

# LAS CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LA IGUALDAD DE LOS SEXOS EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

---

## ABSTRACT

Las normas sustantivas sobre la igualdad de los sexos se convertirían en simples ideas románticas si no fuesen acompañadas de normas procesales que les dieran la efectividad adecuada para erradicar los prejuicios de género. De ahí la importancia de las denominadas cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos. Tales cláusulas aparecen en los instrumentos internacionales, en la normativa comunitaria, en el derecho interno y, específicamente, en la regulación del proceso laboral. Nuestro estudio se concentrará en la regulación en el proceso laboral y tomará como centro normativo de referencia la reciente Ley reguladora de la Jurisdicción Social, que ha manifestado como una de sus finalidades la asignación al juez social de la función de garante ordinario de los derechos fundamentales.

*Palabras clave:* Discriminación sexista. Garantías judiciales. Proceso laboral. Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

Sexuen arteko berdintasunari buruzko arau substantiboak ideia erromantiko hutsak izango lirateke, arau prozesalik izan ezean, horiek ematen baitiete genero-aurreiritziak ezabatzeko behar duten eraginkortasuna. Hortaz, sexuen arteko berdintasunaren babes jurisdikzional eraginkorreko klausulak oso garrantzitsuak dira. Klausula horiek nazioarteko tresnetan, erkidegoaren araudian eta barne-zu-

*zenbidean ageri dira, oro har, eta lan-prozesuaren erregulazioan, zehazki. Gure azterlanak lan-prozesuaren erregulazioa izango du ardatz, eta Gizarte Jurisdikzioa Arautzen duen Lege berria hartuko dugu erreferentziazko arauditzat. Lege horren helburuetako bat oinarrizko eskubideen ohiko bermatzailearen eginkizuna gizarte-epaileari esleitzea da.*

*Gako-hitzak: Diskriminazio sexista. Berme judizialak. Lan-prozesua. Gizarte Jurisdikzioa Arautzen duen Legea.*

■ *Substantive norms regarding gender equality would become mere romantic ideas if they were not accompanied by procedural norms that explained the suitable effectiveness in eradicating gender prejudice. Hence the importance of what are referred to as effective jurisdictional protection clauses governing gender equality. Such clauses appear in international instruments, in EU regulations, in internal law and, specifically, in regulations governing the labour process. Our study will focus on regulations in the labour process and will take the recent Law governing Social Jurisdiction as a recent regulatory reference point, which provides for the appointment of the social judge as one of its aims as the ordinary guarantor of basic rights.*

*Key words: sexist discrimination, judicial guarantees, labour process, Law governing Social Jurisdiction.*

## I. Aproximación general a la tutela de la igualdad en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social

Si el Derecho Procesal es instrumental respecto a las Ramas Sustantivas del Derecho en el sentido de que la razón de existir de las normas procesales se encuentra en garantizar la aplicación de las normas sustantivas al punto de que, sin unas adecuadas normas procesales, las normas sustantivas son tan ineficaces como lo sería un cuchillo sin hoja o una campana sin badajo, estas afirmaciones, si válidas con relación a cualquier norma sustantiva, lo son aún más cuando se trata de una norma sustantiva de igualdad de los sexos porque esas normas luchan contra un poderoso enemigo: los prejuicios de género, que potencialmente impregnan todos los aspectos de la vida de un modo casi siempre difícil de visibilizar.

De este modo, la omnipresencia y la invisibilidad de los prejuicios de género obligan, para hacer visible la discriminación en cualquier escenario, a determinadas especialidades del derecho a la tutela judicial efectiva que, en general, se sitúan en una línea de flexibilización de las formalidades procesales que garantice la accesibilidad de las víctimas a la Justicia —cauces procesales adecuados, legitimaciones ampliadas, facilidad probatoria, asistencia pública a las víctimas, sentencias útiles—. Unas especialidades justificadas en la consideración de la igualdad de los sexos como derecho fundamental y en el principio de integración de la igualdad de los sexos —transversalidad— en la actuación de los Tribunales de Justicia.

Tales especialidades, que genéricamente denominaremos cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos, aparecen en el derecho comunitario —en todas las directivas sobre igualdad de los sexos, y, modélicamente, en los artículos 17, 18 y 19 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de julio de 2006— y en el derecho español, donde tienen un doble aval constitucional en los artículos 14 y 53 de la Constitución —en adelante, la CE— y se han desarrollado legalmente con carácter general para todos los procesos en los artículos 9, 10, 12 y 13 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres —en adelante, la LOIEMH—.

No se pretende examinar las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva ni en el derecho comunitario ni con carácter general, sino en el proceso la-

boral, donde se acaba de producir un importante acontecimiento, cual es la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social —en adelante, la LJS—. Importante acontecimiento tanto globalmente considerado en cuanto supone una reforma tan trascendental de la ley procesal laboral que hasta ha cambiado su nombre —antes se denominaba, según se sabe, la Ley de Procedimiento Laboral, en adelante la LPL—, como específicamente considerado en relación con el tema de estudio, a saber las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos.

Y es que en la vieja LPL la tutela judicial de los derechos fundamentales —el denominado amparo ordinario— se regulaba de una manera muy deficiente porque no se regulaba un cauce adecuado a todos los derechos fundamentales, sino solo a la libertad sindical —artículos 175 a 180 de la LPL—, y, a partir de esa regulación, se establecía su extensión a los demás derechos fundamentales —artículo 181 de la LPL—, sin contemplar la especialidades necesarias para la tutela de los demás derechos fundamentales y, en lo que ahora nos interesa, de la igualdad de los sexos, de modo que cuestiones tales como la legitimación de sujetos colectivos, o las medidas cautelares, quedaban en una laguna no siempre fácil de llenar.

Al mismo tiempo, la LPL establecía una remisión a otras modalidades procesales especiales —artículo 182 de la LPL— cuyo alcance motivó graves discusiones. La LOIEMH resolvió —no solo para la igualdad de los sexos, para todos los derechos fundamentales, incluida la libertad sindical— la más conocida de esas discusiones, admitiendo la compatibilidad sustantiva y acumulabilidad procesal de las indemnizaciones tasadas derivadas de la legislación laboral con las derivadas de la violación de derechos fundamentales. Durante la tramitación de la LOIEMH, el TS se adelantó al admitir esa compatibilidad sustantiva y acumulabilidad procesal en la STS de 17.5.2006, RCU 4372/2004, sobre un acoso moral laboral.

Mientras que en la vigente LJS, que precisamente se propone como una de sus finalidades «la asignación al juez social de la función de garante ordinario de los derechos fundamentales» —Exposición de Motivos, IV—, no solo se produce una reestructuración profunda del proceso laboral de amparo ordinario, que ya no es un proceso solo pensado para la libertad sindical que se extiende a los demás derechos fundamentales, pasando a ser un proceso pensado para todos ellos —artículos 177 a 183 de la LJS—, sino que, además, se garantiza la adecuada canalización de las pretensiones de tutela de derechos fundamentales a través de las modalidades procesales especiales a las que inexcusablemente se remite el artículo 184 de la LJS.

## II. Delimitación competencial en juicios sobre igualdad y acoso

La delimitación del ámbito de la Jurisdicción Social se acomete, como antes ya ocurría en los artículos homónimos de la LPL, en los artículos 1, 2 y 3 de la LPL. Aquellos artículos —los de la LPL— habían generado ciertos problemas en su aplicación en los supuestos de acoso cuando el acoso se le imputa, no al empresario o al personal directivo, sino a un compañero de trabajo u otra persona relacionada con la empresa. Frente a esa interpretación —que se manifestó en algunas resoluciones judiciales—, la STC 250/2007, de 17 de diciembre, consideró se trataba de una interpretación restrictiva del artículo 2 de la LPL que privaba a la demandante de su derecho a la tutela judicial efectiva ante un acoso sexual.

Y es que lo determinante no es quien es el agresor —en la sentencia citada, se trataba de otro trabajador de otra empresa del que la trabajadora recibía órdenes, trabajando ambos en el mismo barco—, sino si el acoso se produce «como consecuencia del contrato de trabajo», lo que, según el artículo 2.a) de la LPL, determina la competencia de los órganos jurisdiccionales sociales —en consonancia con el 9.5 de la LOPJ—. Únicamente en el supuesto de haberse producido el acoso de la víctima fuera del ámbito de la relación laboral —lo que difícilmente sucederá si el acosador es el empresario, siendo más factible si es otro trabajador, cliente o persona relacionada con la empresa—, sería competente el Orden Civil.

Para resolver la cuestión de una manera definitiva, la LJS atribuye, en el artículo 2, letra f), al juez social las cuestiones litigiosas «sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados con éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios». La Exposición de Motivos, III, de la LJS reconoce que con ello se quiere dar acogida a la doctrina sentada en la STC 250/2007, «excluyéndose expresamente ... la competencia residual que tradicionalmente ha venido asumiendo el orden jurisdiccional civil»

También se extiende, en ese mismo artículo 2.f), la Jurisdicción Social a las cuestiones litigiosas «sobre las reclamaciones en materia de libertad sindical y de derecho de huelga frente a actuaciones de las Administraciones Públicas referidas exclusivamente al personal laboral», olvidando la alusión a los demás derechos fundamentales, y es un lapsus calami a corregir sin necesidad de mayores argumentos teóricos, lo cual supone que, siempre con relación exclusiva al personal laboral, la Jurisdicción Social será competente respecto a cuestiones litigiosas sobre las reclamaciones en materia de discriminación por razón de sexo y acoso sexual y sexista frente a actuaciones de las Administraciones Públicas.

De manera reiterativa, el artículo 177 de la LJS establece que «se podrá recabar (la) tutela (de un derecho fundamental o libertad pública) a través de (la) modalidad procesal especial de tutela) cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios». Y casi obsesivamente vuelve reiterar esto mismo el artículo 177.4 de la LJS, «con independencia del tipo de vínculo que le una (a ese tercero supuesto sujeto responsable) con el empresario».

### III. Prejudicialidad penal en juicios sobre igualdad y acoso

De acuerdo con el artículo 4.1 de la LJS —en términos idénticos al artículo 4.1 de la LPL—, «la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo». Únicamente se produce el efecto devolutivo en el supuesto del artículo 4.3 de la LJS —en términos idénticos al artículo 4.3 de la LPL—: «Hasta que las resuelva el órgano judicial competente, las cuestiones prejudiciales penales suspenderán el plazo para adoptar la debida decisión sólo cuando se basen en falsedad documental y su solución sea de todo punto indispensable para dictarla» —en mismo sentido, artículo 86 de la LJS, ídem al 86 de la LPL—.

Así las cosas, en los supuestos de discriminación por razón de sexo, aunque sean delito o falta —caso típico del acoso sexual—, se pueden utilizar las acciones laborales sin esperar a la resolución de la vía penal. ¿Incluso la acción laboral indemnizatoria? La solución afirmativa es sustentable en el entendido de que, si se ejercita la acción civil en la vía penal, el juez penal evitará duplicar la indemnización. Sin embargo, la STS de 5.6.2005, RCUUD 1838/2004, ha optado por otra solución al considerar preferente la vía penal, de modo que, solo si no resulta satisfecha la acción indemnizatoria en esa vía penal, se podría reclamar en la vía laboral, quedando interrumpido el plazo de prescripción durante el trámite del proceso penal.

Tal doctrina jurisprudencial, con alguna matización, es la base del artículo 183, apartado 4, de la LJS, donde se establece que «cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreesimiento o absolucón en resolución penal firme, quedando

mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social». La matización a que se alude se encuentra en la posibilidad de reclamar la indemnización en vía laboral, aún en trámite la vía penal, si se realiza en la vía penal reserva de ejercicio de la acción civil.

#### IV. El cauce procesal

El cauce procesal del amparo ordinario en el orden laboral se regula en los artículos 177 a 184 de la LJS, que pretenden resolver de manera definitiva los problemas planteados con los artículos 175 a 182 de la LPL. A estos efectos se realizan dos grandes modificaciones. En primer lugar, se reestructura profundamente el proceso laboral de amparo ordinario, que ya no es un proceso solo pensado para la libertad sindical que se extiende a los demás derechos fundamentales, pasando a ser un proceso pensado para todos ellos —artículos 177 a 183 de la LJS— y, en particular, con normas específicas sobre legitimación en casos de discriminación, sobre estatuto procesal de las víctimas y sobre medidas cautelares en los casos de acoso.

Y, en segundo lugar, aunque se mantiene la remisión a determinadas modalidades procesales especiales en el artículo 184 de la LJS, se evita la fragmentación procesal de la tutela procesal de los derechos fundamentales —que se producía con la LPL— a través del establecimiento —fuera de toda duda interpretativa— de la intercomunicabilidad entre las garantías establecidas en la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales —artículos 177 a 183 de la LJS— y las garantías establecidas en las modalidades procesales especiales a que se remite el artículo 184 de la LJS, y esa intercomunicabilidad se consigue a través de las dos siguientes reglas —que, como se dijo, no crean ninguna duda interpretativa—:

- 1.<sup>a</sup> De un lado, con la previsión —contenida en el mismo artículo 184 de la LJS— de canalización de las pretensiones de tutela de derechos fundamentales a través de las modalidades procesales especiales a las que inexcusablemente se remite ese artículo, al establecerse en el mismo que las referidas pretensiones «se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos ... las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva». Norma que se compadece con lo regulado, con respecto a la acumulación de las acciones, en el artículo 26.2 de la LJS.
- 2.<sup>a</sup> De otro lado, con la previsión —contenida en el artículo 178.2 de la LJS— de que «cuando la tutela del derecho deba necesariamente rea-

lizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal». Lo cual supone que, cuando la tutela se realice a través de las modalidades procesales especiales contempladas en el artículo 184 de la LJS, se aplicarán a esas modalidades tanto las normas relativas a las pretensiones sustantivas como las normas relativas a las garantías procesales de los artículos 177 a 183 de la LJS.

Conviene recordar que las modalidades procesales especiales contempladas en el artículo 184 de la LJS son las relativas a «las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores» —en el artículo 184 de la LJS se añade esta última con respecto al artículo 182 de la LPL—.

A las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos contenidas en los artículos 175 y 183 de la LJS, comunicables a las modalidades procesales especiales contempladas en el artículo 184, se deben de unir las contenidas en las disposiciones generales de la LJS —por ejemplo, artículos 17, 95.3 o 96—, que son aplicables en todas las modalidades procesales especiales a través de las cuales se puede dilucidar la demanda sobre discriminación sexista o acoso. De este modo, las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos que analizaremos a continuación son aplicables, como norma general, a todos los procesos, salvo que la LJS las prevea solo en un concreto proceso.

## V. Problemas de legitimación activa en la tutela de la igualdad

### a) Legitimación basada en intereses colectivos

La progresiva publicación de los problemas de las mujeres como fórmula de visibilización de las desigualdades de género, reivindicación habitual del movimiento feminista, presenta, en materia de legitimación activa respecto a acciones de tutela antidiscriminatoria, unas importantes consecuencias tendentes a expandir las facultades de demandar. Pero esa tendencia se encuentra condicionada por las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico en orden a la pro-

tección de los intereses de los grupos. Sin duda, el modelo estadounidense es el que, a través de las *class actions*, ha permitido alcanzar los resultados más llamativos tanto por su novedad en el aspecto técnico jurídico como por las cuantiosas condenas.

Aunque durante la elaboración de la Directiva 2002/73/CE se discutió introducir una fórmula semejante a las *class actions*, la norma entonces introducida —actual artículo 17.2 de la Directiva 2006/54/CE—, establece que «*los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre o en apoyo del demandante, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva*».

El resultado final ha sido así muy modesto porque, más allá de la grandilocuencia del Preámbulo de la Directiva 2006/54/CE, que justifica esta norma en «*el fin de aumentar el nivel de protección que ofrece la presente Directiva*» —Considerando (31)—, lo cierto es que no se le atribuye a la víctima individual la legitimación para actuar, además de en su propio nombre, en el del colectivo —como ocurre en las *class actions*—, ni tampoco se le atribuye una legitimación a las personas jurídicas públicas o privadas dedicadas a defender intereses colectivos si no es en nombre o con autorización de la víctima individual. Quizás el temor a imponer una fórmula tan incisiva como las *class actions* condujo a tan pobre resultado.

Transponiendo la norma comunitaria, el artículo 12.2 de la LOIEMH establece que «*la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las leyes reguladoras de estos procesos*». Contrasta esta norma con la propuesta en el Anteproyecto, que legitimaba, «*en especial cuando (la) vulneración sea de efectos colectivos o difusos*», a «*organismos públicos con competencias en la materia*» y a «*personas jurídicas públicas y privadas legalmente constituidas y suficientemente representativas cuya finalidad sea la defensa del principio de igualdad*».

La LOIEMH —sin modificar al efecto la LPL— desarrolló su artículo 12.2 a través de sendas adiciones, literalmente idénticas, en la LEC —artículo 11 bis— y en la LJCA —artículo 19.1.i)—. Tales normas reconocen la legitimación «*para la defensa del derecho a la igualdad de trato*» —es decir activa y pasiva— de «*los sindicatos y asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente*», siempre con autorización de los sujetos afectados y sin perjuicio de su propia legitimación procesal. A pesar de la letra de la norma, no es un caso de legitimación procesal sino de representación, calificable como voluntaria.

También reconocen «cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación» la legitimación «para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos» —es decir activa— (1) a «los organismos públicos con competencia en la materia», (2) a «los sindicatos más representativos», y (3) a «las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres», sin perjuicio, en todo caso, de la propia legitimación procesal de los sujetos afectados si «estuvieran determinados». Los sindicatos solo los más representativos, entendemos tanto a nivel estatal como autonómico. Y las asociaciones solo las estatales y cuyo fin primordial sea la igualdad sexual.

Hecha esta aproximación a las normas comunitarias, a las reglas generales de la ley de igualdad y a las normas hermanas del proceso civil y del contencioso administrativo, estamos en condiciones de abordar la regulación del proceso laboral. Durante la vigencia de la derogada LPL, que no fue modificada por la LOIEMH, se reconoció la legitimación activa del sindicato para demandar a través de un proceso de conflicto colectivo por discriminación sexista indirecta en el acceso al empleo —STS de 18.2.1994, RCO 1735/1992, se trataba del llamado Caso Fasa-Renault—. Tampoco nada debiera impedir la actuación del sindicato como coadyuvante —según los términos del anterior artículo 177.2 de la LPL—.

La LJS ha ratificado dichas conclusiones en orden a la legitimación activa y la intervención sindical como coadyuvante. De un lado, el artículo 17.4 establece que «los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate ... en especial ... a través del proceso de conflicto colectivo, en defensa de los derechos e intereses de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación; y, en particular ... del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social».

Y, de otro lado, el artículo 177.2 establece que «en aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que éste pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo ... si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado». Las posibilidades de actuación de los sindicatos en los procesos sobre discriminación sexista se completan con el artículo 20 de la LJS —heredero del artículo homónimo de la LPL—, que les permite intervenir «en nombre e interés de los trabajadores ... afiliados a ellos que así se lo autoricen».

Donde surge un importante problema interpretativo es en relación con la legitimación de los organismos públicos de igualdad y de las asociaciones de de-

fensa de la igualdad. La LPL nada decía al respecto, lo cual desató opciones interpretativas dispares, una considerando que, como la LOIEMH no había modificado la LPL, el legislador quería atribuir el monopolio de la legitimación de intereses colectivos, difusos o indirectos a los sindicatos, otra considerando que, en aplicación subsidiaria del artículo 11 bis de la LEC, están legitimados solo en sus términos, y aún otra más considerando que, en aplicación directa del artículo 24 de la CE, esos sujetos no sindicales están legitimados si ostentan un interés legítimo.

La LJS sí contiene normas específicas en cuanto a la legitimación de organismos públicos de igualdad y asociaciones de defensa de la igualdad. Pero no en los mismos términos que a los sindicatos. Sin duda la diferencia más importante radica en que no se les concede legitimación activa —como sí se les concede a los sindicatos en el artículo 17.4 de la LJS— a través del proceso de conflicto colectivo en defensa de los derechos e intereses de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación. De este modo, la legitimación en la modalidad procesal de conflicto colectivo, que es, precisamente, la idónea para canalizar intereses colectivos, difusos o indirecto, es monopolio sindical —y lo ratifica el artículo 154 de la LJS—.

Contrasta esta exclusión de legitimación con la atribución de legitimación activa para la impugnación de convenios colectivos por ilegalidad al Instituto de la Mujer y a los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas «a los efectos de impugnar las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo» —artículo 165.1.a) de la LJS—. Se resuelve así una laguna que era contraria a las directivas comunitarias en cuanto, con la exclusiva legitimación sindical, no se garantizaba que «se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato en ... convenios colectivos» —artículo 23.b) de la Directiva 2006/54/CE—.

Obsérvese que la legitimación se restringe a organismos públicos de igualdad, sin contemplar a las asociaciones de defensa de la igualdad. Igual distingo se aprecia al regularse la nueva legitimación para interponer recurso de casación unificadora del Ministerio Fiscal —artículo 219.3 de la LJS—, en la medida en que éste lo puede interponer, además de oficio o a instancia de sindicatos, organizaciones empresariales o asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, a instancia de «entidades públicas que, por las competencias que tengan atribuidas, ostenten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa». Pero no a instancia de asociaciones privadas.

La regulación se cierra con una norma donde sí aparecen a la par sindicatos, organismos públicos de igualdad y asociaciones de defensa de la igualdad: «En aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado,

la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que éste pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado» —artículo 177.2—.

¿Se trata de una norma exclusivamente aplicable a la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales —artículos 177 a 183 de la LJS—, o su aplicación se extiende a las modalidades procesales por cuyos trámites inexcusablemente se canalizaran las pretensiones de tutela de derechos fundamentales —artículo 184 de la LJS—? A nuestro juicio, esto último. Tales modalidades procesales tienen reglas de legitimación activa —por ejemplo, en el despido el trabajador—, aunque ello no impide la actuación de organismos públicos de igualdad o asociaciones de defensa de la igualdad como coadyuvantes, es decir en calidad de una intervención procesal adhesiva —y menos si consideramos el artículo 178.2 de la LJS—.

No se debe de eludir, para concluir, una reflexión general. El legislador procesal laboral ha querido preservar, tanto con la LPL como con la LJS, el monopolio sindical en la defensa de intereses colectivos, difusos o indirectos dentro del ámbito de las relaciones laborales. La actuación de otros sujetos, cuando se trata de atribuir legitimación activa, se ha restringido a organismos públicos y a una concreta modalidad procesal —sin duda con la finalidad de corregir un defecto de transposición de las directivas comunitarias sobre igualdad de los sexos—, y, en los demás casos, esa actuación se ha limitado de manera exclusiva a una intervención procesal adhesiva como la parte coadyuvante del trabajador demandante.

¿Queda el sistema suficientemente cerrado? Aquí es donde pueden surgir las dudas si comparamos la tan restringida intervención de las asociaciones de defensa de la igualdad con la algo más amplia intervención que se les concede en el artículo 11 bis de la LEC y en el artículo 19.1.i) de la LJCA, y, sobre todo, si tomamos en consideración la posibilidad de que, atendiendo a lo establecido en el artículo 24 de la CE, se pueda concluir que, en un determinado conflicto, se les pueda considerar —a esas asociaciones e incluso a organismos públicos de igualdad— como legítimas interesadas, con lo cual su legitimación arrancarí­a de la propia norma constitucional sin poder resultar restringida por la legislación ordinaria.

#### b) Asistencia pública a las víctimas

La LOIEMH —con la finalidad de trasponer el artículo 20.2.a) de la Directiva 2006/54/CE— ha introducido un artículo 2 bis en la Ley 16/1983, de 24

de octubre, del Instituto de la Mujer, donde se establece que éste «ejercerá con independencia las siguientes funciones ... la prestación de asistencia a las víctimas de discriminación para que tramiten sus reclamaciones por discriminación». Entre la timidez de la norma legal —que no atribuye directamente legitimación— y su escasa aplicación práctica, nuestro derecho destaca en comparación con otros derechos europeos donde la asistencia pública a las víctimas es más incisiva y se utiliza con habitualidad —como ocurre en los derechos anglosajones o escandinavos—.

Sin desmerecer esta posibilidad de asistencia pública a las víctimas a través del Instituto de la Mujer —y, al respecto, algunos organismos de igualdad autonómicos asimismo han asumido competencias específicas—, la LJS ha abierto una nueva vía en la medida en que, en su artículo 177.3, que contempla —como se hacía en el antiguo artículo 175.3 de la LPL— la intervención del Ministerio Fiscal como parte en los procesos de tutela en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, se añade ahora que «(velará) especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas». Y asimismo actuará como parte en el proceso de ejecución, velando también por dicha integridad —artículo 240.4 de la LJS—.

### c) El caso especial del acoso sexual o sexista

Frente a la tendencia extensiva de la legitimación activa de la cual son ejemplo modélico los Estados Unidos de América, donde, en supuestos de acoso colectivo, es factible ejercitar una *class action*, la legitimación limitada a los titulares del derecho encuentra con relación a la violencia de género en el trabajo algunos muy importantes fundamentos derivados del derecho a la intimidad, de ahí las restricciones a la legitimación establecidas en algunos derechos europeos, como es el caso de Francia. Ha seguido la LOIEMH esos fundamentos de excepción, y, en su artículo 12, apartado 3, se establece así que «la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo».

Si bien se habla de cualquier acoso sexual o por razón de sexo, sin realizar más especificaciones, la limitación de la legitimación establecida en el artículo 12.3 de la LOIEMH encuentra su justificación cuando existe una afectación significativa de la intimidad, como, por ejemplo, si se trata de un chantaje sexual explícito, directo o expreso dirigido a conseguir un acceso carnal con una persona concreta. Pero la justificación se tambalea en otros supuestos fácticos donde la persona destinataria de un acoso sexual o por razón de sexo se encuentra más difuminada, como puede ocurrir en los supuestos de chantaje sexual implícito, indirecto o tácito o en los supuestos de acoso colectivo, se trate de acoso sexual o por razón de sexo.

A medida que se difumina la persona acosada, aparece un interés colectivo, y cuando éste predomina sobre el derecho a la intimidad, no hay motivo para

negar la legitimación activa de los sujetos colectivos. Si bien se mira, cuando el interés colectivo predomina sobre el derecho a la intimidad, estaremos ya lejos de la situación de acoso que el legislador ha manejado como fundamento de la limitación, y nos acercaremos a situaciones de discriminación sexista sin afectación significativa de la intimidad. Deberíamos entonces reconocer la legitimación de los sujetos colectivos por la regla general del artículo 12.2 de la LOIEMH, que se justifica en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE.

La LJS no puede hacer otra cosa más que resguardar la primacía de la voluntad de la persona acosada reconocida en el artículo 12.3 de la LOIEMH, estableciendo que «la víctima (del acoso o de la lesión de derechos fundamentales) será la única legitimada en esta modalidad procesal (de tutela de derechos fundamentales)» —artículo 177.4 de la LJS—. ¿Es lo mismo víctima y persona acosada? Probablemente, el concepto de víctima del artículo 177.4 de la LJS se sitúe en la interpretación que hemos propugnado de persona acosada utilizado en el artículo 12.3 de la LOIEMH, es decir entendiendo aplicable la limitación de la legitimación activa solo cuando existiera una afectación significativa de la intimidad.

Conviene destacar que el artículo 12.3 de la LOIEMH se refiere solo a los procesos y, dentro de éstos, a los no penales. Si se trata de procedimientos administrativos, nada impide su tramitación siempre que se prevea su incoación por causas diferentes a la denuncia de la víctima —como ocurre con los procedimientos ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social—. Tal interpretación se ratifica si consideramos que, en los litigios sobre sanciones administrativas en materia de acoso sexual o por razón de sexo, la víctima estará legitimada para comparecer en el litigio «según su libre decisión y no podrá ser demandada o emplazada de comparecencia contra su voluntad» —véase el artículo 151.5.III de la LJS—.

## VI. Problemas de legitimación pasiva y litisconsorcio pasivo necesario

El artículo 182.1.b) de la LJS se alude, como posibles condenados, a «empleador, asociación patronal, administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada», lo que supone atribuir legitimación pasiva al que le sea imputable la lesión, y, aplicada esta norma a la violencia de género en la relación laboral —acoso sexual y por razón de sexo—, debemos reconocer, y así nos lo demuestra la casuística judicial, que, en no pocas ocasiones, la víctima se encuentra ante varios posibles sujetos legitimados pasivamente: la empresa como obligada a la protección frente a la violencia de género en el trabajo y el agresor como causante de la lesión, siempre que aquélla se cause en la relación laboral —artículo 2.f) de la LJS—.

Situación de pluralidad de sujetos demandados que obliga a determinar si la víctima es libre de demandar a quien quiera o si debe demandar a todos los implicados —litisconsorcio pasivo voluntario o litisconsorcio pasivo necesario—. El artículo 77.4 de la LJS, resguardando la primacía de la voluntad de la persona acosada, establece que «corresponderá a la víctima ... elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que (como norma general) deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión» —lo cual se compadece con el artículo 1.444 del CC en donde se permite demandar conjunta o separadamente a los deudores solidarios—.

Ahora bien, se excepciona «cuando la víctima pretenda la condena (del posible causante directo de la lesión) o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare». La excepción se entiende en relación con la STS de 30.1.2008, RCU 2543/2006, donde, en un supuesto de acoso moral, se resolvió un defecto litisconsorcial en la medida en que «la pretensión ejercitada en esta litis presenta la particularidad de que en ella se insta la condena de (la empresa) a trasladar al (presunto acosador) de modo que la actora no esté en relación subordinada y directa con el mismo en el desempeño de su trabajo, lo que en definitiva supone la condena de este último a ser trasladado o cambiado del puesto de trabajo».

## VII. El estatuto procesal de la víctima de la discriminación

Introduce la LJS la novedad de regular las garantías de confidencialidad en la prestación del testimonio de la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas. Al respecto, se establece, en su artículo 77.4, que «si se requiriese su testimonio (el de la víctima) el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias». Idéntica previsión se establece, dentro de su modalidad procesal específica, para «los litigios sobre sanciones administrativas en materia de acoso sexual o por razón de sexo» —artículo 151.5.III de la LJS—.

## VIII. Medidas cautelares

Antes de la LJS, la tutela judicial cautelar de los derechos fundamentales se concretaba, con relación a la tutela de la libertad sindical, en el artículo 178 de la derogada LPL. Se trataba de una norma de perfiles muy limitados. En primer lugar, porque solo contemplaba la suspensión de los efectos del acto impugnado

—tutela cautelar negativa—, sin contemplar la posibilidad de una reparación adecuada de la situación —tutela cautelar positiva—. En segundo lugar, porque se refería solo a la libertad sindical, sin resultar posible su extensión literal, dada su redacción, a otros derechos fundamentales. Y, en tercer lugar, porque era dudosa su aplicación a las modalidades procesales a las cuales se remitía el artículo 182 de la LPL.

Por causa de esa laguna legal en orden a la tutela cautelar de los derechos fundamentales, y, en concreto, de la violencia de género en la relación laboral, se viene admitiendo, en la doctrina judicial, la suspensión de la prestación de servicios durante la tramitación de la demanda de resolución al amparo del artículo 50 del ET cuando la continuidad de la prestación de servicios suponga un riesgo físico o moral, lo que, típicamente, puede acaecer en los casos de acoso. Similarmente, en Alemania desde 1994, si el empresario no se ocupa adecuadamente de una reclamación de acoso sexual, el empleado ostenta derecho a la cesación del trabajo sin pérdida del salario si esto resulta necesario para su protección.

La LJS ha querido corregir estas deficiencias. Al respecto, se establece, en su artículo 180.4, que «cuando la demanda se refiera a protección frente al acoso ... podrán solicitarse, además (se supone además de las medidas cautelares previstas en los demás apartados del artículo), la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador u vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste».

Y, para completar la regulación, se añade que esas mismas medidas cautelares son aplicables «en los procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de la violencia de género para el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación» —según el mismo artículo 180.4—, y «en los procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador con fundamento en el artículo 50 del ET en aquellos casos (entre otros) en que se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral del trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas» —artículo 79.7—.

## IX. La carga de la prueba de la discriminación sexista

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 nuestro, según se ve tanto con el viejo —y algo tosco— artículo 1214 del CC, como con el actual —y más técnico— artículo 217 de la LEC.

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, o, dicho en otros términos, no responden a un paradigma o patrón común que pueda fácilmente evidenciarse. Y, en segundo lugar, porque son conductas habitualmente escondidas bajo una apariencia de legitimidad, o, dicho en otros términos, nunca se presentarán como abiertamente ilegítimas, salvo supuestos extremos, sino como enmascaradas y ocultas.

Así las cosas, no extraña la existencia de normas sobre flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación por razón de sexo ni en el ámbito comunitario —Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, que se ha refundido en la Directiva 2006/54/CE, artículo 19—, ni en el ámbito interno —artículo 13 de la LOIEMH y, en el proceso laboral, artículo 96 de la LJS—. En cuanto estas normas internas son reflejo de la jurisprudencia constitucional sobre carga de la prueba de la discriminación o de la lesión de derechos fundamentales, la analizaremos a continuación, incidiendo en especial en los casos de discriminación sexista.

#### a) La carga de la prueba de la parte demandante

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, 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 más claramente —en un caso de discriminación por razón de sexo— la STC 38/1986, de 21 de marzo, le exigen 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 indicios, otra admite la posibilidad de usar además el mecanismo del principio de prueba.

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 nuestro derecho positivo —véase la referencia al «principio de prueba de los hechos en que se funde» del artículo 127.2 del CC para admitir a trámite demandas sobre filiación—.

Después de cierta ambigüedad jurisprudencial, la STC 90/1997, de 6 de mayo, claramente introduce la expresión principio de prueba cuando se refiere a «la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental ... principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido. Un párrafo el transcrito que, por su reiteración en sentencias posteriores, se ha convertido en un tópico judicial.

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 2011, se consideran como indicios o principio de prueba más habitualmente utilizados los cinco 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—.
- 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 como a esos trabajadores comparables no se les perjudicó como se perjudicó al demandante —STC 90/1997, de 6 de mayo—, a veces para destacar como 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 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 materialidad)»*.
  - 5.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 23 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.

- 6.<sup>a</sup> El contexto de los acontecimientos es un elemento de verosimilitud del alegato discriminatorio. Así la STC 183/2007, de 10 de septiembre, consideró antisindical 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 éste 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.

#### b) La prueba de la discriminación sexista indirecta

Dentro de la jurisprudencia constitucional sobre prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales, nos detendremos en dos especificaciones referidas a la discriminación sexista. Una primera se deriva de la STC 41/1999, de 22 de marzo. Se trata de un supuesto de discriminación sexista indirecta en el acceso al empleo conocido como el Caso Fasa Renault. La STC 41/1999, de 22 de marzo, que se debe calificar de importante sentencia, 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 entendible en el contexto de una discriminación de muy difícil acreditación procesal.

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 posición de parte demandante un sindicato, sin intervención de concretos sujetos individualizados), venía obligado a velar por qué las pruebas admitidas fueran aportadas al proceso en los términos requeridos, y todo ello con la finalidad, cumpliendo así su función de garante del derecho fundamental en juego, de que el sindicato demandante pudiera acreditar unos indicios suficientes para invertir el onus probandi»*. Conclusión última es la concesión del amparo por la vulneración del derecho a la prueba —artículo 24 de la 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 LPL —actual artículo 95.3 de la LJS—, 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.

### c) La prueba del conocimiento empresarial del embarazo.

Dentro de 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 la verosimilitud de la discriminación o la lesión de derechos fundamentales.

Aunque 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 23 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—)*».

Con posterioridad la doctrina se reitera en la STC 41/2002, de 25 de febrero, en la STC 175/2005, de 4 julio, y en la STC 17/2007, de 12 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 23 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 proxi-*

*midad 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)».*

#### d) 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 contrapueba 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 contrapueba empresarial.

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».* Hecha esta apreciación 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 proporcionalidad 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 11 de agosto —ésta y la anterior sobre controles auditivos y visuales en el trabajo respectivamente, considerando aquéllos inconstitucionales y éstos 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 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 a su reingreso con un cambio de funciones)»*.

- 2.º No se admite la justificación pluricausal, 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 conducta antisindical, de modo que pueda estimarse que, aún puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímelmente, en todo caso por existir causas suficientes, reales y serias, para entender como razonable, desde la mera perspectiva disciplinaria, la decisión empresarial»* —afirmación tomada de la STC 104/1987, de 17 de junio—.

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 intensidad.

- 3.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 tempo-

rales —STC 74/2008, de 23 junio—. Doctrina a empleadores 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—.

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—.

- 4.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 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 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—.

- 5.ª 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*».

## X. Medios probatorios específicos en juicios sobre discriminación sexista

### a) El dictamen de los organismos públicos competentes

El artículo 13.1 de la LOIEMH contiene, en su párrafo segundo, la precisión adicional de que, «a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes». La norma tiene un claro precedente en el artículo 95.3 de la LPL, que establecía, desde el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, 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 96.3 de la LJS ha ampliado la norma a las demás 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 EPA—. 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—. El dictamen operaría, 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 peri-

cial o un asesoramiento institucional— se comprenderá que, lejos de ser un defecto, es un acierto la generalidad del artículo 95.3 de la LJS. 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 —artículo 191.b) de la LPL—. 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 hemos aludiendo como documentos.

Lo que sí es un defecto, y grave, es el carácter potestativo en cuanto puede amparar, en su caso, una vulneración del artículo 14 de la CE, y, más claramente, del 24 —en su vertiente del derecho a la prueba— porque, si el dictamen de los organismos públicos competentes, salvo cuando actúa como un asesoramiento institucional, es un auténtico medio de prueba, a cuyo través se aportan al juicio hechos, cuando actúa como una prueba de informes, o máximas de experiencia, cuando actúa como una pericial, existe un derecho a su admisión y práctica si la prueba es útil y pertinente. 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».

#### b) La prueba estadística

Discriminación indirecta y prueba estadística presentan una íntima relación teórica y práctica, aunque la misma puede ser más o menos intensa, al punto de poder hablar de dos modelos, uno estricto y otro atenuado. 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 rechazos y el análisis de desviaciones—. Pero el problema surge al definir los elementos de la comparación, tanto dentro de la empresa, como el otro elemento de comparación —el número de candidaturas o el de personas capaces dentro del área de la empleadora—.

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 con relación con la composición sexual de la empresa. 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».

En España, la utilización de la prueba estadística ha seguido ese modelo atenuado característico de Europa. De hecho, las estadísticas más usadas en el argu-

mentario judicial son muy generales y, en consecuencia, escasamente conflictivas —por ejemplo, la STC 128/1987, de 16 de julio, y la STC 253/2004, de 22 de diciembre, acuden a la EPA—. Ahora bien, ello ha sido así porque, atendiendo a los casos enjuiciados, esas estadísticas generales se manifestaban idóneas para detectar la discriminación indirecta. Cuando se ha enjuiciado casos sobre acceso al empleo —que es, justamente, el ámbito en el que las estadísticas son conflictivas en los Estados Unidos—, los órganos judiciales han usado las estadísticas con bastante solvencia.

Tanto la STS de 4.5.2000, RCO 3708/1999, dictada como punto final del Caso Fasa Renault, como la STSJ/País Vasco de 30.1.2001, RS 3009/2000, manejan datos numéricos sobre composición de la plantilla para apreciar, en juicios sobre acceso al empleo, discriminación indirecta en el acceso al empleo. Más interesantes son aún las SSTJ/Cantabria de 14.11.2005, RS 905/2005, y de 23.5.2007, RS 417/2007, en la medida en que se analizan las estadísticas intraempresariales, o «pass rates», o «flow statistics» —el número de mujeres y hombres contratados/as— y las estadísticas extraempresariales, o «stock statistics» —el número de mujeres y hombres cualificados/as en el área de influencia de la oferta de empleo—.

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.

### c) La declaración de la víctima en los juicios sobre acoso sexual

La regla de flexibilización de la carga de la prueba no es siempre funcional en los casos de acoso sexual laboral, y especialmente no lo es si —como suele ser habitual dado el componente sexual— se desarrolla en la intimidad, en cuyo caso los indicios pueden ser insuficientes si no se valoran conjuntamente con la declaración de la víctima. Y es que esos casos ofrecen especiales dificultades probatorias 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 con la víctima una victimización secundaria.

Tales dificultades probatorias nos llevan a plantear, si existiesen contradicciones en las declaraciones de las partes, cual debe ser creída. Una opinión habi-

tualmente extendida es la de no dar credibilidad a ninguna declaración, lo que, inevitablemente, llevará a la desestimación de la demanda o al archivo de la denuncia. Esta opinión no es de recibo. Supone olvidar que esta situación probatoria ha sido buscada por el sujeto activo del acoso sexual, de donde no le puede beneficiar en perjuicio de la víctima. Como suele ocurrir con los delitos de naturaleza sexual, en el acoso sexual la producción de prueba extrínseca resulta difícil porque se ocasionan en marco de clandestinidad que fue preordenado por el agente.

Si esto es así, la víctima debe gozar, como norma general, de una presunción de sinceridad. 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 y prejudicial para las mujeres. Tal 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 a poner en peligro todas sus posibilidades de empleo, de promoción o de reingreso.

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 puedan invalidar sus afirmaciones» —STS (Penal) de 2.6.1992, Rso. 1275/1992—, usándose como criterios de valoración de la declaración:

- 1.º La ausencia de incredibilidad subjetiva que se verifica atendiendo a dos aspectos relevantes, uno es la inexistencia de características psicoorgánicas 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 ésta es insólita u objetivamente inver-

símil, 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 sexuales—, de ahí su aplicabilidad al proceso laboral —en un acoso sexual laboral— 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. 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 personal.

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 otras clases de acoso —sexista o moral—, o (2) acreditada la realidad del acoso —sexual, sexista o moral—, para acreditar el conocimiento empresarial o para acreditar la existencia de represalias.

## XI. La sentencia

Regulaba el artículo 180 de la LPL el contenido de la sentencia estimatoria de la demanda distinguiendo una tutela declarativa («la sentencia declarará la existencia ... de la vulneración denunciada»), una tutela anulatoria («nulidad radical de la conducta»), una tutela interdictal («el cese inmediato del comportamiento antisindical», o discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales), una tutela repositoria («la reposición de la situación anterior al momento anterior a producirse el mismo»), y una tutela indemnizatoria («la indemnización que procediera»). También se resolverá en la sentencia —sea o no estimatoria— lo procedente respecto a las medidas cautelares que se hubieren adoptado previamente.

Frente al artículo 180 de la LPL, el artículo 182 de la LJS, al regular el contenido de la sentencia estimatoria de la demanda, exige, además del contenido establecido en la regulación anterior, la concreción del derecho o libertad infringidos según su contenido constitucionalmente declarado, y admite expresamente la condena a interrumpir una conducta o a realizar una conducta omitida —lo cual es relevante en casos de discriminación en el acceso al empleo—. Asimismo, se regulan distintos aspectos de la indemnización —artículo 183—, como es la cuantificación prudencial si la prueba de su importe exacto es demasiado difícil o costosa, o el reconocimiento de sus dos finalidades resarcitoria y preventiva/disuasoria.

Tales normas suponen la concreción, en el ámbito del proceso social, de las regulación general sobre igualdad de los sexos del artículo 10 de la LOIEMH, a cuyo tenor «los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias». A su vez, esta norma y los artículos 182 y 183 de la LJS se entienden mejor con las normas comunitarias de igualdad de los sexos.

En efecto, el artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE establece que «*los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa*

*de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido», y que «dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori», salvo cuando «el único perjuicio sufrido por el demandante sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo». Se justifica esta norma por sus antecedentes jurisprudenciales:*

- 1.<sup>a</sup> Los Estados miembros, para la sanción de una violación del principio de igualdad, ostentan «*la libertad de elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para realizar sus objetivos*», sin estar obligados, en una discriminación en el acceso al empleo, a imponer al empresario contratar al trabajador. Ahora bien, si un Estado escoge la indemnización, «*ésta debe, en todo caso, para asegurar su eficacia y su efecto disuasorio, ser adecuada por relación a los perjuicios sufridos y debe, por tanto, ir más allá de una indemnización puramente simbólica como, por ejemplo, el reembolso de los gastos ocasionados por la candidatura*» —SSTJUE (2) de 10.4.1984, C-14/83, Caso Colson and Kaman, y C-79/83, Caso Hartz—.
- 2.<sup>a</sup> No es acorde con las normas comunitarias un tope máximo fijado a priori para la indemnización derivada de un despido discriminatorio, ni la inexistencia de intereses derivados del tiempo transcurrido hasta el pago efectivo de la indemnización —STJUE de 2.8.1993, C-271/91, Caso Marshall—. Pero sí es posible un tope máximo individual «*cuando el empresario pueda probar que no habría obtenido la plaza vacante aunque la selección se hubiera efectuado sin discriminaciones, debido a la superior cualificación del candidato contratado*», aunque no un tope máximo aplicable a la totalidad de las indemnizaciones de los candidatos —STJUE de 22.4.1997, C-180/95, Caso Nils Draehmpaelh vs Urania—.
- 3.<sup>a</sup> Los Estados miembros «*deben procurar que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional que tengan una índole y una importancia similares*» —STJUE de 11.10.2007, C-460/06, Caso Paquay, donde, en una aplicación combinada de la Directiva 92/85/CEE con el artículo 6 de la 76/207/CEE, se llega a la conclusión de que un despido discriminatorio notificado después del periodo de prohibición de despido, pero iniciado antes, debe ser sancionado igual que si el despido se hubiera notificado en ese periodo—. Si bien se mira, se rompería la eficacia de la norma respecto a situación equivalente.

## XII. Ejecución de la sentencia del despido de la víctima del acoso

Dando solución legal expresa a un engorroso problema que se planteaba en la práctica —y que algunos órganos jurisdiccionales solventaban de una manera

encomiable aunque sin un apoyo legal expreso—, el artículo 286.2 de la LJS, residenciado dentro de las normas sobre ejecución definitiva de las sentencias dictadas en juicios de despido, establece que «en los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima del acoso podrá optar por extinguir las relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación en su caso conforme al apartado 2 del artículo 281».

### XIII. Los procesos de oficio

Tanto la LPL —artículo 146.d)— como la LJS —artículo 148.c)—, establecen la posibilidad de iniciar de oficio el proceso como consecuencia de «las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente». En la LPL —artículo 149.2— asimismo se regulaba la demanda de oficio cuando las actas de infracción versaran —entre otras materias— sobre discriminación sexista. Pero esta norma ha desaparecido en la vigente LJS debido a las ampliaciones competenciales del Orden Social.

### XIV. La protección frente a represalias

La garantía de indemnidad por el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, entendida como exención de cualesquiera perjuicios derivados de ese ejercicio, es un elemento central de su contenido esencial. Es lo que doctrinalmente se ha denominado la «eficacia justificante» de los derechos fundamentales, o la exención de perjuicio a causa de su ejercicio. Una eficacia justificante extensible sin demasiado esfuerzo argumental al ejercicio de los derechos de igualdad por razón de sexo si consideramos que, en nuestro texto constitucional, los mecanismos de protección de los derechos fundamentales y del principio de igualdad por razón de sexo están equiparados —artículo 53.3 de la CE—.

Pues bien, con todo este bagaje constitucional —y el comunitario que hemos analizado más arriba dentro de este Capítulo Décimo Primero—, la LOIEMH, artículo 9, titulado «indemnidad frente a represalias», establece que «se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento

efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres». Incluyendo así el ejercicio judicial y extrajudicial como detonantes de dicha garantía de indemnidad.

Siguiendo esa línea de amplitud de la garantía, el artículo 17.1.II del ET, en la redacción dada por la LOIEMH, establece que «serán igualmente nulas... las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación». Con anterioridad a la LOIEMH, la norma —que se había introducido a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre—, no aludía a la acción administrativa, aunque como aludía tanto a la reclamación efectuada en la empresa como a la acción judicial, no era muy difícil realizar una interpretación correctora.

Obsérvese que las redacciones del artículo 9 de la LOIEMH y del artículo 17.1.II del ET no son idénticas. El artículo 9 de la LOIEMH protege a quien se queja, reclama, denuncia, demanda o recurre. Pero el artículo 17.1.II del ET no circunscribe el ámbito subjetivo de la protección a quien de algún modo ejerce su derecho, sino que basta con que la decisión del empresario sea desfavorable para un trabajador y sea una reacción ante una reclamación judicial o extrajudicial. De este modo, se protege, por poner algún ejemplo, a un testigo o a un mediador, o a quien defiende o asesora al titular del derecho. Interpretación que se coherente, asimismo, con lo establecido en las normas comunitarias de referencia.

¿Cuál es el alcance de la expresión «el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres» del artículo 9 de la LOIEMH y de la expresión «el principio de igualdad de trato y no discriminación» del artículo 17.1.II del ET, expresiones delimitadoras del ámbito objetivo de los derechos protegidos? Un entendimiento tradicional del principio de igualdad determinaría la exclusión de los derechos de conciliación de la garantía de indemnidad. Sin embargo, la LOIEMH los regula dentro de su texto y, en su artículo 44.1, se establece que se evitará «toda discriminación basada en su ejercicio». Por lo tanto, debemos considerarlos objeto de la garantía establecida en el artículo 9 de la LOIEMH y en el artículo 17.1.II del ET.

¿Cómo se aplica la indemnidad frente a las represalias? Como si se tratase de una discriminación por razón de sexo: el artículo 9 de la LOIEMH se encabeza diciendo explícitamente que la represalia o retorsión «se considerará discriminación por razón de sexo», y a idéntica conclusión conduce la expresión «serán igualmente nulas» del artículo 17.1.II del ET. Si esto es así, quien alegue la existencia de una represalia o retorsión por el ejercicio de los derechos de igualdad por razón de sexo gozará de las facilidades probatorias consiguientes y, si la represalia o retorsión resultase acreditada, la sentencia estimatoria, aparte de de-

clarar la nulidad de la decisión empresarial desfavorable, podrá conceder una indemnización.

## Bibliografía recomendada

- ALTÉS TÁRREGA, J.A. (2002): *El acoso sexual en el trabajo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup>A. (1993): «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo», *Relaciones Laborales*, T. I.
- BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup>F. (1991): *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Editorial Trotta, Madrid.
- CABEZA PEREIRO, J. (2001): «El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 104, p. 198;
- CABEZA PEREIRO, J. (2007): «Ejercicio de derechos de conciliación, discriminación y jurisprudencia constitucional. Una crítica a la STC 233/2007, de 5 de noviembre», *Revista de Derecho Social*, n.º 40.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2004): *El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Editorial Aranzadi, Pamplona.
- DEL REY GUANTER, S. (1993): «Acoso sexual y relación laboral», *Relaciones Laborales*, T. I.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (1989): «El acoso sexual en el trabajo», *Relaciones Laborales*, T. II.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup>F. (2008): *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, Editorial La Ley, Madrid.
- GAMERO LÓPEZ-PELÁEZ, F.J. (1998): «Actividad probatoria y derechos fundamentales», en *Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid.
- GÁRATE CASTRO, J. (1999): «La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales», monografías de la *Revista Xurídica Galega*, Santiago de Compostela.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1994): *La prueba en el proceso de trabajo*, Editorial Civitas, Madrid.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1999): «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 TC 41/1999, de 22 de marzo», *Revista de Derecho Social*, n.º 7.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (2008): «Las reglas de la carga de la prueba en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres», *Aequalitas*, n.º 23.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (1996): *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Editorial Comares, Granada.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (1996): «La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (a propósito de las Sentencias de 18 de febrero de 1994 y de 4 de octubre de 1995 del Tribunal Supremo)», *Aranzadi Social*, n.º 17.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (1999): «La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (a propósito de la Sentencia 41/1999, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional)», *Aranzadi Social*, n.º 12.

- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2000): «La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva (a propósito de la Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo)», *Aranzadi Social*, n.º 12.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2000): «Discriminación indirecta: una aproximación a la Sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Social*, n.º 12.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2005): «La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral», en «Psicología del testimonio y prueba pericial», *Cuadernos de Derecho Judicial*, tomo VII.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2006): «El dictamen de los organismos públicos competentes en los procesos laborales sobre discriminación por razón de sexo», *La Ley*, n.º 6424.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2005): «La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Social*, n.º 30.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2009): «La carga de la prueba y el acceso a la justicia en los casos de discriminación por razón de sexo», *Revista del Poder Judicial*, n.º 89.
- MOLINA NAVARRETE, C. (1999): «Acciones positivas y efectividad de la tutela procesal antidiscriminatoria (a propósito de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo)», *La Ley*, n.º 4759.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (1996): *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- PÉREZ DEL RÍO, T. (2009): *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Editorial Bomarzo, Albacete.
- PÉREZ PRADO, D. (2010): «Discriminación indirecta y la prueba estadística: caminos que debieran confluir», *Justicia Laboral*, n.º 43.
- POZO MOREIRA, F.J. (2004): «La actuación de los organismos públicos en el proceso laboral en supuestos de discriminación por sexo: la obligada asistencia a la víctima por parte de los organismos para la promoción de la igualdad», *Revista del Ministerio de Trabajo*, n.º 53.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ªF. (1986): *Igualdad y discriminación*, Editorial Tecnos, Madrid.
- SEGALÉS FIDALGO, J. (2006): «El despido pluricausal. Nuevas reflexiones en torno al modelo de prueba de indicios a propósito de la STC 41/2006», *Aranzadi Social*, n.º 14.
- SILGUERO ESTAGNAN, J. (1995): *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Editorial Dykinson, Madrid.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2004): *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. (2008): «Alcance de la tutela del orden social en los supuestos de acoso sexual. A propósito de la STC 250/2007, de 17 de diciembre», *Aranzadi Social*, n.º 2.