluricausalidad y afectación de decisión libre– se deben justificar individualizadamente, 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» –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–.

Resultan así insuficientes justificaciones vinculadas a la apariencia de legalidad formal de una contratación materialmente irregular, como la finalización de una beca encubridora de una relación laboral –STC 171/2005, de 20 de junio–, o justificaciones abstractas, como un «desajuste con los criterios de funcionalidad de la brigada donde presta servicio» –STC 216/2005, de 12 de septiembre–, o ambas cosas, como la finalización de un arrendamiento encubridor de una relación laboral unido a una justificación tan

²⁷ De hecho, «la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo... (es) una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador» –SSTC 90/1997, de 6 de mayo; 29/2002, de 11 de febrero; 30/2002, de 11 de febrero; 66/2002, de 11 de marzo; (ATC) 350/2004, de 20 de septiembre; 17/2005, de 1 de febrero; 144/2005, de 6 de junio; 171/2005, de 20 de junio; 216/2005, de 12 de septiembre; 326/2005, de 12 de diciembre; 138/2006, de 8 de mayo; 168/2006, de 5 de junio, y 125/2008, de 20 de octubre, afirmaciones así pues muy reiteradas en la jurisprudencia constitucional–.

abstracta como «(una) política empresarial de sustitución de este tipo de contratos» cuando, en sustitución del cesado, se contrata a otro profesional mediante otro arrendamiento –[STC 144/2005, de 6 de junio](#)–.

Tampoco es posible eludir la justificación amparándose en un deber genérico de secretos oficiales. La [STC 31/2014, de 24 de febrero](#), relativa a una trabajadora contratada como personal estatutario temporal en el Centro Nacional de Inteligencia, razona al efecto que «(la) clasificación como secretos de los informes de valoración del desempeño de la recurrente... no puede suponer un espacio de inmunidad al control jurisdiccional», pues «la Administración, preservando la información material cubierta por la legislación de secretos oficiales, podía haber concretado motivadamente una suficiente explicación que permitiera conocer aquellos hechos o aspectos negativos del desempeño de sus funciones... relevantes para que no se integrara a la demandante como personal estatutario permanente».

- 6.º 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», de donde se colige que «ha de llevar al ánimo del juzgador no la duda, sino la convicción de que el despido fue absolutamente extraño a todo propósito discriminatorio». 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»²⁸.

4. EL DICTAMEN DE ORGANISMOS PÚBLICOS COMPETENTES

El artículo 13 de la [LOIEMH](#) establece que, a efectos de la aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba, «el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes». Tal norma

²⁸ 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». Otras sentencias con esa doctrina son la [175/2005, de 4 de julio](#); la [168/2006, de 5 de junio](#); la [17/2007, de 12 de febrero](#); la [74/2008, de 23 de junio](#), o, en fin, la [2/2009, de 12 de enero](#).

estaba inspirada en el artículo 95.3 de la [LPL](#)²⁹, que establecía 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». Actualmente, el artículo 95.3 de la [LRJS](#) ha ampliado la norma a todas las discriminaciones.

¿Para qué fines probatorios sirve el dictamen de los organismos públicos competentes? En primer lugar, para verificar la existencia de impacto adverso sobre el colectivo femenino en los supuestos de discriminación sexista indirecta –por ejemplo, en la [STC 253/2004, de 22 de diciembre](#), se acudió, para acreditar la feminización del colectivo de trabajadores a tiempo parcial, a la EPA³⁰. En segundo lugar, para verificar la justificación de una medida de acción positiva –por ejemplo, en la [STC 128/1987, de 16 de julio](#), se acudió, para acreditar la menor tasa de actividad de las mujeres casadas respecto a los hombres casados, a la EPA–. Operaría el dictamen, en estos dos casos, como una prueba de informes.

En tercer lugar, para acreditar el 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 real prueba pericial. Y, en cuarto lugar, para asesorar 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. Sería un no vinculante asesoramiento institucional que, eso sí, valdría para cualquier conducta de discriminación.

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, es un acierto la generalidad del artículo 95.3 de

²⁹ Unos comentarios del artículo 95.3 de la [LPL](#) los encontramos en PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y DEL REY GUANTER, S.: *Discriminación...*, *op. cit.*, págs. 209 y 210, y en BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Instituciones...*, *op. cit.*, págs. 146 a 148. Igualmente *vid.* LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El artículo 95.3 de la LPL», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1999, y «El dictamen de los organismos públicos competentes en los procesos laborales sobre discriminación por razón de sexo», *La Ley*, número 6424, 2006, págs. 1.457 a 1.460. Después de la [LOIEMH](#), *vid.* el análisis de FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, Madrid: La Ley, 2008, págs. 178 a 182.

³⁰ La conexión de la norma con la discriminación indirecta es un lugar común. BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Instituciones...*, *op. cit.*, pág. 147, destacan el fin de la norma de salvar dificultades técnicas y económicas para la prueba del impacto adverso. MONTERO AROCA, J.: «Comentario...», *op. cit.*, págs. 655 y 656, afirma que el dictamen presenta interés «especialmente cuando el hecho no sea discriminatorio de modo directo, pero sí indirecto». Y RÍOS SALMERÓN, B.: «Pruebas de confesión, testimonio y pericia. Otros Medios», en *La prueba en el proceso social*, Cuadernos de Derecho Judicial XXIII/1997, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 106 y 107, nos recuerda 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».

la LRJS. Tal diferente naturaleza del dictamen de los organismos públicos competentes ostenta relevancia en el proceso social a los efectos de la revisión fáctica en el recurso de suplicación –art. 193 b) LRJS–. «A la hora de manejar el informe en un recurso de suplicación habrá que ser cuidadoso y estar a lo que su contenido sugiera; como norma, empero, podrán ser tratados los informes (a) que... aludimos como documentos»³¹.

Lo que sí es un defecto, y grave, es la redacción potestativa del artículo 95.3 de la LRJS porque, si el dictamen de los organismos públicos competentes es –salvo cuando actúa como asesoramiento institucional– un auténtico medio de prueba a cuyo través se aportan al juicio hechos –prueba de informes– o máximas de experiencia –prueba pericial–, existe un derecho a su admisión si la prueba es útil y pertinente, de modo que, si siéndolo se deniega, se vulnera el artículo 24 de la CE, y eventualmente el 14. Conclusión avalada en la letra del artículo 13.1 de la LOIEMH, que obliga al órgano judicial a recabar el dictamen «si lo estimase útil y pertinente». En consecuencia, el dictamen es, en estos casos, preceptivo.

5. LA PRUEBA ESTADÍSTICA Y LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Discriminación indirecta y prueba estadística presentan una íntima relación teórica y práctica³², aunque la misma puede ser más o menos intensa, apreciándose dos modelos, uno estricto y otro atenuado³³. El modelo estricto es característico de los Estados Unidos, donde se manejan de manera más técnica las pruebas estadísticas, utilizando criterios bastante bien definidos para cuantificar el impacto adverso –los más utilizados son la tasa negativa de rechazos³⁴ y el análisis

³¹ Como afirma con corrección RÍOS SALMERÓN, B.: «Pruebas ...», *op. cit.*, pág. 107.

³² Muy bien lo condensa SÁNCHEZ TORRES, E.: «La incidencia de la prueba estadística y del principio de transversalidad en la objetivación de la responsabilidad empresarial en materia de igualdad y no discriminación», *La prueba judicial*, Madrid: La Ley, 2011, págs. 1.813 y 1.814 *passim*, cuando concluye que «el desarrollo teórico del concepto de discriminación indirecta ha supuesto un verdadero revulsivo en los procesos de tutela antidiscriminatoria... la decisiva importancia de medir el impacto que determinadas decisiones o prácticas empresariales tiene sobre el colectivo de mujeres está llevando paulatinamente a los Tribunales a dotar de mayor importancia a la prueba estadística. Y en sentido paralelo, la incorporación del principio de transversalidad también a la actuación de los Tribunales va a exigirles realizar una valoración del impacto que su decisión pueda tener sobre determinada situación socioeconómica, a riesgo de vulnerar el artículo 24 en conexión con el 14 CE».

³³ Como muy oportunamente los ha denominado PÉREZ PRADO, D.: «Discriminación indirecta y la prueba estadística: Caminos que debieran confluir», *Justicia Laboral*, núm. 43, 2010, págs. 93 a 121.

³⁴ La Equal Employment Opportunities Comision ha acogido en las Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures la regla de la tasa negativa de rechazos, o regla de los 4/5, o del 80%, que se estructura en cuatro pasos: (1) Calcular la tasa de seleccionados de cada grupo –por ejemplo, si se contrataron 52 de 100 aspirantes blancos, la tasa es del 52%, y si se contrataron 14 de 50 aspirantes negros, la tasa es del 28%–. (2) Tomar el grupo con más contratados –en el ejemplo, los blancos–. (3) Dividir la tasa de seleccionados de un grupo por la tasa de seleccionados del grupo con más contratados –en el ejemplo, dividir 28 entre 52–. (4) Si el resultado es inferior a 4/5, o sea a 0,80,

sis de desviaciones³⁵. Pero el problema surge al definir los elementos de la comparación, tanto dentro de la empresa³⁶, como el otro elemento de comparación –el número de candidaturas³⁷ o el de personas capaces dentro del área de la empresa–³⁸.

Indudablemente esas dificultades, de las cuales lo anterior es solo un botón de muestra, han llevado a relativizar la importancia de la prueba estadística del impacto adverso en Europa, de modo que «en la jurisprudencia británica los tribunales han confiado más en el sentido común y su general experiencia y conocimiento, que en concienzudas estadísticas, que de otra parte no son exigibles al empresario en relación con la composición sexual de la empresa»³⁹. También en los Estados Unidos han surgido críticas, destacando por su gracejo la de aquel juez que afirma que «demasiadas personas utilizan las estadísticas como un hombre borracho utiliza una farola: como un soporte y no como iluminación»⁴⁰.

En España, la utilización de la prueba estadística ha seguido habitualmente ese modelo europeo atenuado. De hecho, las estadísticas más usadas en el argumentario judicial son muy gene-

hay indicios de impacto adverso –en el ejemplo, el resultado es 0,538, de donde hay indicios de impacto adverso–. Fuente: «Adoption of questions and answers to clarify and provide a common interpretation of the Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures», Federal Register 44, núm. 43, 2 de marzo de 1979, pág. 11.998.

- ³⁵ En el Caso *Hazelwood School District vs. United States*, 433 US 299 (1977), se aceptó utilizar el análisis de desviaciones, considerándose significativas las superiores al doble o al triple. Veamos cómo se aplicó. La Escuela de Hazelwood contrató, de 1972 a 1974, a 15 profesores negros en 405 contrataciones. Se sustentó la demanda del Gobierno en que, como en el área de empleo –incluyendo la ciudad de Sant Louis– había un 15,4% de personas negras calificadas, lo esperable sería haber contratado 62 profesores negros, suponiendo la desviación –de 15 a 62– más del cuádruplo: hay indicios de impacto adverso. Pero, descontando la ciudad de Sant Louis, se reducía al 5,7% el porcentaje de personas negras calificadas, de donde lo esperable sería haber contratado 23 profesores negros, lo que suponía una desviación –de 15 a 23– de menos del doble: no hay indicios de impacto adverso. El Tribunal Supremo –que directamente no resuelve– establece criterios de valoración de esas estadísticas, devolviendo el asunto al juez de instancia.
- ³⁶ No es lo mismo valorar la estructura sexual de la totalidad de la plantilla de una empresa, lo cual imposibilitaría la prueba del impacto adverso en empresas con elevada mano de obra femenina no calificada, que valorar la estructura sexual de una categoría profesional elevada o de los trabajadores contratados a consecuencia de determinada oferta empresarial, que son criterios mucho más exigentes.
- ³⁷ Son las *flow statistics*, según nos recuerda BALLESTER PASTOR, M. A.: «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo», *Relaciones Laborales*, tomo primero, 1993, pág. 188. El inconveniente de este criterio radica en que, al atender al número de personas candidatas, han podido quedar fuera, por la propia configuración discriminatoria de la oferta empresarial, personas calificadas.
- ³⁸ Son las *stock statistics*, según nos recuerda BALLESTER PASTOR, M. A.: «Discriminación...», *op. cit.*, pág. 188. El inconveniente de este criterio –que es el seguido en las Guidelines de la EEOC– radica en que no siempre resulta fácil determinar cuál es el área de actuación de la empresa.
- ³⁹ Como afirma SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo*, Madrid: CES, 1994, pág. 119.
- ⁴⁰ «Too many use statistics as a drunk man uses a lamppost - for support and not for illumination», afirmación que se contiene en el Caso *Keely vs. Westinghouse Electric Corporation*, 404 FSupp. 573 (E.D.Mo. 1975). Tomada esta cita de CABEZA PEREIRO, J.: «El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: Apuntes sobre el estado de la cuestión», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 104, 2001, pág. 198.

rales y, en consecuencia, escasamente conflictivas al limitarse a ratificar hechos aseguibles con un conocimiento básico de la realidad social española –por ejemplo, la [STC 128/1987, de 16 de julio](#), y la [STC 253/2004, de 22 de diciembre](#), acuden a la Encuesta de Población Activa para verificar, respectivamente, la mayor tasa de ocupación masculina y la feminización del trabajo a tiempo parcial–. Si ha habido algún conflicto en la valoración de esas estadísticas, fue, a nuestro juicio, de modo innecesario –[STC 240/1999, de 20 de diciembre](#)–⁴¹.

Ahora bien, cuando ha sido idóneo utilizar estadísticas más técnicas, se ha hecho con bastante solvencia. La [STS de 4 de mayo de 2000, rec. núm. 3708/1999](#)⁴², y la [STSJ del País Vasco de 30 de enero de 2001, rec. núm. 3009/2000](#), manejaron datos numéricos sobre composición de la plantilla para apreciar discriminación sexista indirecta en el acceso al empleo. También la apreciaron las SSTSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2005, rec. núm. 905/2005⁴³, y de 23 de mayo de 2007, rec. núm. 417/2007, analizando las estadísticas intraempresariales, o *pass rates*, o *flow statistics* –el número de mujeres y hombres contratados– y las estadísticas extraempresariales, o *stock statistics* –el número de mujeres y hombres cualificados en el área de influencia de la oferta de empleo–.

También es ejemplar el uso de estadísticas en la [STS de 18 de julio de 2011, rec. núm. 133/2010](#), para detectar una discriminación sexista indirecta en la promoción interna en varios centros de trabajo de unos grandes almacenes, afirmando al efecto que los datos estadísticos no son «imprecisos y aparentes por cuanto reflejan una realidad: el número total de empleados de cada centro de trabajo, el número de mujeres ocupadas en cada uno, los ascensos producidos en cada centro en los años controvertidos, los puestos de ascenso ocupados por hombres y mujeres y el porcentaje de cada uno de esos sexos que han ascendido, tanto en función del total como del de empleados de cada sexo», quedando así fijados los términos comparativos.

⁴¹ Sin duda alguna, la [STC 240/1999, de 20 de diciembre](#), ha sido, dentro de la jurisprudencia constitucional, donde se ha manifestado más problemáticamente la cuestión de la prueba estadística. La decisión consideró discriminatoria sexista indirecta la denegación a una funcionaria temporal, con más de cinco años de servicio, de una excedencia para el cuidado de hijo, razonando el impacto adverso «al ser mayoritariamente las mujeres las que en la práctica se ven en la necesidad de solicitar (esa) excedencia». El voto particular considera las estadísticas aportadas insuficientes para esas afirmaciones. A nuestro juicio, sí eran suficientes –se trataba de certificaciones de las cuales se deducía que el personal sanitario temporal es mayoritariamente femenino y que la excedencia cuestionada usualmente la solicitan mujeres–, y, en todo caso, se trata de datos tan conocidos que hace innecesario su apoyo en estadísticas concretas. Parecidamente se manifiesta CABEZA PEREIRO, J.: «El derecho...», *op. cit.*, pág. 200.

⁴² Se trata de la decisión final del denominado Caso Fasa-Renault. *Vid.* LOUSADA AROCHENA, J. F.: «La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva. (A propósito de la Sentencia de 4 mayo 2000 del Tribunal Supremo)», *Aranzadi Social*, núm. 12, 2000, y «Discriminación indirecta: Una aproximación a la Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Social*, núm. 12, 2000.

⁴³ *Vid.* PURCALLA BONILLA, M. A.: «Desigualdad de trato por razón de sexo en proceso de selección de personal», *Aranzadi Social*, núm. 19, 2005 [BIB 2005 2635].

Sea como fuere, 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. Pero 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, por sí solos o unidos a otras pruebas y al conocimiento judicial de la realidad social, 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 en todos los casos.

6. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL JUICIO SOBRE ACOSO SEXUAL

La circunstancia –muy habitual dado el componente sexual– de desarrollo del acoso sexual en un marco de clandestinidad preordenado por el agente determina, en esos casos, la disfuncionalidad de las reglas de flexibilización de la carga de la prueba si no se valora, como prueba principal, la declaración de la víctima⁴⁴. Y es que esos casos ofrecen especiales dificultades probatorias⁴⁵ porque la única prueba directa suele ser la declaración de la víctima, sin existir evidencias físicas, salvo si ha mediado un acto de violencia, y sin existir testigos directos, o, si los hay, suelen ser de referencia y no se comprometen a testificar por el miedo a represalias o a sufrir, junto con la víctima, una victimización secundaria⁴⁶.

⁴⁴ Un ejemplo de disfuncionalidad es la desafortunada [STC 136/2001, de 18 de junio](#), que, después de recordar la necesidad de la parte demandante de aportar indicios, niega la existencia de acoso sexual porque los hechos alegados como indicios son inocuos, entre ellos, un informe médico cuya eficacia probatoriase rebate por la distancia temporal entre cuando comenzó el presunto acoso y cuando se acudió a la consulta médica, por su propia redacción y por aparecer la crisis de ansiedad después de acaecido el despido. El defecto del Tribunal Constitucional fue no valorar la declaración de la víctima o, en su caso, devolver las actuaciones para que la valorase la jurisdicción ordinaria. Al no hacerlo así, el Tribunal Constitucional concluye desestimando el recurso de amparo «habida cuenta de los límites de nuestra jurisdicción», lo cual es «una frase sorprendente» que transmite las propias dudas del Tribunal Constitucional sobre el acierto de la sentencia recurrida que, sin embargo, no anula, como apunta FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, Madrid: La Ley, 2008, págs. 139 y 140.

⁴⁵ Como afirma ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El acoso sexual en el trabajo», *Relaciones Laborales*, tomo segundo, 1989, pág. 476, (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», (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», si bien «puede ser más fácil demostrar su existencia cuando son varias las personas afectadas, pues el testimonio de todas ellas puede resultar más contundente» o «cuando el acoso se reitera y se prolonga en el tiempo, si bien no es necesario que ello suceda para que aquel exista».

⁴⁶ Se trataría de los «testigos mudos», como los denomina PÉREZ DEL RÍO, T.: «La violencia de género en el ámbito laboral: El acoso sexual y el acoso sexista», Albacete: Bomarzo, 2009, pág. 91.

Tales dificultades probatorias –auténtico «talón de Aquiles» de los juicios de acoso⁴⁷ nos llevan a plantear, si existiesen contradicciones en las declaraciones de las partes, cuál debe ser creída. Una opinión extendida es la de no dar credibilidad a ninguna declaración, lo que, inevitablemente, llevará a la desestimación de la demanda. 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 suele ocurrir con los delitos de naturaleza 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.

Si esto es así, la víctima debe gozar, como norma general, de una «presunción de sinceridad»⁴⁹. Podríamos 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 prejuicio discriminatorio contrario a la igualdad de los sexos: «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»⁵⁰.

De este modo, la declaración de la víctima del acoso sexual –asociada eventualmente a otra prueba de cargo– sirve como prueba de cargo suficiente para fundamentar una condena de acoso sexual cuando se desarrolla en un entorno de clandestinidad preordenado por el agente. Así las cosas, se ha admitido, en el ámbito penal, que «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

⁴⁷ Usando la afortunada metáfora de RUBIO CASTRO, A. y GIL RUIZ, J. M.: *Dignidad e igualdad de derechos. El acoso en el trabajo*, Madrid: Dykinson, 2012, págs. 171 a 181, quienes llaman la atención sobre ciertas sentencias sociales que, en paralelo con otras penales sobre violencia de género, críticamente realizan «apreciaciones sexistas... sobre las características y consecuencias del acoso discriminatorio» con la finalidad de desacreditar el testimonio de la demandante cuando sus conductas no se corresponden con «lo que se espera haga una víctima», o desvaloran apodícticamente –es decir, sin especificar adecuadamente los motivos de esa desvalorización– determinados elementos probatorios que corroboran las declaraciones de la demandante, como los informes médicos donde se constata la existencia de dolencias psíquicas postraumáticas, e incluso en alguna ocasión el informe apreciando la existencia de acoso sexual realizado por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

⁴⁸ Utilizando las palabras del que fue presidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo DE VEGA RUIZ, J. A.: «El acoso sexual como delito autónomo», Madrid: Colex, 1991, págs. 91 y 92.

⁴⁹ Propone su introducción legal JACQMAIN, J.: «Harcèlement sexuel sûr le lieux de travail: les moyens d'action juridiques en droit du travail», Bruselas: Ministerio de Empleo y Trabajo, 1992, pág. 13.

⁵⁰ Informe Corcoran, «Analyse comparative des dispositions concernant le droit de recours dans les États membres en matière d'égalité», Comisión de las Comunidades Europeas, doc. V/564/84, pág. 55.

puedan invalidar sus afirmaciones» –STS (Penal) de 2 de junio de 1992, rec. núm. 1275/1992–, usando como criterios de valoración de la declaración⁵¹:

- 1.º La ausencia de incredibilidad subjetiva que se verifica atendiendo a dos aspectos relevantes, uno es la inexistencia de características psico-orgánicas de la víctima debilitadoras de su declaración –pensemos en la existencia de trastornos mentales, cuya concurrencia, con todo, puede ser irrelevante si los ha ocasionado el mismo acoso sexual–, y otro es la inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar de las relaciones previas entre el agresor y la víctima enturbiando su sinceridad –como animadversión, enemistad, odio, resentimiento, venganza u otros móviles semejantes–. En todo caso, el legítimo interés de la víctima en la condena del agresor no resulta un argumento válido como para viciar su declaración.
- 2.º La verosimilitud objetiva que se verifica atendiendo a dos aspectos relevantes, uno es la lógica interna de la declaración de la víctima –debilitando su fuerza de convicción si esta es insólita u objetivamente inverosímil, y, a la inversa, potenciando su fuerza de convicción si es acorde a las reglas de la común experiencia–, y otro es la existencia de corroboraciones fácticas periféricas, aunque cuando la no acreditación plena de esas corroboraciones se justifica –y muchos casos de acoso sexual son un buen ejemplo– porque el ilícito no deja huellas o porque se ha desarrollado en unas circunstancias concurrentes situadas bajo el dominio de hecho del agresor, este criterio no desvirtúa la credibilidad de la víctima.
- 3.º La persistencia en la incriminación caracterizada por la prolongación en el tiempo de la declaración de la víctima –sin contradecirse ni desdecirse, aunque sin exigir una reiteración exacta, como la de un disco o una lección memorizada, sino una identidad sustancial de las diversas declaraciones–, su concreción fáctica –narrando los hechos con la precisión con la cual cualquier persona en las mismas circunstancias objetivas y subjetivas los hubiera narrado– y la ausencia de contradicciones –manteniendo una conexión lógica tanto entre los diversos extremos de la declaración, o coherencia interna, como entre la declaración con otros extremos derivados de los otros medios de prueba, o coherencia externa–.

Realmente, estos criterios, a valorar en cada caso judicial concreto, son unas reglas de sana crítica que, según el artículo 316 de la LEC, presiden la valoración de las declaraciones de las partes, y no solo en los procesos penales –sobre acoso sexual o, en general, sobre delitos sexua-

⁵¹ Véanse los interesantes resúmenes jurisprudenciales realizados –que son los que han servido de base para la redacción del texto principal– por DE VEGA RUIZ, J. A.: «El acoso...», *op. cit.*, págs. 91 y 92; por SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: «El acoso sexual», *Revista Tapia*, febrero, 1995, pág. 22; por ALONSO PÉREZ, F.: «El testimonio de la víctima. Aspectos jurisprudenciales», *Diario La Ley* de 7 de mayo de 1999; y, más moderno, por RIVES SEVA, A. P.: *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, 4.ª ed., Madrid: Aranzadi, 2008, págs. 492 a 495.

les-, de ahí su aplicabilidad al proceso laboral –en un acoso sexual laboral⁵² y contencioso-administrativo –en un acoso sexual a funcionario/a–, e incluso al proceso civil –por ejemplo, en un acoso sexual arrendaticio–. No se trata, en conclusión, de unas exigencias rígidas e inquebrantables sin cuya completa concurrencia no se pueda creer a la víctima, sino de parámetros o criterios orientativos que deben ser tenidos en cuenta por el órgano judicial.

Ahora bien, la presunción de sinceridad –que rige, en las condiciones expuestas, como norma general– no es indestructible –admite excepciones– porque «en muchas ocasiones el testimonio de la presunta víctima puede ser producto de móviles de resentimiento o venganza, fabulación y otras similares»⁵³. La variada casuística obliga a valorar las circunstancias de cada caso concreto para verificar la existencia de una eventual excepción, aunque, en cualquier caso, es oportuno precisar que el pasado sexual de la víctima, sea cual sea, no es una circunstancia que invalide su declaración, ya que, si así no fuese, se permitiría realizar un «juicio de honestidad» frontalmente contrario al derecho fundamental a la intimidad personal⁵⁴.

Fuera de la prueba del acoso sexual en un entorno de clandestinidad preordenado por el agente, sí puede jugar de manera típica la regla de flexibilización de la carga de la prueba (1) para acreditar un acoso sexual no clandestino –lo que ocurrirá típicamente en los acosos ambientales–, y, en general, para acreditar el acoso de género no sexual –acoso sexista–, o (2) acreditada la realidad del acoso –sexual o sexista–, para acreditar el conocimiento empresarial⁵⁵ o para acreditar

⁵² Como han admitido las SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 29 de enero de 2004, rec. núm. 3429/2003, y de [20 de octubre de 2009, rec. núm. 955/2009](#) –comentada por ÁLVAREZ GIMENO, R.: «El acoso sexual en el trabajo: Despido disciplinario y presunción de inocencia», *Aranzadi Social*, núm. 3, 2010, [BIB 2010 737]–, o la STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de marzo de 2012, rec. núm. 196/2012. También la STSJ de Valencia de 10 de octubre de 2006, rec. núm. 2966/2006, destaca la importancia en los juicios laborales sobre acoso sexual realizado aprovechando el acosador la clandestinidad de «las actitudes de quienes declaran ante el juez que preside la práctica de las pruebas: las palabras utilizadas, la convicción con que son relatados los hechos, las posibles contradicciones que se puedan llegar a producir». En alguna ocasión incluso se ha admitido revisar en suplicación los hechos probados cuando la valoración de la declaración de la víctima hecha en instancia se estima irracional –*vid.* la STSJ de Galicia de 7 de noviembre de 2002, rec. núm. 4652/2002, y la STSJ de Andalucía/Sevilla de 29 de enero de 2004, rec. núm. 3429/2003–.

⁵³ DE VEGA RUIZ, J. A.: «El acoso...», *op. cit.*, págs. 91 y 92. Conviene reiterar que la existencia de demandas o de denuncias falsas u oportunistas se debe siempre considerar algo excepcional.

⁵⁴ DEL REY GUANTER, S.: «Acoso sexual y relación laboral», *Relaciones Laborales*, tomo primero, 1993, pág. 237. Para ALTÉS TÁRREGA, J. A.: *El acoso sexual en el trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, págs. 265 a 267, *passim*, es «claro que la prueba sobre la inexistencia del (acoso sexual) no puede recaer en juicio sobre el nivel de deseabilidad de la víctima hacia la conducta o justificar la falta de una ofensa que cualifique el acoso en el comportamiento sexual habitual del sujeto pasivo», recordando que «en Estados Unidos ... este tipo de referencias que implican una ilegítima intromisión en la vida sexual de la víctima están expresamente prohibidas, y por tanto no deben tenerse en cuenta», y concluyendo que, en España, «el derecho de las presuntas víctimas de acoso sexual laboral a no ver enjuiciada su honestidad durante el procedimiento judicial se encuentra comprendido ... en el artículo 11.1 de la LOPJ», al prohibir las pruebas vulneradoras de derechos fundamentales.

⁵⁵ Un buen ejemplo es la [STC 250/2007, de 17 de diciembre](#), en que el hecho base es una serie de agresiones sexuales y requerimientos de parte de un jefe a la trabajadora y de denuncias de esta a otros jefes inmediatos y a compañeros

la existencia de represalias⁵⁶. En cualquier acoso –sexual clandestino o no, o sexista–, es necesaria, y es la enseñanza más importante de una jurisprudencia dirigida a facilitar la prueba de la discriminación, una intervención judicial «constructiva»⁵⁷.

7. 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 doctrina⁵⁸:

«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».

de trabajo, en el contexto de trabajo a bordo de un barco, llegándose a la conclusión de que «si las agresiones sexuales y requerimientos eran conocidas en el barco, no resulta razonable deducir que tal conocimiento se construyó a los trabajadores del buque y que no alcanzó a ningún responsable empresariales», de donde se considera contrario al artículo 24 de la CE razonar –como se hizo en la sentencia recurrida en amparo– que la empresa no era responsable porque no conocía. Comentada por URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.: «Alcance de la tutela del orden social en los supuestos de acoso sexual. A propósito de la STC 250/2007, de 17 diciembre», *Aranzadi Social*, núm. 2, 2008.

⁵⁶ De modo que, acreditado un avance sexual por parte del empresario o de un directivo con facultades para extinguir el contrato de trabajo, existirán indicios de represalia si se produce tal extinción en cercanía temporal –conexión temporal– o no se le produce a otros compañeros –conexión comparativa–, debiendo la empresa justificar la decisión extintiva en causas ajenas al rechazo de la víctima ante el avance sexual.

⁵⁷ Utilizando las palabras de CABEZA PEREIRO, J.: «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, pág. 139, quien pone como ejemplos de intervención judicial constructiva acordar el interrogatorio de la presunta víctima aunque no lo proponga el presunto agresor, o la ampliación del interrogatorio, o acordar, a petición de aquella, un careo con este. Desde la LEC –art. 306–, se permite al abogado de la parte que declare hacerle preguntas, lo que solventa alguno de los problemas apuntados. Otros ejemplos de intervención judicial constructiva podrían ser posibilitar, a instancia de la presunta víctima, una pericial psicológica del médico forense –art. 93.2 LRJS–, o la utilización de las diligencias finales –art. 88 LRJS–. Téngase en cuenta que la falta de implicación del órgano judicial en la aportación de la prueba puede ser violación del artículo 24 de la CE.

⁵⁸ ROMERO RÓDENAS, M. J.: *Protección frente al acoso en el trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2004, pág. 81. *Vid.* también el estudio de MOLINA NAVARRETE, C.: *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: De las normas a las prácticas forenses*, Albacete: Bomarzo, 2007.

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. Y es que como el componente intencional no se suele manifestar de manera directa, la prueba de indicios es habitualmente la única forma de probar dicho elemento volitivo, de ahí, justamente, su trascendental importancia.

7.1. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA PARTE DEMANDANTE

¿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 siguientes⁵⁹:

- «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, estas 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, aun 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 este 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 cons-

⁵⁹ JURADO SEGOVIA, A.: «Sobre la caracterización jurídica del acoso moral en el trabajo a la luz de los pronunciamientos judiciales», *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, págs. 200 y 201.

trucción 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.

Ninguno de los indicios –ni estos ni otros susceptibles de aparición conforme a la infinita causalidad– 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».

7.2. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA PARTE DEMANDADA

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 precisarlo, 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

⁶⁰ Las referencias a los conceptos de simulación y de otros fenómenos médicos cercanos los he tomado de LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A. y GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA, J. L.: «La simulación dentro de la problemática de la violencia en el trabajo», *Diario La Ley*, de 20 de febrero de 2003, núm. 5.723.

sinistrosis, «una forma particularmente grave de neurosis de renta», supone «rumiaciones obsesivas 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 incomprensión, 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, solo incluyendo un examen psiquiátrico del trabajador si este 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 resulta ser uno de esos casos.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0