

CARGA DE LA PRUEBA Y ESTÁNDAR PROBATORIO EN EL DESPIDO DISCRIMINATORIO

Burden of proof and standard of proof in discriminatory dismissal cases

SEBASTIÁN COPPOLETTA*

Universidad Nacional del Litoral, Argentina

RESUMEN

El presente trabajo analiza la carga de la prueba y el estándar probatorio en los procesos de despido discriminatorio dentro del ordenamiento jurídico español, partiendo de la dificultad que enfrenta la víctima para acreditar la conducta discriminatoria. El marco legal sustantivo prevé una regla especial que altera el principio general del art. 217 LEC: conforme a los arts. 96.1 y 181.2 LRJS y su interpretación jurisprudencial, corresponde a la parte demandada justificar la existencia de causas objetivas, siempre que la parte actora aporte indicios fundados de discriminación. El estudio se centra en la fase previa a la aplicación del art. 96.1 LRJS, interrogándose si, en casos de discriminación por motivos distintos a los sindicales (salud, orientación sexual, religión), la parte actora debe alegar y probar su condición personal para activar la tutela. Esta exigencia, aunque aceptada en la discriminación sindical, puede producir una victimización secundaria en otros supuestos. Se examina la interpretación del art. 96.1 LRJS como presunción y se concluye que, pese a su eficacia distributiva, la prueba de la condición de vulnerabilidad resulta nociva. Como alternativa, se propone el modelo de «verdad interina», que opera como una presunción pero sin proposición base. Este enfoque desplaza la carga hacia la conducta del demandado, requiriendo solo indicios razonables que permitan inferir discriminación conforme al criterio «si no fuera por...». Así, se fortalece la tutela antidiscriminatoria, preservando la dignidad de la víctima y evitando su revictimización.

Palabras clave: carga de la prueba, estándar probatorio, despido discriminatorio, indicios, presunción.

ABSTRACT

This paper examines the burden of proof and the standard of evidence in discriminatory dismissal proceedings within the Spanish legal system, starting from the inherent difficulty victims face in proving discriminatory conduct. The substantive legal framework establishes a special rule that departs from the general principle of Article 217 LEC: pursuant to Articles 96.1 and 181.2 LRJS and their judicial interpretation, the employer bears the burden of demonstrating objective grounds once the claimant provides reasonable indications of discrimination. The analysis focuses on the stage preceding the application of Article 96.1 LRJS, questioning whether, in cases of discrimination based on grounds other than trade union activity (such as health, sexual orientation, or religion), the claimant must allege and prove their personal condition to activate the protective mechanism. While this requirement is accepted in union-related discrimination, it risks producing secondary victimization in other contexts. The paper interprets Article 96.1 LRJS as a presumption and concludes that, although effective for distributing evidentiary burdens, requiring proof of vulnerability is harmful. As an alternative, it proposes the «interim truth» model, a system that functions as a presumption but dispenses with the base proposition. This approach shifts the evidentiary focus to the respondent's conduct, requiring only reasonable clues that the alleged act cannot be explained «but for» the prohibited criterion. It thus strengthens anti-discrimination protection while preserving the claimant's dignity and preventing revictimization.

Keywords: burden of proof, standard of evidence, discriminatory dismissal, clues, presumption.

LABURPENA

Lan honetan, Espainiako ordenamendu juridikoaren barruko kaleratze diskriminatzaileko prozesuetan frogaren karga eta froga-estandarra aztertzen dira, biktimak jokabide diskriminatzailea egiaztatze duen zailtasunetik abiatuta. Lege-esparru substantiboak arau berezi bat aurreikusten du, PZLko 217. artikulua: AJAPELen 96.1 eta 181.2 artikuluek eta horien jurisprudentzia-interpretazio alderdiemandatuari dagokio kausa objektiboak daudela justifikatzea, betiere auzi-jartzaileak diskriminazio-zantzu oinarriak aurkeztu baditu. Azterlanaren ardatza artikulua aplikatu aurreko fasea da. AJAPELe bere buruari galdetzen dio ea, sindikalak ez diren arrazoiengatik (osasuna, sexu-orientazioa, erlijioa) diskriminatzen den kasuetan, auzi-jartzaileak bere izaera pertsonala alegatu eta frogatu behar duen tutoretza aktibatze. Eskakizun horrek, diskriminazio sindikalean onartuta egon arren, bigarren mailako biktimizazioa eragin dezake beste kasu batzuetan. Artikuluaren interpretazioa aztertzen da. 96.1 AJL presuntzio gisa, eta ondorioztatzen da, banaketa-eraginkortasuna gorabehera, kalteberatasun-egoeraren froga kaltegarria dela. Alternatiba gisa, «bitarteko egia» eredu proposatzen da, presuntzio gisa baina oinarriko proposiziorik gabe jarduten duena. Ikuspegi horrekemandatuaren jokabidearekiko zama aldarazten du, eta arrazoizko zantzuak baino ez dira behar, «baldin eta ez bada...» irizpidearen arabera diskriminazioa ondorioztatze. Hala, bereizkeriaren aurkako tutoretza indartzen da, biktimaren duintasuna zainduta eta berriz biktimizatzea saihestuz.

Hitz gakoak: froga-karga, froga-estandarra, kaleratze diskriminatzailea, zantzuak, presuntzioa.

* **Correspondencia a:** Sebastián Coppoletta – coppoletta@outlook.com – <https://orcid.org/0009-0008-9544-9420>

Cómo citar: Coppoletta, Sebastián (2025). «Carga de la prueba y estándar probatorio en el despido discriminatorio»; *Lan Harremanak*, 54, 76-97. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.28001>).

Recibido: 2 noviembre, 2025; aceptado: 11 diciembre, 2025.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © UPV/EHU Press



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

La protección antidiscriminatoria en el sistema jurídico español se construye desde el art. 14 de la Constitución, la normativa internacional y propia de la Unión Europea y la legislación doméstica.

En tanto la materia probatoria es altamente importante en materia de discriminación, dado que se asume que es particularmente difícil para la víctima probar la conducta discriminatoria de la parte demandada, ya desde el derecho sustantivo se legisla sobre materia de prueba. Así, solo como ejemplos, a nivel de Derecho Comunitario, la Directiva 2000/43/CE dispone en su art. 8 que le corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, criterio que es seguido por el art. 10 de la Directiva 2000/78/CE y el art. 19 de la Directiva 2006/54/CE; y ya en el derecho español, también como ejemplos, la discriminación por razón del sexo en el ordenamiento jurídico español es abordada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIEMH), y la discriminación por orientación sexual es tratada en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (en adelante, LGTBI); y al respecto, el art. 13 LOIEMH y el art. 66 LGTBI regulan sobre la carga probatoria, disponiendo ambos, en forma similar, que ante la alegación de discriminación por orientación sexual (en la forma en que cada ley la recibe) se impone a la parte demandada la carga de probar que las medidas adoptadas no se relacionan con la condición de la parte actora, sino que responden a otras causas objetivas. En igual sentido legisla el art. 77 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social¹.

Luego, esta especial regulación sustantiva sobre cargas probatorias es llevada al plano procesal, y los arts. 96.1 y 181.2 de la Ley 36/2011 (en adelante, LRJS) regulan la carga de la prueba en procesos en los que la parte actora alega haber sido discriminada, siguiendo las disposiciones sustantivas y apartándose del principio general del proceso civil que impone la carga de la prueba a quién alega (art. 217 LEC).

El art. 96.1 LRJS impone su regulación especial sobre carga probatoria en procesos laborales cuando «de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad,

¹ Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación (BOE de 1 de abril de 2022).

edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública». Y el art. 181.2 LRJS aplica la misma técnica, solo que siendo específico para casos en los que se trata la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

En la traslación de las reglas sobre cargas probatorias desde el plano sustantivo al procesal, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional entiende que aquella alegación de discriminación a la que hacen referencia las normas de fondo, debe expresar procesalmente a través de la alegación y prueba de indicios razonables sobre la conducta discriminatoria impuesta a la demandada. Al respecto, la STC 90/1997, de 6 de mayo, expresa que:

La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que este resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, fundamentos jurídicos 2.º y 3.º). finalidad en orden a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, fundamento jurídico 2.º), 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 (así, SSTC 166/1987, 114/1989, 21/1992, 266/1993, 293/1994, 180/1994 y 85/1995).

Por lo tanto, el sistema probatorio impone a la parte actora la carga de alegar la discriminación sufrida y aportar al menos indicios sobre la misma, ya que no es suficiente la mera denuncia del trato discriminatorio de la parte demandada.

La doctrina y jurisprudencia española se ha preocupado en estudiar y determinar la carga probatoria indiciaria de la parte actora. Sin embargo, en este estudio pretendo analizar una especial situación problemática que se ubica temporalmente antes de ingresar en el sistema del art. 96.1 LRJS. Así, propongo en este trabajo que antes de ingresar en la regla del art. 96.1 LRJS, debemos comprometernos con ciertas características del proceso laboral en materia antidiscriminatoria en lo que respecta a la posición de la parte actora, ya que ello tiene una relevancia trascendental no solo en la solución de los casos sino también en la determinación de qué entendemos por un sistema protectorio contra la discriminación.

El estudio de la prueba en materia de discriminación es frecuente que se realice desde casos en los que se trata de discriminación por motivos sindicales (por ejemplo, TC Pleno, sentencia 148/2025, y TC Sala Primera, sentencia 90/1997). Y en estos, la demanda que inicie la persona afectada seguramente comenzará alegando que era un sujeto tutelado en su especial situación sindical,

y durante el proceso, en la etapa procesal oportuna, se producirán pruebas que acrediten esa condición. A partir de ahí comienza la discusión sobre la prueba indiciaria a cargo de la parte actora conforme el sistema del art. 96.1 LRJS. Ahora bien, las preguntas que motivan este estudio se ubican temporalmente antes de eso y serían las siguientes, ¿y qué pasa al respecto cuando se alega sufrir discriminación por motivos, por ejemplo, de salud, de identidad de género o de pertenencia a una determinada religión? En esos casos ¿deberá también la parte actora alegar y probar su condición de diabético/HIV+/oncológico —etc.—, de persona gay/lesbiana/queer/pansexual —etc.—, de musulmán/testigo de jehová/evangelista —etc.—? Son ejemplos de este problema las sentencias del TSJUE en el caso *Galina Meister*, en el cual la cualificación profesional de la actora para acceder al puesto de trabajo ha formado parte de la materia de la Litis y sobre la cual, evidentemente, la parte actora tuvo que aportar pruebas (Castellano Burguillo, 2012), y en el caso *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, en el cual el origen étnico de la víctima de discriminación ha sido especialmente tratado en el Considerando 32.

Así, esa condición probatoria de la parte actora se asume casi espontáneamente en los casos de libertad sindical, pero no se encuentra claro si debe asumirse y, en su caso, de qué forma en los demás casos en los que la discriminación se relacione a cualquier motivo fuera del tema sindical.

Luego será la situación del tratamiento indiciario de la prueba que dispone el art. 96.1 LRJS pero, antes de eso, es necesario definir si existe una carga de la parte actora de alegar y probar su condición personal que la coloca en víctima de la conducta discriminatoria que se denuncia de la parte demandada y que daría sustento a aquellos indicios. La respuesta que se asuma se relaciona con el tratamiento de las cargas probatorias y de los estándares de prueba de las partes.

A los fines del estudio de la situación que planteo, en este trabajo voy a establecer —como marco teórico— los conceptos jurídicos con los cuales me comprometo al hablar de carga de la prueba y estándar probatorio (pto. 2), para luego sostener que esos conceptos imponen una definición de un modelo de sistema jurídico antidiscriminatorio por sus consecuencias procesales (pto. 3) y, sobre este escenario, plantear el estudio de la regla del art. 96.1 LRJS como una presunción (pto. 4) y como una verdad interina, prefiriéndose esta última y postulándose un sistema procesal de aplicación (pto. 5).

2. Carga de la prueba y estándar probatorio

La referencia a la carga de la prueba implica determinar cuál de las partes en la litis asumirá las consecuencias negativas de la ausencia de prueba de un determinado hecho. No se trata de determinar quién debe probar sino, por el contra-

rio, de imputar las consecuencias de la falta de prueba. Así, por ejemplo, si una parte alegó un determinado hecho y no propone prueba al respecto, pero logra ser probado por medio de las pruebas ofrecidas por la contraparte, no habrá un problema de carga probatoria (principio de adquisición de la prueba).

Junto con ello encontramos la noción de estándar probatorio, que hace referencia al nivel de convencimiento que debe alcanzar el tribunal para tener por probado un hecho. Por derivación del principio protectorio, este estándar es reducido en el Derecho del Trabajo, pues la legislación laboral coloca a los intérpretes del Derecho (entre quienes se encuentra el/la Juez/a) ante presunciones que implican la asunción de verdades meramente formales, a la espera que la contraparte pruebe en su contra trayendo la verdad material. Como técnica protectoria, el Derecho del Trabajo reduce los estándares probatorios.

Esto es una decisión política de la sociedad, pues reducir el estándar probatorio implica asumir el riesgo que se condene a una persona sin estar plenamente convencido de su responsabilidad. Comparando la situación con el Derecho Penal, la decisión política que asumimos como sociedad es que preferimos que una persona culpable no sea condenada por falta de prueba a la posibilidad de que una persona inocente sea condenada con una prueba que no acredita completamente su responsabilidad. Pero en el Derecho del Trabajo, la decisión política vinculada al principio protectorio ordena una reducción del estándar probatorio, por lo cual el tribunal debe dictar sentencia, por ejemplo, condenando a una persona en carácter de empleador/a aun asumiendo una verdad meramente formal en base a presunciones, por lo cual es posible que el condenado como sujeto empleador en verdad no lo haya sido.

3. ¿Para qué un sistema de protección antidiscriminatorio?

Se pueden proponer, básicamente, dos respuestas a esta pregunta, que parecen similares pero son sustancialmente distintas:

- i) Para prohibir la realización de conductas basadas en criterios segregacionistas.
- ii) para proteger a determinadas personas en condiciones de vulnerabilidad.

La primera de estas respuestas se construye sobre la idea de que la sociedad, en evolución, ha identificado una serie de conductas basadas en criterios peyorativos y segregacionistas que impiden la normal constitución y desarrollo de ella. Por lo tanto, el Derecho se encarga de identificar cuáles son esos criterios que son utilizados para determinar categorías de personas inferiores, y pro-

cede a prohibir su utilización en el trato entre las personas. Y esa identificación se puede realizar mediante una lista o menú (por ejemplo, el art. 2.1 de la Ley 15/2022²) o, en forma más amplia, por medio de una prohibición general de asumir una conducta segregacionista.

La segunda respuesta parte de reconocer que en la sociedad existen minorías que no pueden ejercer sus derechos en igualdad con las personas que integran la mayoría de la sociedad. Por lo tanto, se debe identificar cuáles son esas minorías y, mientras se desarrollan políticas que promuevan su participación en términos igualitarios (por ejemplo, ley de matrimonio igualitario), se debe prohibir que los sectores mayoritarios de la sociedad se comporten hostilmente hacia las personas integrantes de esos colectivos protegidos.

No es el objeto del presente trabajo desentrañar cuales de estas dos posturas debe prevalecer, sino que pretendo avanzar en las consecuencias procesales de ambas, en lo que respecta a la carga probatoria de la parte actora.

Si la función del sistema antidiscriminatorio es sancionar el comportamiento en base a determinados criterios prohibidos por ser peligrosos para la construcción social, entonces cada vez que una persona denuncie ser víctima de un trato discriminatorio, la litis pasará por determinar si la persona demandada ha asumido una conducta basada en algunos de esos criterios prohibidos, con lo cual —en teoría— las características de la persona que es víctima de la discriminación es mayormente irrelevante. De esta forma, y para ser claro mediante un ejemplo, la conducta es reprochable si una persona segrega a otra en razón de una determinada religión, sea que la persona discriminada realmente pertenezca o no a esa religión. A esto parece referirse el Considerando 31 de la Directiva 2000/78/CE cuando, luego de imponer la carga probatoria a la parte demandada, expresa que «No obstante, no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual.»

La ventaja de esta postura radica en que no se imputa ninguna carga probatoria sobre la víctima de discriminación respecto a sus características personales frente al criterio discriminatorio utilizado. Los problemas procesales, de este modo, pasan por lidiar con la prueba del motivo discriminatorio o, dicho de otro modo, que la conducta de la demandada se basó en algunos de los criterios prohibidos. Típicamente, el problema es que la utilización de ese criterio prohibido no es expresada o exteriorizada y, entonces, se torna una prueba difícil.

² Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *BOE* de 13 de julio de 2022.

No obstante, la desventaja se evidencia en situaciones en la cual la persona no tiene un interés relacionado con su dignidad que resulte afectado por la utilización del criterio prohibido pero, aun así, recibe la tutela del sistema antidiscriminatorio por la sola circunstancia de esa utilización. Se imputa a la persona un carácter que ella no tiene. Nuevamente el ejemplo, sería el caso de la persona despedida por pertenecer a una determinada religión cuando en verdad no pertenece a ella. Aquí, el sistema antidiscriminatorio tutela aun aquellos casos en que no existió una violación a la dignidad de la persona protegida mediante un criterio prohibido. De esta forma, el sistema antidiscriminatorio, pensado para tutelar la dignidad de la persona, es denigrado pues termina siendo utilizado solo para lograr una mayor indemnización dineraria o la nulidad del despido, independientemente de la violación de la dignidad de la persona. Esta amplitud del sistema protectorio no sería convalidada, además, si se considera que las normas antidiscriminatorias responden a una naturaleza sancionatoria o punitiva. En contra de ello puede argumentarse que la utilización de los criterios prohibidos es una ofensa a la sociedad en su conjunto, más allá de si la persona que denuncia el acto discriminatorio se encuentra afectada o no por su utilización. Esto habilitaría aun la legitimación procesal de terceros para denunciar la conducta discriminatoria pues, como integrantes de la sociedad, podrían considerarse afectados por la utilización del criterio prohibido.

La segunda respuesta permite revalorizar el sistema antidiscriminatorio, pues éste se entiende, se estructura y actúa en función de una persona que se encuentra en un estado de vulnerabilidad, en el cual sus derechos son afectados y por lo cual requiere tutela. Es una visión desde la víctima. El sistema funciona con una sinceridad mayor que la descrita en el párrafo anterior, y no se presta a ser utilizado como caballo de Troya de otros intereses distintos a la protección de la dignidad de la persona. Por esta mayor precisión del sistema es posible que las sanciones, indemnizaciones y reparaciones (los *remedios*) sean más específicos; en materia laboral, aparece la posibilidad de declarar la nulidad del despido y disponer la reinstalación en el puesto de trabajo de la persona discriminada, lo cual si bien también es posible en la anterior visión, la amplitud que aquella ofrece terminaría por convertir a todo despido en uno de carácter discriminatorio siempre que la parte empleadora se vea complicada en producir prueba sobre la real motivación del despido demostrando que no se relaciona con una conducta discriminatoria, aun cuando no haya una real violación de la dignidad de la persona que trabaja.

Sin embargo, la visión del segundo sistema altera la regla sobre cargas probatorias, pues ahora la víctima debe hacer referencia en su demanda a una determinada categoría protegida y su vinculación con esta para activar el mecanismo protectorio. Esto es lo que hace usualmente la persona que litiga en base a la violación de la libertad sindical (se presenta como un/a activista sindical y

reclama protección en base a la pertenencia a ese grupo frente a la conducta discriminatoria de la demandada), pero la aplicación de esta carga en otras causas de discriminación bien podría constituir —paradójicamente— un caso de victimización secundaria pues el acceso al sistema protectorio requeriría que la víctima exponga (alegue y pruebe) su condición de vulnerabilidad para activar el proceso. El sistema protectorio, entonces, se mostraría hostil hacia la víctima de discriminación que concurre en procura de tutela.

Esto implicaría volver inmediatamente sobre nuestros pasos, regresando al sistema construido sobre la base de conductas relacionadas con criterios prohibidos prefiriéndolo aun con su problema de amplitud. Pero no obstante que en teoría este sistema permitiría descartar las condiciones personales de la víctima en relación al colectivo protegido, se observa que en la jurisprudencia (Maneiro Vázquez, 2016) no se realiza una aplicación pura de este sistema, pues se termina haciendo alguna referencia a la situación de la víctima, seguramente en búsqueda de evitar la innecesaria apertura del sistema hacia aquellas situaciones en las que no existe discriminación pero se busca un mayor monto indemnizatorio o la reinstalación. En este sentido, habría una muy solapada carga de la prueba de su condición de vulnerabilidad en la parte actora que los tribunales se encargan de reducir en su estándar probatorio al mínimo, pero que al permanecer presente constituye un riesgo de revictimización de la parte actora que deslegitima el sistema.

En consecuencia, la ausencia de una regla clara respecto a la carga y estándar probatorio de la parte actora hace que si en la demanda nada se dice respecto a la condición de vulnerabilidad de la víctima se corre el riesgo de perder el juicio, pues la regla sobre la prueba de la conducta de la demandada que se sigue del art. 96.1 LRJS se relaciona con una especial característica de la persona actora; pero, por otro lado, si se quiere dar seguridad en el éxito del pleito explicando la situación de vulnerabilidad de la parte actora, entonces se corre el riesgo de revictimizarla.

Conforme lo expresan Jaime Cabeza Pereiro, José Lousada Arochena y Pilar Núñez-Cortés Conteras (2024:356), la construcción jurisprudencial ha determinado que tanto la prueba de indicios como el principio de prueba son criterios válidos para abordar el desplazamiento de la carga probatoria, pero:

Obvio es decir que son dos mecanismos diferentes: la técnica de los indicios o presunciones judiciales, reconocida en el art. 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 como hecho consecuencia, sin perjuicio de que la parte contraria contrapruebe; la técnica del principio de prueba no obliga a la parte a acreditar ese hecho, sino únicamente a imbuir en el juez la sospecha racional de discriminación en atención a un juicio de verosimilitud que opera como verdad *prima facie* que puede ser desvirtuada.

Dado, entonces, que ambos criterios son admitidos en el sistema jurídico español, voy a proponer a continuación que el problema que señalo respecto a la parte actora está dado si se asume la interpretación de la regla del art. 96.1 LRJS como una presunción, pues ello implica estructurar el sistema procesal de las cargas probatorias de una manera tal que implica su revictimización. Y ello se agrava dado que los casos de discriminación por motivos sindicales son normalmente asumidos como una presunción en tanto la parte actora tiende a asumir aquella carga probatoria inicial, y este abordaje luego parece imponerse en los casos de discriminación por otros motivos (no sindicales).

4. El art. 96.1 LRJS como presunción

Una norma de presunción implica un mandato de interpretación sobre una determinada circunstancia fáctica en un momento de crisis, dirigido a todos los intérpretes del sistema, por el cual se impone la aceptación de una verdad meramente formal (para el proceso) excepto que se demuestre la verdad material.

La tentación de entender la regla del art. 96.1 LRJS como una presunción está dada por la eficacia de este tipo de norma, que logra distribuir la carga probatoria, aliviándola en la parte actora. Sin embargo, y como vengo sosteniendo, la estructura de la norma de presunción podría tener un efecto de revictimización en situaciones que no sean relacionadas con la libertad sindical y, por lo tanto, la presunción tendría un efecto nocivo no deseado sobre la víctima que invalidaría su aplicación.

Todo esto tiene que ver con la estructura típica de una regla de presunción, la cual puede exponerse en la siguiente forma (Mendonca, Ullmann-Margalit, y Aguiló, 2019; Ullmann-Margalit, 1983):

$$p > q, -q$$

p: proposición base o circunstancia conocida.

>: enlace lógico.

q: proposición presumida o verdad meramente formal.

∴: excepto que

-q: verdad material distinta a *q*.

Si bien *q* es una verdad aceptada (preferida) antes que otras posibles verdades *-q* (todo el resto del alfabeto que no es *q*) ello no implica negarlas. Las otras posibles verdades existen, pero por preferencia del sistema en un momento de crisis se impone interpretar una situación en la verdad formal de *q*, a la espera de que se demuestre una verdad material distinta (*-q*) que derrote a *q*. También debe destacarse que *-q* no implica la carga de prueba negativa de *q*, sino una ver-

dad distinta a la impuesta formalmente por q , que sería representada en cualquier situación entre a y o , y entre r y z .

La legitimación de una presunción se encuentra en su enlace lógico. Este representa no solo un enlace entre p y q sino que también contiene la validez de la presunción pues la justifica. La justificación de la norma de presunción puede darse por distintos motivos: i) probabilísticos: en situación de p es más probable que la verdad material sea q antes que cualquier otra $-q$ (ej.: la posesión de cosa mueble no registral hace presumir su propiedad); ii) consecuencialistas: en situación de p es menos grave que la verdad material sea q antes que cualquier otra $-q$ (ej.: presunción de inocencia); iii) proteccionistas: en situación de p es preferible que la verdad material sea q (por ser más protectoria) antes que cualquier otra $-q$ (ej.: presunción de existencia del contrato de trabajo).

Por lo tanto, el efecto de la presunción implica liberar a la parte que se beneficia de la carga probatoria sobre q , accediendo a esa situación por la demostración de p , en la medida que no se pruebe $-q$. Con lo cual, la aplicación de la norma de presunción requiere: a) prueba sobre p ; b) ausencia de prueba sobre $-q$.

En el sistema antidiscriminatorio, si entendemos al art. 96.1 LRJS como una presunción, asumimos que la parte actora carga con la prueba de la situación p . En los casos relacionados con la libertad sindical esa situación sería el carácter de activista sindical de la parte actora, pero en casos de, por ejemplo, discriminación por el género, esa situación sería la prueba de su condición de vulnerabilidad.

Por lo tanto, tomando como ejemplo una situación de discriminación en razón de la homosexualidad de una persona despedida, la regla del art. 96.1 LRJS entendida como presunción funcionaría así:

p : «El hecho de la homosexualidad de la persona que trabaja....».

$>$: «...hace presumir...».

q : «.... que su despido se debe a esa condición...».

$;$: «...salvo que...».

$-q$: «...la demandada demuestre la real causa de despido sin relación a la orientación sexual.»

¿Por qué se justifica el enlace lógico? Por las dos razones que justifican la existencia de un sistema antidiscriminatorio: la sociedad identifica la utilización del criterio *homosexualidad* como un riesgo para lograr una normal convivencia social y por lo tanto prohíbe su uso, y además, se identifica al colectivo de *personas homosexuales* como uno de aquellos que necesitan una especial protección y que, en casos de violación de su dignidad, no logran acceder a la plena prueba del motivo discriminatorio.

En tanto la presunción implica un enlace lógico entre p y q , la condición de la parte actora constituye p y es determinante para sospechar de la conducta de la empresa como discriminatoria. El resultado probatorio es el deseado y el enlace lógico se encuentra plenamente justificado, pero la carga probatoria de p que se impone a la parte actora desalienta la utilización de esta presunción pues constituye su revictimización.

Podríamos intentar superar este problema sosteniendo que, en verdad, la regla de presunción debería funcionar así:

p : «El hecho de conductas hostiles hacia la homosexualidad por parte de la empresa...».

$>$: «...hace presumir...».

q : «...que todo despido sin causa que comunique se debe a ese criterio...».

$;$: «...salvo que...».

$-q$: «...la demandada demuestre la real causa de despido sin relación a la orientación sexual».

En este caso, la condición particular de la parte actora (si es o no es homosexual) pasa a ser irrelevante, pues la situación p se identifica con la conducta previa de la propia demandada. Sin embargo, esto le quita efectividad a la regla, pues la parte actora debe demostrar conductas hostiles hacia la condición de homosexualidad en general por parte de la empresa, lo cual implica una prueba tan difícil como probar la hostilidad de la empresa con la propia parte actora; es decir, se protege a la persona de la revictimización pero no se resuelve su problema probatorio. Y, además, el enlace lógico pierde legitimidad pues esa conducta hostil respecto de un criterio prohibido debería ser muy concluyente para habilitar la sospecha de que la parte actora es víctima de la misma conducta.

Y así, aunque intentemos escapar de la carga probatoria de la parte actora, volvemos a ello en forma indirecta, pues el art. 96.1 LRJS, entendido como una presunción, permite no tener que probar la intención de la conducta discriminatoria sino solo la sospecha de ella, pero esa sospecha termina requiriendo algún grado de presencia de la condición de vulnerabilidad de la persona, pues la conducta es sospechosa en relación a esa condición.

5. Propuesta de superación: art. 96.1 LRJS como verdad interina

Estamos, entonces, ante la necesidad de construir un sistema antidiscriminatorio que sea estricto en cuanto a los casos que comprende en su protección para lograr su eficacia protectoria, pero que además no revictimice a la persona que concurre en procura de tutela judicial. Esto requiere un balance entre las dos respuestas que se ensayaron sobre la axiología del sistema. Y este balance po-

dría lograrse por medio de la utilización de los criterios de carga y estándar probatorio, en un sistema más amplio que aquel regulado por el art. 96.1 LRJS, pero que la incluye.

Esto implica dejar de intentar dar una respuesta al problema probatorio en los juicios por discriminación a través de un sistema de presunción de la conducta discriminatoria, abordando el problema desde la distribución de la carga probatoria entre las partes (quién se perjudicará con la ausencia de prueba) y los estándares probatorios (cuánto deberán convencer al tribunal para que tenga por probado un hecho).

El sistema propuesto es de verdad interina, y no es extraño al sistema jurídico español (Lousada Arochena, 2016:23). Si bien funciona en sus efectos prácticos como una presunción (y suelen confundirse), la verdad interina implica una decisión sobre carga probatoria que prescinde de una proposición base que deba ser demostrada (no hay *p*). Tiene los efectos probatorios de una presunción, pero no requiere de la prueba de una proposición base.

En lo que hace a los juicios por discriminación, este sistema probatorio basado en la verdad interina impondría el siguiente plan de ruta respecto a las cargas probatorias y los estándares de prueba: a) determinar en abstracto la existencia de una categoría protegida; b) determinar cómo se relaciona la conducta discriminatoria imputada al demandado con aquella categoría protegida —defensa de hecho o de derecho—; c) en el caso de una defensa de hecho, distribuir la carga probatoria y determinar los estándares probatorios de cada parte. Recién en este último paso, en relación al estándar probatorio, aparecería el problema de los indicios a cargo de la parte actora.

5.1. Determinación en abstracto de la existencia de una categoría protegida

Así, en primer lugar, la parte actora debe identificar en forma abstracta la categoría protegida respecto de la cual la conducta de la demandada podría ser considerada indiciariamente como sospechosa de estar motivada por la utilización de un criterio prohibido.

Este primer paso es importante por dos razones: en primer lugar, es garantía de que el sistema protectorio es utilizado solo en razón de una categoría protegida, la cual otorga legitimidad al sistema; y en segundo lugar, hace a la observancia del derecho de defensa de la parte demandada, porque conocerá que se le está imputando una conducta en relación a un determinado criterio prohibido; y frente a ello deberá defenderse. De esta manera, la exposición que haga la parte actora en su demanda no podría limitarse a sostener en forma amplia que *la demandada ha discriminado a la actora*, sino que tiene la carga de expresar cuál es esa conducta que se imputa a la demandada en violación a un determinado criterio prohibido, alegando que la conducta que se imputa a la de-

mandada es sospechosamente discriminatoria porque se explica en función de la segregación de un determinado grupo protegido, por el cual se prohíbe la utilización de un criterio de conducta.

Ahora bien, la decisión jurisdiccional sobre que ese grupo realmente existe será más fácil o más difícil dependiendo de la legislación aplicable conforme las circunstancias del caso. Por lo tanto, la decisión sobre ello dependerá si la legislación aplicable ya ha realizado un previo reconocimiento del colectivo protegido por medio de la identificación del criterio prohibido que lo identifica.

Existen categorías que se reconocen como protegidas en términos expresos por la legislación sustantiva. En este aspecto son relevantes las normas jurídicas (domésticas y/o internacionales) que regulan específicamente la discriminación respecto de determinadas personas, pues construyen e identifican el colectivo protegido. Así, sin pretender agotar el electo y solo como ejemplos, en un caso de discriminación por motivo del género, por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer se entiende que las personas *mujeres* constituyen un colectivo protegido³. Luego, la Ley LGTBI identifica a este colectivo, permitiendo superar la dificultad de su inclusión en aquellas normas jurídicas que solo identifican a la mujer como colectivo protegido, en una idea binaria de hombre/mujer. En materia de discriminación por discapacidad, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad identifican a este colectivo en abstracto; aunque es importante señalar los esfuerzos interpretativos que este criterio ha recibido en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los casos *Chacón Navas* y *Coleman*. Y así, en definitiva, cuando se tratan en forma particular distintos supuestos de discriminación, se van reconociendo el colectivo en abstracto protegido.

Pero luego, en casos en que no exista ese reconocimiento legal expreso, es necesario determinar si un determinado colectivo se encuentra comprendido entre los criterios prohibidos o «causas odiosas en la diferencia de trato» en el art. 14 de la Constitución española (Cabeza Pereiro, Lousada Arochena y Núñez-Cortés Contreras, 2024: 239). Esto sería el reconocimiento del colectivo protegido desde el criterio prohibido cuando no existe una protección legal particular. Así, como ejemplos comparados, la Corte Suprema de Justicia de Argentina debió resolver en el caso *Puig* si dentro del colectivo de personas protegidas contra el despido por matrimonio se encontraban aquellas que se expresan en el género masculino, de modo tal que se vieran beneficiadas por la presunción contenida en el Título VII de la Ley de Contrato de Trabajo que

³ Sobre la construcción de este colectivo protegido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ver: Ridaura Martínez, M.^a Josefa (2020).

se denomina «Trabajo de mujeres»⁴, y la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica tuvo que decidir en Junio de 2020 en los casos *Bostock*⁵, *Zarda*⁶ y *Stephens*⁷ si el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, el cual protege a las personas que trabajan contra la discriminación en razón de raza, color, religión, sexo y nacionalidad, incluía la orientación sexual o la identidad de género como estados protegidos; decidiendo favorablemente en esos casos sobre la ampliación de la categoría *sexo* hacia la comprensión de esos dos criterios. Ya a nivel supraestatal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Fábrica de fuegos*⁸ analizó el colectivo protegido en relación con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación desde el criterio de la interseccionalidad, considerando la Corte que las víctimas estaban inmersas en patrones de discriminación estructural, pues se encontraban en una situación de pobreza y eran, en una amplísima mayoría, mujeres y niñas afrodescendientes, algunas en estado de embarazo, que no contaban con ninguna otra alternativa económica.

En el caso español, el art. 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, contiene un amplio menú de criterios prohibidos. Algunos son usuales en las distintas normas comparadas que abordan la protección antidiscriminatoria (por ejemplo, la religión) con lo cual la existencia de categorías en abstracto protegidas en relación a esos criterios es normalmente aceptada aun cuando no existe una legislación específica en materia de discriminación por creencia religiosa, pero otros criterios son menos frecuentes (como por ejemplo lengua y situación socioeconómica), con lo cual puede llegar a discutirse en el caso concreto si existe un colectivo en abstracto protegido en relación a ese criterio. Esto es relevante en cuanto se observe que algunos criterios que podrían considerarse como evidentemente incluidos en el menú usual de categorías protegidas, sorprenden por su omisión. Solo como ejemplo, puede observarse que la categoría salud no se encuentra mencionada en el art. 1 del Convenio OIT n.º 111; y con referencia a la obesidad, es un tema conflictivo su autonomía o su relación con la categoría de salud, y resulta importante la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-354/13, de 18 de diciembre de 2014, *Karsten Kaltoft c/ Billund Kommune*, que no la considera incluida como un criterio prohibido en la Directiva 2000/78, pero permite en ciertos casos considerarla incluida en el concepto de discapacidad.

⁴ CSJN, 24/09/20. Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido. Fallos 343:1037.

⁵ *Bostock v. Clayton County*, Georgia, No. 17-1618.

⁶ *Altitude Express, Inc. v. Zarda*, No. 17-1623.

⁷ *R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc. v. EEOC*, No. 18-107.

⁸ CIDDHH, 15/07/20. Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil.

En el reconocimiento de estos especiales colectivos protegidos es imprescindible un abordaje de la problemática con una correcta perspectiva de género, que evite la utilización de estereotipos sociales.

Y finalmente, podría ser necesario decidir si un determinado colectivo se encuentra comprendido en la protección antidiscriminatoria aun sin el reconocimiento expreso de un criterio prohibido que lo identifique. Un ejemplo ridículo para exponer la situación: la parte empleadora comunica a la persona que trabaja su despido invocando como causa «su pertenencia como afiliado y simpatizante al club de fútbol que es el clásico rival de esta parte empleadora». Evidentemente este despido carece de justa causa, pero ¿es un despido discriminatorio? ¿El colectivo de *personas simpatizantes de un club de fútbol* es un conjunto protegido en el sistema antidiscriminatorio? Podríamos hacer un enorme esfuerzo argumentativo para sostener que la pertenencia a un determinado club de fútbol implica una *ideología*, una *opinión política* o incluso una *condición social*, pero ante el fracaso de ello la alternativa es argumentar su existencia en base al criterio más amplio de protección constitucional recurriendo para ellos a las cláusulas abiertas de ciertas normas, como por ejemplo la cláusula amplia del art. 1, inc. b), del Convenio OIT n.º 111, que habilita la inclusión dentro del término «discriminación» a «cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación», el art. 2.1 de la Ley 15/2022 que en su parte final hace referencia a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Estas cláusulas abiertas permitirían, entonces, reconocer categorías en abstracto protegidas aun cuando no haya una legislación particular sobre la especial forma de discriminación ni exista un criterio prohibido expresamente enumerado en un texto legal.

5.2. Determinar cómo se relaciona la conducta discriminatoria imputada al demandado con aquella categoría protegida

Una vez que la parte actora ha señalado un determinado colectivo protegido por un criterio prohibido (en abstracto, sin importar su pertenencia —o no— en ese colectivo), deberá alegar cómo la conducta del demandado se relaciona con ese colectivo.

Frente a ello, la parte demandada puede asumir su defensa de dos formas. En primer lugar, puede sostener que su conducta se encuentra legitimada por el sistema jurídico y, en consecuencia, su conducta es el uso regular de un derecho. Pero, en otra forma, puede negar que la conducta que se le imputa tenga un motivo discriminatorio.

El tipo de defensa que asuma la parte demandada determinará la litis y, por lo tanto, el sistema probatorio.

5.2.1. *Defensa con argumentos de Derecho*

Si frente a la denuncia de la parte actora sobre la violación de su dignidad por la conducta discriminatoria que imputa al demandado, esta parte se defiende sosteniendo que su conducta se ajusta al uso regular de un derecho, entonces la litis pasará por testear este derecho invocado frente al derecho que la parte actora invoca como fundamento de su pretensión pues contiene el criterio prohibido cuya utilización imputa a la demandada⁹. Ejemplo de esto son los casos de despido durante el período de prueba, en los cuales típicamente la demandada busca escudarse en el uso regular de su derecho a disponer el cese de la relación laboral en ese período y sin dar explicaciones. De esta forma, la litis pasará por determinar la razonabilidad o no arbitrariedad que la restricción normativa impone al Derecho Fundamental invocado por la parte actora. Como ejemplo, en el caso resuelto por el Tribunal Constitucional (Sala Segunda), sentencia núm. 81/2024 de 3 de junio, la Junta de Andalucía, como parte demandada, alegó razones de índole administrativas, regulatorias de la cobertura de vacantes.

En cambio, si la demandada logra invocar un Derecho Fundamental como legitimante de su conducta, que impone una restricción al Derecho Fundamental de la parte actora, estaremos entonces en el terreno del conflicto de este tipo de derechos, que se aborda desde la técnica de la ponderación, para decidir hasta qué punto el Derecho Fundamental de la parte actora debe sufrir restricciones impuestas por el uso regular del Derecho Fundamental de la parte demandada. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha expresado (Sala primera, STC 90/1997, de 6 de mayo) respecto a los Derechos Fundamentales de la persona que trabaja que:

el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 C.E. y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos (SSTC 99/1994, fundamento jurídico 4.º; 6/1995, fundamento jurídico 2.º; 106/1996, fundamento jurídico 5.º y 136/1996, fundamento jurídico 6.º), perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral (SSTC 99/1994, fundamento jurídico 4.º y 6/1995, fundamento jurídico 2.º).

⁹ No es el tema de estudio de este trabajo, pero en lo que respecta a la carga probatoria en este tipo de litis, el test de razonabilidad parte de asumir la validez de la norma que invoca la parte demandada en su defensa, por lo que quien pretenda su inconstitucionalidad por considerarla una reducción irrazonable de un derecho constitucional asume la carga de alegar y probar en ese sentido. Sin embargo, y en lo que importa en este trabajo, la regla sobre carga probatoria se altera cuando se ingresa en el concepto de categoría sospechosa.

5.2.2. *Defensa con argumentos de hecho*

Pero frente a la denuncia de discriminación que efectúa la parte actora, la demandada puede sostener en su defensa que su conducta no tiene intención discriminatoria.

Aquí, entonces, se plantea el problema de probar esa intención discriminatoria y comienza a ser operativa la regla procesal del art. 96.1 LRJS. Sin embargo, sostener directamente que la parte demandada tiene la carga probatoria de demostrar que su conducta no tiene intención discriminatoria es complejo pues podría afectarse seriamente el derecho de defensa en juicio de la parte demandada al imponérsele la carga de prueba de un hecho negativo. Por otro lado, atenerse simplemente a la carga probatoria normal imponiéndose esta a la parte actora implicaría supeditar la aplicación del sistema protectorio a la prueba de la intención discriminatoria, la cual es particularmente difícil para esa parte.

Por lo tanto, la carga probatoria debe dividirse entre las partes, en un orden sucesivo.

a) *Sobre la distribución de la carga probatoria entre las partes*

Por un lado, y en primer lugar, se impone a la parte actora la carga de probar que la conducta de la demandada implicó la inclusión de ella en aquella categoría protegida. No se trata solo de denunciar el uso de un criterio prohibido, sino en demostrar que la demandada imputó a la actora ese criterio segregacionista que identifica al colectivo. Ello permite construir un sistema más estricto en cuanto a los casos que acoge, pues se sanciona no solo la mera utilización de un criterio prohibido, sino que se particulariza la situación en la imputación a la actora en el caso concreto de la característica que define el colectivo protegido y determina el criterio prohibido.

Así, dada la existencia de un colectivo protegido, la parte actora carga con la prueba de demostrar que la demandada ha imputado a ella el carácter que identifica al grupo colectivo y frente al cual se encuentra protegido, motivando su conducta en consecuencia de ese carácter imputado. Pero, y aquí lo importante, la prueba no pasa por determinar si la parte actora se encuentra incluida o no en esa categoría protegida, sino si la demandada imputó a la parte actora el criterio que identifica a ese colectivo protegido. Esto es radicalmente diferente, y es la garantía de no revictimización de la parte actora, pues la litis y la prueba no se refieren a su condición respecto a la categoría protegida sino a la conducta de la demandada respecto a ella. Por ejemplo: la parte empleadora se entera —erróneamente— que la parte actora tiene una grave enfermedad que le implicará una prolongada licencia y, por lo tanto, antes de que comunique ese estado, la empresa comunica el despido (alegando tal vez alguna causa objetiva). La persona despedida logra conocer que el motivo de su despido fue la creen-

cia errónea de que estaba enferma y demanda a la empleadora denunciando un despido discriminatorio por motivos de salud. Identificando que la salud logra el reconocimiento de criterio prohibido en una determinada norma jurídica (Ley 15/2022) y, por lo tanto, existe un colectivo protegido (las personas enfermas), la prueba pasa por demostrar que la conducta de la demandada se basó en su creencia (aun errónea) que la persona poseía el carácter que identifica a ese colectivo (la persona estaba enferma). Y todo ello es independiente respecto a si la persona estaba o no enferma.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado en el caso *Atala c. Chile* (que si bien no trata un conflicto laboral es importante en relación a la discriminación sufrida por la actora en tanto el Estado chileno directamente consideró su condición de homosexual para decidir en el conflicto de tenencia de sus hijas menores) que «el Tribunal constata que durante el proceso de tutela, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala (*supra* párr. 146), se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por tanto, la Corte concluye que el Estado vulneró el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.»¹⁰

Satisfecha esa carga, y ahora en segundo lugar, se impone a la demandada la carga de demostrar en forma positiva que su conducta estuvo motivada por una causal distinta al criterio discriminatorio que imputa la parte actora. En este sentido, es suficiente que la demandada corte el nexo entre su conducta y la categoría protegida señalada por la parte actora, demostrando que su conducta estuvo basada en otra intención, aun cuando esa otra intención sea reprochable pero no discriminatoria; por ejemplo: se terceriza la actividad de la parte actora porque conlleva una importante reducción de costos para la empresa y eso se demuestra con una serie de estudios de factibilidad y decisiones previas de la empresa que llevan a la decisión del despido de la parte actora, lo cual implica una conducta oportunista que desprecia el principio de continuidad del contrato de trabajo pero, aun cuando esta conducta es negativa no por ello significa que sea discriminatoria.

Por lo tanto, se debe evitar cargar a la parte actora con la prueba de demostrar su inclusión en el colectivo protegido. Y ello, por dos razones, la primera porque ello implicaría su victimización en segundo grado y, en segundo lugar, porque en tanto la litis pasa por determinar los motivos de la conducta de la parte demandada, si esta logra demostrar que su conducta obedeció a otro motivo, esa conducta no debería ser considerada discriminatoria aun cuando la

¹⁰ CIDDHH, 24/02/12. *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

parte actora demuestre que efectivamente estaba incluida en el colectivo protegido que señala en relación al criterio prohibido cuya utilización imputa a la demandada. Así, volviendo al ejemplo anterior pero ahora asumiendo que la persona estaba enferma, si la parte actora creyó (ahora ella erróneamente) que estaba siendo despedida por su estado de salud porque la parte empleadora se enteró de la enfermedad de la cual ha sido diagnosticada y demanda por conducta discriminatoria a su empleadora imputándole haberse conducido en base a un criterio prohibido (su salud) y alega en su demanda su estado de salud, aportando pruebas de su estado pero, en definitiva, la parte demandada logra demostrar efectivamente que el despido se decidió por otro motivo, la conducta de la demandada no debería ser considerada discriminatoria aun cuando la parte actora haya invocado y probado su condición de persona enferma.

Dada esta distribución de las cargas probatorias, entonces, la parte actora sufrirá las consecuencias negativas sobre su pretensión si no logra probar que la conducta de la parte demandada obedeció a imputarle un cierto carácter peyorativo que representa un colectivo protegido; y la parte demandada sufrirá las consecuencias negativas sobre su pretensión defensiva si no logra demostrar una razón de su conducta distinta a la que se le imputa en razón de un determinado colectivo protegido.

b) *Sobre los estándares probatorios de las partes*

Ahora bien, dada la dificultad de la parte actora en esa carga probatoria que se le impone, el estándar probatorio de esa parte debe ser reducido. Y es recién aquí donde comienza la problemática de la prueba indiciaria a cargo de la parte actora.

Cada parte asume su carga probatoria, pero la satisfacción de la misma no es idéntica, pues el proceso laboral altera el estándar probatorio de cada parte. Esto es, cuánta prueba debe lograr cada parte para satisfacer la carga. Y mientras el estándar probatorio de la parte demandada se mantiene en el criterio general (civil) en cuanto a la convicción a través de las pruebas, el estándar de la parte actora se reduce, siendo suficiente la prueba de indicios en los términos señalados por la jurisprudencia.

En este sentido, y teniendo especialmente en cuenta que el objeto de prueba es la conducta de la demandada y no la condición de la parte actora, propongo recurrir al test de causalidad bajo el criterio de «...*si no fuera por...*»¹¹; y así preguntar en cada caso, luego de la alegación de la parte demandada que niega su intención discriminatoria: ¿el hecho denunciado como discriminatorio hubiese ocurrido igual *si no fuera por* la utilización del criterio prohibido que se imputa?,

¹¹ Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica. *Gross v. FBL Financial Services, Inc.*, criterio luego ajustado en *Bostock v. Clayton County, Georgia*.

o en modo de ejemplo, ante un despido por orientación sexual: ¿el despido de la parte actora se hubiese comunicado igual *si no fuera por* un motivo homofóbico de la demandada?

De esta forma, la carga probatoria de la actora radica en levantar sospechas sobre la conducta de la demandada en relación al criterio prohibido, demostrando que esa conducta no se entiende *si no fuera por* el criterio prohibido. Y el estándar probatorio debe tenerse por satisfecho si la parte actora logra probar al menos indiciariamente que el motivo discriminatorio de la conducta de la parte demandada vinculado al criterio prohibido sirve suficientemente de explicación de que *si no fuera por* ello la demandada no se hubiese comportado de esa manera.

Y preservando la dignidad de la parte actora en el proceso evitando su revictimización, esas pruebas indiciarias pueden ser aportadas sin necesidad de su intervención, es decir, por testimonios, documentos, grabaciones y otros medios digitales, etc. que no impliquen la exposición de la parte actora sobre su condición personal. Volviendo sobre un ejemplo de despido por motivos de homosexualidad, la demostración de que la/s persona/s que ejercían el poder empresario de dirección sobre la persona actora expresaban en el ambiente laboral una conducta homofóbica, realizando referencias a la persona luego despedida, marcaría una conducta indiciariamente hostil de la empresa con ese grupo protegido y levantaría sospecha sobre el despido dispuesto respecto a la parte actora, excepto que la parte demandada logre probar el motivo absolutamente distinto. Dado que la litis pasa por la conducta de la demandada y no sobre alguna condición de la parte actora, las pruebas sobre esa conducta pueden ser obtenidas sin la victimización secundaria de la parte actora. Así, en el ejemplo, la condición de homosexual de la parte actora es irrelevante y no debe ser motivo de prueba, pero constituirá prueba de la parte actora la conducta de la demandada tratando a la parte actora como homosexual (lo sea o no —no importa—) de lo cual pueden dar testimonio las demás personas que compartían el lugar de trabajo, sin la necesidad de la prueba confesional.

6. Conclusiones

El análisis de la tutela frente al despido discriminatorio impone trascender la mera aplicación formal del artículo 96.1 LRJS para enfocarnos en las consecuencias axiológicas y procesales que esta aplicación genera sobre la parte actora.

La legislación española, desde el marco constitucional (art. 14 CE) y las leyes específicas (como la LOIEMH y la LGTBI), asume que la naturaleza oculta de la discriminación hace particularmente difícil para la víctima probar la conducta discriminatoria. Esta dificultad justificó el traslado de la regulación pro-

batoria al plano procesal mediante los arts. 96.1 y 181.2 LRJS, apartándose del principio general del *onus probandi* (art. 217 LEC).

Sin embargo, cuando el sistema de protección se entiende como una norma de presunción y se aplica en casos distintos a la cuestión sindical (salud, orientación sexual, religión) surge una grave paradoja: la exigencia de que la víctima alegue y pruebe su condición personal (la *proposición base*) para activar el mecanismo protectorio del art. 96.1 LRJS constituye un acto de victimización secundaria. Esta carga deslegitima el propósito del sistema al tornarse hostil hacia la víctima que busca tutela. Por lo tanto, la interpretación del artículo 96.1 LRJS como una presunción debe ser descartada.

Para lograr un sistema estricto en su protección y que evite la revictimización, propongo el tránsito hacia el modelo de la verdad interina. Este sistema opera con los efectos prácticos de una presunción, pero prescinde de la *proposición base*.

La clave de este modelo radica en redirigir la carga probatoria inicial de la parte actora:

1. Enfoque en la imputación: la litis debe centrarse en probar que la demandada imputó a la parte actora el carácter que define al colectivo protegido y motivó su conducta en consecuencia. Es decir, la prueba no gira en torno a si la parte actora *pertenece o no* a la categoría protegida, sino en la conducta del demandado al tratar a la actora conforme a ese criterio segregacionista prohibido. Este giro garantiza la no revictimización de la parte actora, ya que la prueba se refiere a la conducta del empleador y no a la condición personal de la víctima.
2. Causalidad condicional: la actora debe levantar sospechas utilizando un estándar probatorio reducido, sugiriendo que la conducta denunciada no se entiende si no fuera por el criterio prohibido. Se propone aplicar el test de causalidad «si no fuera por...» para establecer el indicio fundado requerido por la jurisprudencia.
3. Carga del demandado: una vez probada la imputación indiciaria, la demandada asume la carga de demostrar en forma positiva que su conducta estuvo motivada por una causal distinta al criterio discriminatorio que se le imputa. Esta causal alternativa no necesita ser irreproachable jurídicamente (puede ser oportunista, por ejemplo), pero debe ser absolutamente distinta a la discriminación alegada.

En definitiva, la eficacia de la tutela antidiscriminatoria en el proceso laboral español depende de la capacidad de los tribunales para distinguir entre la prueba de la condición personal (que debe ser evitada) y la prueba de la conducta imputada a la parte demandada (que debe ser facilitada mediante indicios).

Al enfocar la litis en la imputación del criterio segregacionista por parte del demandado, se garantiza que las pruebas indiciarias puedan ser aportadas sin necesidad de la intervención o exposición de la parte actora sobre su condición personal (por ejemplo, mediante testimonios o documentos sobre la conducta hostil de la parte demandada). Este sistema logra el balance requerido: permite sancionar la utilización de criterios prohibidos y, al mismo tiempo, actúa sinceramente en función de la protección de la dignidad de la persona vulnerable, evitando que el proceso se convierta en una herramienta para fines distintos (como una mera elevación de la indemnización).

En síntesis, la superación del dilema de la revictimización en el proceso antidiscriminatorio exige que el derecho procesal laboral español clarifique que el indicio probatorio a cargo de la parte actora debe versar exclusivamente sobre la conducta imputadora del demandado, manteniendo el estándar probatorio en un nivel reducido que no imponga la exposición de la condición de vulnerabilidad como requisito de acceso a la tutela judicial.

7. Bibliografía

- CABEZA PEREIRO, Jaime; LOUSADA AROCHENA, José Fernando y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar (2024). *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*. Tirant lo Blanch.
- CASTELLANO BURGUILLO, Emilia (2012). «Transposición del derecho de la Unión Europea. El caso de la carga de la prueba». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 116/2012. Págs. 243-249.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2016). «La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español». *RTSS. CEF*, núm. 400 (julio de 2016). Págs. 17-46.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda (2016). «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación». *Revista Española de Derecho del Trabajo 2016*, núm. 191 (octubre). Estudios 5.
- MENDONCA, Daniel; ULLMANN-MARGALIT, Edna y AGUILÓ REGLA, Josep (2019). *Presunciones*. Ed. Fontamara.
- ULLMANN-MARGALIT, Edna (1983). «On Presumption». *The Journal of Philosophy*, vol. 80, no. 3, 1983, pp. 143-163. JSTOR, www.jstor.org/stable/2026132
- RIDAURA MARTÍNEZ, M.^a Josefa (2020). «La contribución del Tribunal Constitucional español a la deconstrucción de la discriminación por razón de sexo». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(2), 335-364. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aajc.24.10>