

# **LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS DESPIDOS LESIVOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

**JOSE LUIS MONEREO PEREZ**



**tirant lo blanch**  
**"colección laboral"**

**38**

---

# I. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la carga de la prueba

«El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba».

«En el proceso, el Derecho actúa vestido con la prueba»

FRANCESCO CARNELUTTI<sup>1</sup>

La doctrina del Tribunal Constitucional adopta lógicamente como punto de partida las dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales<sup>2</sup>. El Alto Tri-

<sup>1</sup> CARNELUTTI, F.: «Introducción a la segunda edición italiana» y «Prefacio de la primera edición» a su obra «La prueba civil», trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo, 2.ª ed., Buenos Aires, 1982, págs. XVIII y XXIV.

<sup>2</sup> Se ha hablado de que el poliformismo de la conducta discriminatoria se traduce, cuando se pretende remediar judicialmente, en la especial dificultad de su demostración. Cfr. VALDES DAL-RE, F.: «La Ley de Bases de Procedimiento Laboral. Aspectos más sobresalientes de una reforma procesal anunciada», en CRUZ VILLALON, J. - VALDES DAL-RE, F.: «Lecturas sobre la reforma del proceso laboral», Madrid, 1991, págs. 147-148. Sobre la complejidad de los problemas de la prueba en el proceso laboral, consulte CABRERA BAZAN, J.: «La prueba en el proceso de trabajo», en «RPS», núm. 82, págs. 43 y sigs.; GARCIA FERNANDEZ, M.: «Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo», «REDT», 15 (1983), págs. 375 y sigs. Recientemente abogando por un replanteamiento del tema, CRUZ VILLALON, J.: «Constitución y Proceso de trabajo», en «VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales», coord. por F. J. Prados de Reyes, Sevilla, 1991, pág. 40; y ampliamente GARCIA PERROTE ESCARTIN, I.: «La prueba en el proceso de trabajo», Madrid, 1994.

bunal ha sentado una doctrina que parece estar hoy perfectamente definida sobre la ordenación de la carga de la prueba cuando está en juego la lesión de un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional entiende que el trabajador no queda liberado de realizar toda actividad probatoria, por el contrario ha de probar o aportar

Decía la STCo. 38/1981, Fj. 2.º: «si la discriminación no pasa de ser alegación de parte sujeta a las reglas del «onus probandi», sin corrección alguna, y sin que se opere aquí una traslación de la carga de la prueba, el obligado respeto al «factum» como exclusión de toda censura, dejaría zanjada la cuestión en el sentido decidido por el Magistrado». Según la STCo. 21/1992, Fj. 3.º, las reglas de corrección de la prueba pretenden hacer frente al hecho de que se pueda encubrir «un despido lesivo de derechos fundamentales en un despido sin causa, o en unos hechos cuya veracidad ni siquiera trata de probarse si, una vez alegado por el trabajador que el despido vulnera un derecho fundamental, el empresario no tuviera que probar la existencia de una causa de entidad suficiente y sería, explicativa en sí misma y por sí sola del despido, al margen del derecho fundamental invocado por el trabajador». Por ello lo que ha de demostrar el empleador es «que el despido tachado de discriminación, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio a la libertad sindical» (STCo. 38/1981, Fj. 3.º). «Un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la existencia de la relación laboral» (STCo. 38/81, Fj. 3.º).

La STCo. 14 febrero 1992 (A/21) señala que la doctrina del Alto Tribunal en materia de carga de la prueba en los despidos nulos lesivos de derechos fundamentales tiene su base no sólo en la primacía o en el mayor valor de los derechos fundamentales, sino más en concreto en la *dificultad que el trabajador encuentra en poder probar la causa discriminatoria, o lesiva de otro derecho fundamental*, del despido y en la *facilidad con que, dado el régimen jurídico de los despidos nulos por razones formales o improcedentes, podría un empresario encubrir un despido atentatorio contra un derecho fundamental del trabajador bajo la apariencia de un despido sin causa, por medio de un requerimiento o carta de despido que diera lugar a una declaración de despido nulo o, todavía más, improcedente* (). Subsiste, pues, la dificultad probatoria señalada, por lo que podría seguir encubriéndose un despido lesivo de derechos fundamentales en un despido sin causa, o en unos hechos cuya veracidad ni siquiera trata de probarse si, una vez alegado por el trabajador que el despido vulnera un derecho fundamental, el empresario no tuviera que *probar la existencia de una causa en sí misma y por sí sola del despido, al margen del derecho fundamental invocado por el trabajador*.

«indicios racionales» que permitan establecer una cierta presunción sobre la existencia de la alegada discriminación o lesión del derecho fundamental<sup>3</sup>. Es así que no se produce en «ius strictum» una inversión de la carga probatoria, sino más bien una «corrección» o «desviación» de la carga de la prueba o de la «presunción» de discriminación o lesividad<sup>4</sup>. Desde esta óptica sólo cuando se haya conseguido acreditar tales «indicios» es «cuando el empresario deberá destruir la presunción probando que existe una causa justificadora suficiente»<sup>5</sup>. Por ello, como ha sido advertido<sup>6</sup>, más que liberar enteramente al trabajador demandante «de la carga probatoria, lo que en puridad existe es una reducción de la carga probatoria, puesto que el que alega la discriminación deberá probar hechos que permitan deducir al menos indicios de esa discriminación, que permita al órgano judicial deducir realmente que está en juego el principio de igualdad, lo que supondría al empresario desarrollar una actividad probatoria para destruir esa presunción»<sup>7</sup>. Este es el criterio recogido, como ahora se analizará, en los arts. 96, 179.2 de la LPL (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral). Estas normas sobre la carga de la prueba tienen carácter de Derecho necesario y son, por otra parte, indisponibles los derechos y facultades que confieren por la autonomía privada.

<sup>3</sup> SSTCTo. 55/83, de 21 de julio; 94/84, de 16 de octubre; 47/85, de 27 de marzo.

<sup>4</sup> Vid. STCo. 34/84, de 14 de marzo.

<sup>5</sup> SSTCo. 34/84, de 14 de marzo; 94/84, de 16 de octubre y 112/84, de 28 de noviembre.

<sup>6</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: «Jurisdicción de Trabajo y sistema constitucional», en AA.VV.: «Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al prof. M. Alonso Olea», Madrid, 1990, pág. 82. En idéntico sentido, RODRIGUEZ-PIÑERO Y FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: «Igualdad y discriminación», Madrid, 1986, pág. 305.

<sup>7</sup> En este sentido la STCo. 21/1992, 14 febrero, en la que se resume la doctrina del Alto Tribunal en materia de carga de la prueba en los despidos nulos lesivos de derechos fundamentales.

Por lo que respecta al reflejo normativo de esa doctrina conviene apuntar las siguientes reflexiones. Primeramente parece oportuno recordar que en el proceso laboral rige como regla general el art. 1214 C.c., (vinculado al principio dispositivo; al principio de aportación de parte que se extiende a los hechos y a su prueba) que establece una clara imputación subjetiva de la carga probatoria, al decir que «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento (demandante), y la de su extinción al que la opone (demandado)», sin perjuicio de los medios de prueba de que se puede hacer uso en juicio (art. 1215 C.c.; 578 LEC). Pueden existir (y existen) reglas especiales al respecto, pero es opinión pacífica en doctrina que el recurso a las técnicas de exoneración e inversión de la carga de la prueba reviste un eminente carácter excepcional<sup>8</sup>. La doctrina del Tribunal Constitucional desde fecha muy temprana así lo ha venido entendiendo a partir de la importante STCo. 38/1981, de 23 de noviembre, aunque progresivamente el Alto Tribunal se vencería hacia la aplicación al supuesto discriminatorio de la prueba indiciaria o de presunciones, entendiendo que es el mecanismo de prueba que parece cristalizar en los arts. 96 y 179.2 LPL<sup>9</sup>. Preceptos que no implican necesariamente una inversión de la carga probatoria, porque el trabajador ha de aportar el «hecho base», es decir, «los *indicios necesarios que permitan inducir una relación de correspondencia entre el proceder del empresario y el resultado discriminatorio*

<sup>8</sup> Vid. VALDES DAL-RE, F.: «Comentario al artículo 96 LPL», en CAMPOS ALONSO, M. A.; RODRIGUEZ FERNANDEZ, M. L.; SALA FRANCO, T.; SALINAS MOLINA, F.; VALDES DAL-RE, F.: «La Ley de Procedimiento Laboral», Bilbao, 1990, págs. 261-263.; Id.: «La Ley de Bases de Procedimiento Laboral...», pág. 147; MONTERO AROCA, J. «EL Proceso Laboral», t. II, Barcelona, 1981, pág. 254. Por lo demás, muchos de los casos considerados como de inversión de la carga de la prueba no son auténticos fenómenos de inversión, sino otro tipo de reglas especiales relativas al «onus probandi». Véase MONTERO AROCA, J.: «La prueba en el proceso civil», Madrid, 1996, pág. 75.

<sup>9</sup> No basta la mera alegación de la discriminación o lesión del derecho fundamental, se ha de aportar hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquélla. Cfr. SSTCo. 38/1986, de 21 de marzo, 114/1989.

y que se erige a su vez en presupuesto para el desplazamiento hacia la esfera del que se defiende de la carga de probar que ese proceder tiene una causa razonable y objetiva, basada en hechos ajenos a toda intención discriminatoria»<sup>10</sup>. El trabajador ha de probar uno o varios indicios (hechos indiciarios) de los que pueda deducirse una presunción no plena de la existencia de la lesión al derecho fundamental; al demandado para destruir esa presunción no plena, sólo le basta probar plenamente el carácter objetivo y razonable de la medida adoptada y asimismo la proporcionalidad de ésta con los hechos imputados al trabajador despedido, aunque del binomio hechos-medida adoptada se llegue a la conclusión de que aquéllos no fueron de la gravedad suficiente como para proceder al despido disciplinario: aquí la calificación de simple improcedencia no determina, por sí sola y necesariamente, la consideración del carácter lesivo al derecho fundamental del acto de despido; pero sino se prueba de modo completo el carácter objetivo, razonable y proporcional de la medida, la presunción (de discriminación o lesión al derecho fundamental) será ya plena y el demandado tendrá que hacer frente a las consecuencias de la falta de prueba, con arreglo a la institución de la carga de la prueba. La técnica utilizada (la presunción como «método» de prueba) queda incluso más nítidamente reflejada en el art. 179.2 LPL<sup>11</sup>. De ahí, que la prueba que incumbe al trabajador sea para el Alto Tribunal una prueba indiciaria. Conviene anotar que no se trataría de una presunción legal, en el sentido de que del art. 1250 C.c., que

<sup>10</sup> Cfr. VALDES DAL-RE, F.: «Comentario al art. 96 LPL», cit., pág. 262; RIVERO LAMAS, J.: «Tutela jurídica de los derechos laborales en el ordenamiento español», en «REDT», núm. 57 (1993), págs. 21-22.

<sup>11</sup> Este éste precepto se indica que «...una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable...». Este «engarce» normativo pone de manifiesto la distribución específica de la carga probatoria entre las partes del proceso. Consúltese, al respecto, SALA FRANCO, T.: «Comentario al art. 178 LPL», op. cit., pág. 383.; GARCIA PERROTE, I.: «Causas del despido nulo», cit., pág. 562.

dispense de toda prueba a los favorecidos por ella<sup>12</sup>, sino, como ahora se verá, de una presunción judicial que no exonera al actor de realizar una mínima actividad probatoria. Lo que se produce, en todo caso, no es una inversión de la carga sino más bien un traslado de parte de la actividad probatoria que de ordinario correspondería realizar en su integridad al demandante y no al demandado que ve así «sobrecargada» su posición en el terreno de la actividad probatoria. Se trata de un «debilitamiento» de la carga de la prueba que corresponde al trabajador, el cual debe probar o aportar unos «indicios» necesarios para crear el convencimien-

<sup>12</sup> En cuanto a los efectos típicos de la presunción legal cabe precisar que pese a la declaración del art. 1.250 no es enteramente cierto que la presunción legal dispense de prueba. Se ha advertido, en este sentido, que la presunción legal no opera en defecto de prueba, sino precisamente para facilitar o aliviar la prueba de un hecho determinado. Un hecho legalmente presumido debe considerarse como un hecho probado. Cfr. SERRA DOMINGUEZ, M.: «Comentario al art. 1.250», en AA.VV.: «Comentario del Código Civil», t. II, Madrid, 1993, pág. 418. La presunción se resuelve en un razonamiento que puede haber sido hecho en general por el legislador o que ha de ser hecho en particular por el juez. Ahora bien, las presunciones sí tienen efectos probatorios, por lo que se han podido considerar como «métodos para probar», porque sirven para dar por probado un hecho afirmado por las partes. Cfr. MONTERO AROCA, J.: «La prueba en el proceso civil», cit., págs. 102 a 104. En este sentido, véase, ampliamente, SERRA DOMINGUEZ, M.: «Presunciones», Voz en la «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», t. XX, Barcelona, 1993. Sobre carga de la prueba y presunciones, véase MICHELI, G.A.: «La carga de la prueba», trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, págs. 195 y sigs.

Nótese, por lo demás, que la presunción legal («iuris») difiere de la presunción simple («hominis») en cuanto a que la regla de experiencia (en virtud de la cual el juez deduce del indicio el hecho a probar) en la primera está fijada en una *regla de derecho* (CARNELUTTI, F.: «La prueba civil», trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo, 2.ª ed., Buenos Aires, 1982, pág. 200, nota 342). La presunción legal no dispensa de toda prueba; dispensa de probar directamente el hecho presumido, pero el hecho base tiene que ser probado. Vid. MONTERO AROCA, J.: «La prueba en el proceso civil», Madrid, 1996, págs. 103-104.

Conviene advertir que las presunciones no son un medio de prueba en sentido estricto, porque las mismas no constituyen una actividad que deba realizarse en el proceso para incorporar al mismo una fuente de prueba.

to del Juez sobre la probabilidad del hecho discriminatorio<sup>13</sup>. Agrégase que aquí también la presunción se establece por el juzgador en cada caso concreto (siguiendo la indicación normativa de los artículos 96 y 179.2 LPL) precisamente en supuestos de gran dificultad probatoria.

La aplicación coherente de las reglas de Derecho común en materia de prueba de presunciones serían evidentes si se reparara en la sustancial coincidencia con algunas de las recogidas en nuestro sistema jurídico. Así, señaladamente, las reglas sobre la presunción, como criterio de valoración de la prueba existente, contenidas en los artículos 1249<sup>14</sup> y 1253<sup>15</sup> del Código Civil.

<sup>13</sup> De este modo, «se altera la regla general de imponer la *plenitud* de la carga probatoria sobre quien alega la lesión». Cfr. BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALON, J.; FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: «Instituciones...», op. cit., pág. 205.; CRUZ VILLALON, J.: «El régimen jurídico del despido nulo», en AA.VV.: «La extinción del contrato de trabajo», Madrid, 1992, pág. 76. En este sentido se ha afirmado que «lo más correcto es señalar que, en estos casos, se produce una «aligeración» en la carga de la prueba del actor, que cuando alega la existencia de un fundamento vulnerador de los derechos fundamentales, presente en la raíz de su despido, no viene obligado a probar íntegramente su aserto, bastándole con acreditar la existencia de indicios de los que se deduzca suficientemente que efectivamente se puede haber producido una violación de derechos fundamentales, y en base a los cuales se presumirá que así efectivamente ha ocurrido, salvo que el empresario destruya tal presunción mediante la acreditación, no ya de la certeza de los hechos alegados en la carta de despido, sino de que la decisión extintiva por él adoptada tiene una justificación objetiva y razonable ajena a todo propósito discriminatorio o atentador a un derecho fundamental» (PEDRAJAS, A.: «Despido y derechos fundamentales», cit., pág. 212). En esta línea de pensamiento, MONEREO PÉREZ, J. L. - MORENO VIDA, M. N.: «Formas y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo», en «Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores», t. II, dir. E. Borrajo Dacruz, Madrid, 1994, págs. 352 y sigs.

<sup>14</sup> «Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado».

<sup>15</sup> «Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

En todos los casos en que se alegue violación de derechos fundamentales del trabajador entran en juego reglas especiales sobre la carga de la prueba. Se hace notar que lo consagrado en los arts. 96 y 179.2 LPL<sup>16</sup> no es estrictamente una inversión de la carga de la prueba, toda vez que al trabajador demandante se le impone la prueba de la existencia de «indicios» racionales de discriminación, es decir, se han de reflejar hechos de los que resulte una «presunción o apariencia de discriminación»<sup>17</sup>. Sólo cuando se acreditan tales indicios corresponderá al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido, absolutamente extraño a una conducta lesiva del derecho fundamental, «de modo que pueda estimarse que, aun puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímelmente, en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias, para entender como razonable desde la perspectiva disciplinaria, la decisión empresarial»<sup>18</sup>. No se trata de una inversión de la carga de la prueba, pero sí se va a producir

<sup>16</sup> Según el art. 96 LPL «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de *indicios* de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Por su parte, de conformidad con el art. 179.2 LPL «En el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de *indicios* de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

<sup>17</sup> STS. 24 septiembre 1986 (A/5161).

<sup>18</sup> SSTCo. 114/1989, 38/1981, 47/1985, 104/1987. Vid, con cita de estas sentencias, CRUZ VILLALON, J.: «El régimen jurídico...», op. cit., pág. 77. «No se trata de que para descartar que el despido sea lesivo de derechos fundamentales el acto extintivo ha de ser calificado de procedente; también será posible descartar la existencia de lesión, aun cuando el despido se haya declarado improcedente, si se consigue probar de forma inequívoca la existencia de hechos ciertos que, sin constituir causa legal de justificación del despido, fueron los únicos que indujeron al empresario a adoptar la decisión extintiva». Cfr. GARCIA PERROTE, I.: «Causas del despido nulo», en AA.VV.: «Estudios sobre el despido disciplinario», 2.ª ed., Madrid, 1992, pág. 558.

una modulación de la regla general contenida en el art. 1214 C.c., aunque «corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad» (art. 179.2 LPL). No es suficiente la mera alegación del hecho discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, es además necesario que se aporten indicios racionales sobre el comportamiento empresarial contrario a los derechos fundamentales<sup>19</sup>. La posición del Tribunal Constitucional se alejó desde sus primeros pronunciamientos de la tesis de la inversión de la carga de la prueba y se inclinó por una distribución especial de la carga probatoria<sup>20</sup>. No basta afirmar que se ha producido un despido discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, sino que ha de reflejarse unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación o de lesión en tales derechos. En suma: en estos casos no se produce una auténtica inversión de la carga de la prueba. Esta regla específica sobre la prueba en las reclamaciones sobre nulidad del despido se consagra en el art. 179.2 LPL (en relación con la previsión de ámbito más general contenida en el art. 96 LPL) en el marco de la visión integradora de los grupos normativos formados por los arts. 174 y sigs. y 103 y sigs. LPL, cuando el despido se utiliza como vehículo para la violación de derechos fundamentales del trabajador.

<sup>19</sup> Vid. ALONSO OLEA, M.: «Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución», Madrid, 1982, págs. 182-183.; BLASCO, B.: «El despido nulo en el Derecho del trabajo español», en «III Coloquio...», op. cit., pág. 78.; BORRAJO, E.: «Despido por causa suficiente, real y seria», en «AL», núm. 20 (1992), pág. 1218; ALBIOL MONTESINOS, I.: «Modalidad procesal de la tutela de los derechos de libertad sindical», cit., págs. 1238 y sigs.; VALDES DAL-RE, F.: «La reforma del proceso laboral en la Ley de Bases de Procedimiento Laboral...», op. cit., págs. 20-21.

<sup>20</sup> Así desde la STCo. 21/1982, de 12 mayo, hasta la STCo. 9/1992, de 17 de marzo, dictada ya durante la vigencia de la LPL de 1990. Vid. también STS. 18 junio 1991 (AL. 1991/Ref. 1119).

## II. El carácter complejo del mecanismo probatorio consagrado en el sistema legal (artículos 96 y 179.2 LPL): la textura abierta de la ordenación legal de la carga de la prueba

«El proceso es la verdadera y única ciencia del tiempo perdido que torna práctica la experiencia. En el proceso se opera una doble magia: hacer revivir lo que ya no vive, lo que está ahora gastado, y hacerlo revivir en la conciencia y en el juicio de alguien que estuvo totalmente ausente y fue extraño a la experiencia que debe resurgir»

CAPOGRASSI<sup>21</sup>

¿Cómo calificar desde el punto de vista técnico-jurídico el mecanismo de prueba inserto en los arts. 96 y 179.2 LPL, sobre todo ante la ambigua referencia terminológica a la «inversión de la carga de la prueba» en las más recientes sentencias del Tribunal Constitucional?<sup>22</sup>. Son éstas normas positivas que en este cuestión adquieren por razones obvias un papel central y que permite

<sup>21</sup> CAPOGRASSI, G.: «Giustizia, processo, scienza, verità», en «Riv.dir.proc.», 1950, págs. 1 y sigs., recogido también «Opere», t. V, Milano, 1959, págs. 53 y sigs.

<sup>22</sup> Así las SSTCo. 266/1993, de 20 de septiembre, Fj. 2.º y 3.º, 180/1994, de 20 junio, Fj. 4.º, que hacen referencia a la existencia de indicios «como condición para que pueda operar la regla de la inversión de la carga de la prueba». Adviértase, sin embargo, que es plausible que el Tribunal Constitucional utilice la expresión «inversión de la carga de la prueba» en sentido muy amplio (y con cierta imprecisión técnica), para hacer referencia a todos aquellos casos en los que existe un norma que instituye una distribución de la carga probatoria *distinta o especial* a la regla general consagrada en el art.1214 C.c.

«objetivizar» el interesante debate doctrinal sobre la carga de la prueba de la discriminación o lesión de los derechos fundamentales del trabajador por actuaciones unilaterales del empresario. En dichos preceptos se recoge la doctrina evolucionada del TC, en el sentido de no imponer una inversión de la carga de la prueba propiamente dicha (como sí parecería deducirse, quiérase o no, de la doctrina que inicialmente se contenía en la famosa STCo. 38/1981, de 23 de noviembre<sup>23</sup>) en los casos en que se alegue discrimina-

<sup>23</sup> Cfr. PALOMEQUE LOPEZ, M. C.: «Despidos discriminatorios y libertad sindical», Madrid, 1983, págs. 80 y sigs.; PRADOS DE REYES, F.: «Garantías de los representantes de los trabajadores frente a decisiones discriminatorias del empresario», en AA.VV.: «II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo», Madrid, 1985, págs. 835 y sigs. Todavía en recientes sentencias del Tribunal Constitucional se filtra esta concepción originaria, haciéndose referencia a «la inversión de la carga de la prueba en los supuestos de despido en el que se alega el carácter lesivo a los derechos fundamentales» (STCo. 180/1994, de 20 junio, Fj. 4.º. Ponente: José Gabaldón López). Más luego esta afirmación no se corresponde bien con la mecánica probatoria diseñada en la propia sentencia: «para imponer esta carga probatoria al empresario no basta la simple alegación por parte del trabajador, sino que ha de comprobarse la existencia de *indicios* de que la causa atentatoria a un derecho fundamental se hubiera producido (SSTC 135/1990, 21/1992 y 266/1993); y a ello se refieren, precisamente, los arts. 96 y 179.2 LPL, que precisan que de lo alegado por la parte actora se ha de deducir la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo y por motivos sindicales» (Fj. 2.º).

Elementos de imprecisión —o contradicción— en el discurso se aprecian también en la STCo. 266/1993, de 20 de septiembre, que alude a la existencia de indicios «como condición para que pueda operar la regla de inversión de la carga de la prueba» (Fj. 2.º), pero indicando al propio tiempo que «para imponer la carga probatoria expresada, no es suficiente la mera afirmación de la existencia de una causa atentatoria contra derechos fundamentales, sino que ha de comprobarse la existencia de indicios de que se ha producido una violación de un derecho de tal naturaleza» (Fj. 2.º). Y todavía más: se hace notar que «el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa en torno a los indicios de que ha existido discriminación, indicios que conforme a la doctrina del Tribunal (SSTC 38/1991 y 135/1990) son presupuesto obligado de la inversión de la carga probatoria. Sin embargo, el trabajador nunca fue excesivamente preciso a la hora

ción o lesión de derechos fundamentales del trabajador. Hecha esta constatación se debe precisar que el término «indicio» utilizado por la norma puede tener un valor jurídico-probatorio diverso, porque en algunos casos puede constituir la afirmación base de una presunción estricta, pero en otros constituirá únicamente un principio de prueba, una prueba «semiplena» que ha de ser acreditada, y que engendra inicialmente en el juez no una certeza, sino una simple posibilidad de existencia del hecho en cuestión<sup>24</sup>.

de alegar las actividades que según su tesis fueron determinantes de la actuación de represalia cuya existencia denuncia. Esta omisión de la *carga del actor de acreditar* la concurrencia de indicios acreditativos del supuesto de despido radicalmente nulo motivó la desestimación implícita de su pretensión principal en la Sentencia de instancia...» (Fj. 3.º). Es así que se exige al demandante-trabajador que aporte indicios para que se produzca la que el Alto Tribunal llama «inversión de la carga de la prueba». Esta construcción no se corresponde desde el punto de vista técnico jurídico con la categoría jurídica conocida como «inversión de la carga de la prueba», remite más bien a una matiza técnica probatoria: la llamada prueba de presunciones o prueba indiciaria.

Puede ser difícil precisar si se trata de un problema meramente terminológico o que este traduzca un verdadero problema de fondo. Lo que parece evidente es que esta promiscuidad de lenguaje no favorece en absoluto a la comprensión de la mecánica probatoria en cuestión.

<sup>24</sup> Vid. CARNELUTTI, F.: «La prueba civil», trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo, 2.ª ed., Buenos Aires, 1982, págs. 191 a 195; CONIGLIO: «Le presunzione nel Processo Civile», Roma, 1928, págs. 20 y sigs.; FENECH NAVARRO, M. - CARRERAS LLANSANA, J.: «Estudios de derecho procesal», Barcelona, 1972, págs. 335 y sigs. Se ha criticado la posición de CONIGLIO y CARNELUTTI «considerando que cuando un indicio no tiene por sí solo fuerza suficiente para originar una presunción y no puede además ser reforzado jurídicamente con otros indicios, carece de relevancia a efectos probatorios y no puede ser apreciado ni tan siquiera como principio de prueba» (SERRA DOMINGUEZ, M.: Voz «Indicios», en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», t. XII, Barcelona, 1977, pág. 349).

El principio de prueba consiste en la «aportación de algún elemento que sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos normalmente constitutivos del derecho, induce a una creencia racional de su certeza, sin que por ello quede prejuzgada la cuestión del fondo del litigio». Cfr. BURGOS LADRON DE GUEVARA, J.: «El principio de prueba en el proceso civil español», Madrid, 1989, pág.

Pero si en un principio es suficiente la «apariencia», probabilidad o verosimilitud, que traduce una prueba semiplena, en la sentencia de fondo será precisa ya la prueba de los hechos, en el sentido de que estos han de ser considerados probados para condenar. No parece lógico que en tal caso deba excluirse la aplicación del sistema normativo (artículos 96 y 179.2 LPL), con base a una interpretación rigorista del concepto de «indicio»<sup>25</sup>, el cual, por otra

21. Para GUASP (GUASP, J.: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», Madrid, 1948, t. I, pág. 344) es «todo aquel elemento que, sin servir de una manera plena para formar la convicción del Juez sobre la existencia de determinados acaecimientos jurídicos alegados como fundamento de una pretensión, induce a una creencia racional de su certeza». Para BURGOS LADRON DE GUEVARA, la valoración del principio de prueba en los supuestos de la actividad alegatoria acontece en los preliminares de la litis, mientras que en la actividad probatoria tiene lugar dentro del desarrollo mismo del litigio en cuestión (p. 243). El principio de prueba, como estadio intermedio entre el juicio de probabilidad de los hechos y los juicios de certeza por el Juez, debe ser valorado como una prueba razonada. Por otra parte, el criterio que debe imperar a la hora de valorar el principio de prueba es el de la sana crítica, ya que representa, al igual que el principio de prueba, un sistema intermedio entre la prueba legal o estrictamente tasada y el de la prueba libre. Sin las pruebas desempeñan un papel básico en la formación de la convicción del Juez, el principio de prueba contribuye a formar la primera convicción del Juez (p. 245).

25 Para la noción jurídica de «indicio» como prueba indirecta que puede convertirse o no en presunción, consúltase SERRA DOMINGUEZ, M.: Voz «Indicios», en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», t. XII, Barcelona, 1977, págs. 347 a 353. Subraya el autor que «el indicio puede ser equivalente al hecho base de la presunción o afirmación base, y puede al mismo tiempo ser objeto de la llamada prueba por indicios o prueba circunstancial. La diferencia entre ambas acepciones es mínima, ya que incluso la prueba por indicios se resuelve en definitiva en una presunción judicial» (Ib., pág. 347; Id.: «Normas de presunción», Barcelona, 1963, pág. 28). En cuanto a su relación con la presunción, cabe hacer notar que no existen otras diferencias entre presunción e indicio que las resultantes de integrar momentos distintos de un mismo juicio. Mientras el indicio es el elemento inicial de que parte la presunción, ésta es la actividad intelectual del juzgador que, partiendo del indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero causal o lógicamente» (Voz «Indicios», cit., pág. 349). El indicio es así técnicamente el hecho base de una presunción, por lo que el indicio queda reducido al hecho base (Voz «Indicios», cit., pág. 350). La llamada

parte, no es definido ni acotado por la referida ordenación legal, constituyendo un elemento cuyo alcance en materia de prueba debe ser objeto de valoración por el juzgador<sup>26</sup>. Dado nada irrelevante es la misma indicación normativa de la Base XIX.4 de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral, en mérito de la cual «En aquellos procesos en los que el demandante alegue discriminación por razón de sexo, corresponderá siempre al demandado la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, a través de los medios de prueba que considere convenientes». Es de significar que a diferencia del sistema de la LPL no se hacía una mención explícita al término «indicio». Sin embargo, lo normal es que en el indicio (o los indicios) —término que sí es utilizado expresamente por la normativa de la LPL— se dé el esquema lógico de la presunción<sup>27</sup>, en cuyo caso el indicio trata de suministrar los elementos iniciales de prueba que permitan al juez presumir la realidad de los hechos discutidos. Es por ello que el mecanismo preordenado en la referida normativa se resuelva en el reclamo de la técnica de la presunción judicial propiamente dicha, contribuyendo a formar la convicción del juzgador, pero sin que ello comporte una desatención a una posible consideración de un princi-

prueba de indicios se resuelve en una presunción, teniendo en cuenta que la valoración de la prueba queda reservada al libre criterio del juzgador, que es libre para apreciar el valor probatorio de los indicios. En realidad, en sentido amplio —y desde el punto de vista técnico-jurídico—, el «indicio» es un hecho (o constelación de hechos) del cual el juez deduce, mediante la regla de experiencia, el hecho a probar. Vid. CARNELUTTI, F.: «La prueba civil», cit., pág. 202.

26 Para J. BURGOS LADRON DE GUEVARA («El principio de prueba en el proceso civil español», Madrid, 1989, pág. 23) «Habrá principio de prueba por escrito cuando existan escritos que sin formar plena prueba dan indicios o conjeturas probables. Con el principio de prueba se consigue una verdad interina que puede surgir de una simple valoración de verosimilitud».

27 Un análisis de ese esquema en PERELMAN, CH.: «Présomptions et fiction en droit. Essai de synthèse», en AA.VV.: «Les présomptions et les fictions en droit», Bruxelles, 1974, págs. 340 y sigs.

pio de prueba. Una tal interpretación se ajusta a la razón de ser de los preceptos considerados, que no es otra aquí que la de contribuir a una tutela efectiva de los derechos fundamentales del trabajador, en situaciones o circunstancias donde es difícil la prueba del hecho lesivo del derecho vulnerado. En suma, es también esta una interpretación más favorable a la tutela de aquellos derechos sociales que tienen el máximo rango constitucional. En rigor la «ratio legis» de la normativa examinada se debe traducir como otorgamiento de una amplia variedad de mecanismo de prueba aptos para conseguir el objetivo principal de facilitar la actividad probatoria de la parte que tiene más dificultades para ello. Dicho en otras palabras, se trata de *conceder una posición de ventaja* en consideración a las dificultades reales de prueba (principio de realidad) y a los valores fundamentales en juego. La meta de la mecánica probatoria ex artículos 96 y 179.2 LPL es la de garantizar una amplia protección del trabajador ante posibles o probables (presuntas o supuestas) conductas empresariales discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales por medio del, si así se quiere, «artificio» jurídico de la *facilitación* de la carga de la prueba, permitiendo el reclamo de distintas técnicas encaminadas para lograrlo, que abre paso a una mecánica argumentación racional, con vistas a proporcionar una aportación cognoscitiva al juez que ha de resolver el problema práctico planteado. Aquí el juez utilizará de ordinario un discurso eminentemente práctico-jurídico guiado por reglas de sana crítica<sup>28</sup>. El juez ostenta aquí un cierto margen «prudente» de apreciación y valoración derivado de la textura abierta de la norma atendiendo tanto a problemas lingüísticos como regulativos. La decisión judicial estará fundada si se adopta prudentemente (y en atención a la consistencia del razonamiento) dentro del margen de apreciación que permite la

<sup>28</sup> Para la tesis subyacente a este planteamiento de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, consúltese ALEXY, R.: «Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica», trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, 1989, págs. 34 y sigs., y 206 y sigs.

técnica abierta de la normativa: la fórmula legal admite una gran «elasticidad» (plasticidad) hermenéutica, debido a la ambigüedad calculada querida por el propio legislador al punto de hacer posible la operatividad de ese margen de apreciación y valoración del hecho base o elemento de prueba.

Esta técnica normativa flexible para afrontar la necesaria garantía de una mayor efectividad de las medidas adoptadas por los Estados es análoga a la prevista en la Propuesta de Directiva del Consejo COM(88) 269 Final, de 24 de mayo de 1988, relativa a la carga de la prueba en el ámbito de la igualdad de retribución y trabajo entre hombres y mujeres. En efecto, en el art. 3 de la misma se establece una disposición *específica* en materia de carga de la prueba, a cuyo tenor

«1. Los Estados miembros velarán porque, siempre que una persona que se considere perjudicada por la aplicación, con respecto a ella, del principio de igualdad establezca, en cualquier fase del procedimiento ante un órgano competente, según proceda, una *presunción* de discriminación, sea el demandado el que tenga que demostrar que no ha habido violación del principio de igualdad. El demandante gozará del beneficio de la duda.

«2. La *presunción* de discriminación se establecerá cuando el demandante exponga un hecho o una serie de hechos que, de no rebatirse, permiten suponer la existencia de una discriminación directa o indirecta»<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> En el párrafo 3.º del art. 3 de esta Propuesta de Directiva se añade a continuación que «La presente Directiva se entiende sin perjuicio del derecho de los Estados miembros de imponer la carga de la prueba al demandado». Es de significar el carácter genérico e impreciso con que se utiliza el término «presunción»; una utilización ambigua que es deliberada y que está encaminada a facilitar la prueba del hecho discriminatorio a través de una multiplicidad de mecanismos probatorios, más allá de la más estricta técnica consistente en la llamada prueba de presunciones.

El alcance de dicho precepto comunitario (art.3º de la Propuesta de Directiva) es, en efecto, de tal amplitud como para acoger el «principio de prueba» o la llamada «prueba *prima facie*» (*Anscheinsbeweis*) o «prueba de primera vista», ya prevista en el Derecho germano (art.611-bis BGB). Véase, en este sentido, VALLEBONA, A.: «L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro», en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», núm.3 (1992), pág.813; TARUFFO, M.: «Presunzioni, inversioni, prova del

Como se ve se recoge la técnica genérica de la presunción, pero se flexibiliza la carga que compete al demandante trabajador, toda vez que solamente la presunción de discriminación se establecerá cuando el demandante *exponga* un hecho o una serie de hechos que, de no rebatirse, permiten suponer la existencia de una discriminación directa o indirecta. La no utilización expresa del término «indicio» facilita claramente una interpretación flexibilizadora como la aquí propuesta. Es de destacar que en el cuadro de este esquema lógico los jueces *pueden por sí mismos formar su convicción sobre un hecho si lo consideran suficiente para constituir un elemento de prueba relevante*. Agrégese, por lo demás, que se exige que los hechos base sean rebatidos para que la «presunción» no prospere.

Esta propuesta de Directiva persigue la modificación de las reglas relativas a la carga de la prueba mejorando la posición jurídico-procesal del actor, garantizando, pues, que quien se considere lesionado por la inaplicación del principio de igualdad pueda exponer ante la autoridad pública competente «los hechos que permitan considerar como probable la existencia de una discriminación directa o indirecta correspondiendo a la parte demandada probar la existencia de razones objetivas, no ligadas al sexo, justificativas de la diferencia de trato denunciada, previéndose la posibilidad de no aplicar la modificación que se propone de invertir la carga de la prueba en los procedimientos en los que la obligación de la instrucción de los hechos incumbe a un órgano jurisdiccional o de la administración»<sup>30</sup>.

fatto», en la misma revista, págs. 738 a 747. Para el enfoque clásico sobre la «prueba *prima facie*», véase ROSENBERG, L.: «La carga de la prueba», trad. E. Krotoschin, Buenos Aires, 1956, págs. 172 y sigs.; MICHELI, G. A.: «La carga de la prueba», trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, págs. 204-205. Para la distinción —a veces difusa— entre el principio de prueba con la figura afín denominada «prueba primaria o *prima facie*», véase BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: «El principio de prueba en el proceso civil español», Madrid, 1989, págs. 56 y sigs.

<sup>30</sup> Cfr. COLINA ROBLEDÓ, M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.; SALA FRANCO, T.: «Derecho social comunitario», 2.ª ed., Valencia, 1995, pág. 379.

Se ha dudado, con razón, de que los artículos 96 y 179.2 LPL se refieran exclusivamente, en sentido técnico y estricto, a la prueba de presunciones. Podría pensarse que el sistema normativo de la LPL no se inclina por «un modelo determinado de distribución de la carga de la prueba cuando se alegue discriminación» o lesión del derecho fundamental. No se puede entender que los artículos 96 y 179.2 LPL traten de reducir toda la problemática de la prueba de la discriminación o lesión del derecho fundamental al simple juego de la prueba de presunciones, porque, a pesar de la utilización del término «indicio», la tendencia de la doctrina del Tribunal Constitucional apunta más bien a la búsqueda del «alivio» o «facilitación» de la carga de la prueba del hecho lesivo. En realidad, el vocablo «indicios» que emplea el legislador no deben entenderse en una acepción restrictiva y en el sentido más técnico de la palabra, sino en el sentido de política legislativa tendente a «propiciar la convicción judicial sobre la mera probabilidad de que exista un «clima discriminatorio», lo que no requiere necesariamente prueba efectiva por parte del actor»<sup>31</sup>. Ello supone que para entender cumplimentado el requisito de aportación o acreditamiento de «indicios», el acto no tendrá porqué recurrir necesariamente a la llamada prueba de presunciones. De manera que el objeto de la actividad probatoria que ha de asumir el demandado no es determinable *a priori*<sup>32</sup>. Es obvio que será perti-

<sup>31</sup> Cfr. BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J.; FERNÁNDEZ, M. F.: «Instituciones de Derecho Procesal Laboral», cit., pág. 171. En el mismo sentido, la sugerente obra de GARCÍA-PERROTE, I.: «La prueba en el proceso de trabajo», Madrid, 1994, pág. 209. Ya es clásico el criterio de ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE respecto a la necesidad «no de la mera alegación o afirmación de que se ha sido discriminado, sino de una panorámica discriminatorio, o de la prueba de hechos de los que se desprenda sospecha vehemente o, al menos, indicio racional de violación...» («Derecho del Trabajo», 14.ª ed., Madrid, 1995, pág. 419, por citar la última edición). Se recoge este criterio de existencia de un contexto o clima discriminatorio en SSTs. 12 septiembre 1990 (A/6999) y 18 junio 1991 (A/5151).

<sup>32</sup> Cfr. GARCÍA-PERROTE, I.: «La prueba en el proceso de trabajo», cit., pág. 211; BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J.; FERNÁNDEZ, M. F.: «Instituciones de Derecho Procesal Laboral», cit., pág. 172.

nente también el reclamo a la prueba de presunciones, aunque no parece que los artículos 96 y 179.2 tengan que ser interpretados en el sentido de consagrar rígidamente el esquema de las prueba de presunciones<sup>33</sup>. Pero la lectura hermenéutica de dicho grupo normativo tampoco deberá entenderse como limitada a corporeizar *exclusivamente* la técnica específica del «principio de prueba». Tales preceptos —no obstante la utilización del término «indicios»— tratan ante todo de facilitar la prueba al actor, al quedar acreditados elementos de prueba que contribuyan a crear en el juzgador el convencimiento sobre la probable («probabilidad») existencia de un hecho, o incluso sólo de posibilidad; es decir, mediante ellas se permite al juez un juicio no de certeza<sup>34</sup>. Tanto en el plano del Derecho constituido como en el de la política legislativa la normativa examinada atiende a la situación jurídica de las dos partes frente al hecho y se trata de facilitar la prueba a aquella parte que se halle en condiciones más desfavorables para aportarla y correlativamente reacciona estimulando la prueba sobre la parte que pueda aportar una contribución más útil a la convicción del juez<sup>35</sup>. Esta regla especial sobre la distribución de la carga de la prueba pretende hacer frente a las dificultades concretas para probar en una aplicación estricta del artículo 1214 C.c.

El requisito de aportación de indicios que grava sobre el demandante-trabajador queda suavizado evitando un exceso de rigor que entre en contradicción con la «ratio» de la ordenación normativa y prive de efectividad al sistema de tutela de los derechos fundamentales del trabajador frente al despido ilegítimo<sup>36</sup>:

<sup>33</sup> En este sentido, GARCIA PERROTE, I.: «La prueba en el proceso de trabajo», cit., pág. 210; BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALON, J.; FERNANDEZ, M. F.: «Instituciones de Derecho Procesal Laboral», cit., pág. 171.

<sup>34</sup> En este sentido, CARNELUTTI, F.: «Sistema de Derecho Procesal Civil», t. II, cit., pág. 443.

<sup>35</sup> Véase, en términos generales, CARNELUTTI, F.: «Sistema de Derecho Procesal Civil», t. II, cit., pág. 95.

<sup>36</sup> Evitando caer en el rigorismo formalista —que se atenga sólo a la estructura formal y desconozca la función de la norma—, se ha subrayado que en la

el mecanismo probatorio que parecen acoger tales preceptos no es necesariamente el de la llamada prueba de presunciones. El mecanismo de la prueba se modula y flexibiliza, para que sin liberar de toda prueba al trabajador sea suficiente la aportación de elementos de prueba que permitan crear una duda razonable sobre la probable existencia de una situación discriminatoria o lesiva del derecho fundamental. Ahora bien: parece que en el esquema normativo no bastará sin más la simple alegación procesal por parte del trabajador para que se integre el mecanismo probatorio previsto en el sistema normativo<sup>37</sup>. Ha de quedar acreditada de

---

práctica jurídica «en las presunciones, ocurre a menudo que la deducción que se puede derivar de ella no es segura, de manera que las mismas sirven para establecer más bien con *probabilidad* que con *certeza* la existencia o inexistencia de los hechos a probar. De ahí el modo general de pensar, según el cual la diferencia entre pruebas y presunciones guarda relación precisamente con la certeza o la probabilidad que de ellas pueda derivarse, y por tanto la presunción es una especie de prueba menos segura; así a menudo presunción se confunde con principio de prueba (...). No hay dificultad para admitir que ésta sea, en la práctica, la regla y por eso que, generalmente, presunción y principio de prueba o indicio sean equivalentes; pero lógicamente no existe equivalencia; y se dan, además, presunciones que proporcionan la absoluta certeza del hecho a probar...». Cfr. CARNELUTTI, F.: «Sistema de Derecho civil», cit., pág. 442. Pone de manifiesto también CARNELUTTI que «puede ocurrir que la inspección y la valoración permitan al verificador un juicio seguro o, por el contrario, tan sólo un juicio incierto, es decir un juicio no de *certeza*, sino de *probabilidad*, o incluso sólo de *posibilidad*. En el primer caso, se habla de prueba *plena* (en el sentido positivo o negativo, es decir, de la verdad o de la mentira de la afirmación); en el segundo, de *prueba menos plena* o *principio de prueba...* *Al principio de prueba se da también el nombre de indicio*» (Ib., pág. 443). Por otra parte, la eficacia parcial para establecer la verdad de la afirmación «puede ser de diversa intensidad, en el sentido de que la prueba parcial se aproxime más a la prueba plena o a la no plena; en la terminología de la ley hay dos palabras que sirven para indicar este más o este menos: entre *principio de prueba e indicio* la diferencia se puede establecer solamente en el sentido de que el indicio es una prueba semiplena menos eficaz que el principio de prueba (véase art. 1338 CC)» (Ib., págs. 471-472).

<sup>37</sup> Vid. SSTCo. 135/1990, 21/1992, 266/1993 y 180/1994. Véase, en este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I.; ALFONSO MELLADO, C. L.; BLASCO

algún modo la existencia de «indicios» (en sentido amplio) que, al menos, hagan probable la existencia de una situación o conducta discriminatoria.

De este modo, el grupo normativo formado por los artículos 96 y 179.2 LPL adquiere una marcada «textura abierta», siendo reglas de Derecho dotadas de un deliberado halo de vaguedad y ambigüedad en cuanto a la relativa indefinición de la técnica probatoria instituida<sup>38</sup>, lo que, por lo demás, le permite cumplir mejor su misión en el orden jurídico en que se inserta. En este caso se podría decir, por utilizar las palabras de HART<sup>39</sup>, que en tales preceptos quedaría reflejada la necesidad de política legislativa «de dejar abiertos para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que solo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto». Es la clásica tensión entre la certeza del Derecho y la relativa incertidumbre y textura abierta del lenguaje jurídico y de la técnica regulativa que precisa de una ulterior determinación e interpretación. Todo sistema normativo abierto constituye un llamamiento a la actividad intelectual del juez del caso.

Esta fisonomía del mecanismo probatorio no pretende tanto —o no sólo— impedir que se presenten demandas totalmente infundadas, como ante todo propiciar una garantía del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) respecto a los derechos fundamentales ante la dificultad de la prueba del hecho lesivo. Desde esta perspectiva los artículos 96 y 179.2 LPL integran una normativa «elástica» o «abierta» por lo que atiende a la mecánica probatoria. El legislador es aquí consciente de los lími-

PELLICER, A.; GOERLICH PESET, J. M.: «Derecho Procesal Laboral», Valencia, 1996, pág. 257.

<sup>38</sup> Sobre la noción de normas abiertas y de «sistema jurídico abierto», véase LEVI, E. H.: «Introducción al razonamiento jurídico», trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, 1964. Sobre la textura abierta del Derecho y su carácter de «sistema abierto», desde una perspectiva más general que la utilizada en el texto, véase HART, H. L. A.: «El concepto de Derecho», 2.<sup>a</sup> ed., trad. G. Carrió, México, 1980, págs. 153 y 155 y sigs.

<sup>39</sup> HART, H. L. A.: «El concepto de Derecho», cit., pág. 162.

tes realmente existentes para la prueba de la discriminación o lesión del derecho fundamental, dejando por ello amplias facultades al juez para la resolución del caso en términos jurídicos, pero atendiendo también a la «lógica social»<sup>40</sup> de la acción o hecho social material constitutivamente relevante desde el punto de vista de la aplicación judicial. Con todo, la práctica judicial evidencia el carácter «razonable» del Derecho en acción.

Sin embargo, no será suficiente la mera alegación (es obvio que la alegación «per se» no es prueba), será necesario aportar indicios o elementos iniciales de prueba que puedan estimarse como «presunción» o «principio de prueba» suficiente. Hasta tal punto es así, que podrá ser rechazada la pretensión por la no presentación con la misma de esos indicios o principio de prueba (indicios y principio de prueba que aparecen, pues, a modo de «conditio iuris» de viabilidad procesal de la pretensión).

En definitiva, el regulado en los artículos 96 y 179.2 LPL es un *modelo abierto* de distribución de la carga de la prueba. La técnica de regulación presenta, en el cuadro actual de la tutela de los derechos fundamentales, una fenomenología compleja y articulada, no fácilmente reconducible a los esquemas diseñados por la doctrina procesal civil tradicional de la carga de prueba respecto a singulares técnicas probatorias. La técnica regulativa de la referida normativa no debe ser objeto de una simplificación analítica, en cuanto que pretendidamente limitada a comprender una sólo técnica específica de distribución de la carga probatoria. El trabajador actor «se beneficia» de distintos mecanismos probatorios en base a la deliberada ambigüedad de la formulación del presupuesto objetivo requerido por la norma para facilitar la distribución de la carga de la prueba: el «indicio» como término jurídico capaz de adquirir significados muy diversos (señaladamente como supuesto base lógico de una presunción judicial o como elemento inicial de prueba del llamado «principio de prueba»). El presupuesto objetivo de la normativa contenida en los

<sup>40</sup> Sobre el tema, puede consultarse NATOLI, S.: «La logica delle azioni. Senso, regole, valori», en «Filosofia Política» (1991), págs. 399 y sigs.

artículos 96 y 179.2 LPL remite a la existencia de elementos cognoscitivos idóneos para hacer que la hipótesis de una conducta lesiva del derecho fundamental sea considerada atendible. La *ratio* de la normativa del mecanismo de prueba predispuesto se residencia en *falicit*ar la posición probatoria (aligerar la carga probatoria) del trabajador actor (en consideración a una pluralidad de razones interrelacionadas de política jurídica: la realización de intereses generales de justiciabilidad de los derechos fundamentales —garantía de justicia—; afrontar el problema práctico consistente en las dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o contrario al derecho fundamental —«debilidad» de la posición probatoria del trabajador—; motivos por los cuales se establecen reglas especiales de distribución de la prueba en favor de la posición subjetiva procesal del trabajador), «agravando» simétricamente la del empresario demandado, a quien se imputa la carga de probar lo contrario si quiere evitar ser condenado. Esta textura abierta (en esto reside el carácter peculiar del sistema probatorio introducido por el grupo normativo de referencia) explica la dificultad de encuadramiento sistemático de la categoría en el cuadro conceptual del instituto de la carga de la prueba.

El fundamento jurídico de ese carácter abierto no es otro que la cristalización de una precisa opción de política jurídica encaminada a *facilitar* la prueba al trabajador (como reforzamiento de la tutela de los derechos fundamentales del trabajador) ante un «estado de cosas» que hace probable o verosímil la existencia de una conducta empresarial discriminatoria o lesiva de su derecho fundamental. El legislador ha realizado —a través de la textura abierta de la técnica normativa utilizada— una previa valoración abstracta de los bienes jurídicos e intereses implicados, y reclama al juez una particular atención respecto a la contemplación en el caso, con un amplio margen de «discrecionalidad», de las alegaciones de hechos de las partes y su valoración.

Pero toda ésta problemática del sistema complejo de prueba instituido merece un tratamiento algo más detenido.

### III. «El principio de prueba» como técnica específica de «facilitación» de la carga de la prueba admisible en el sistema procesal laboral

El principio de prueba —asentado fundamentalmente en nuestro país en virtud de una dilatada doctrina jurisprudencial, aunque encuentra positivaciones relevantes en el sistema positivo (v.gr., art. 127 C.c.)— ha sido definido como «todo aquel elemento que, sin servir de una manera plena para formar la convicción del Juez sobre la existencia de determinados acaecimientos jurídicos alegados como fundamento de una pretensión, induce a una creencia racional de su certeza»<sup>41</sup>. A través de este elemento probatorio no se proporciona la plena convicción, sino cierto grado de verosimilitud, no una certeza<sup>42</sup>. De tal manera que se podría decir, gráfi-

41 Cfr. GUASP DELGADO, J.: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», Madrid, 1948, t. I, pág. 344. BURGOS LADRON DE GUEVARA lo define como la «aportación de algún elemento que sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos normalmente constitutivos del derecho, induce a una creencia racional de su certeza, sin que por ello quede prejuzgada la cuestión de fondo del litigio». Cfr. BURGOS LADRON DE GUEVARA, J.: «El principio de prueba en el proceso civil Español», Madrid, 1989, pág. 21. Para MENENDEZ PIDAL («Elementos de Derecho Procesal Civil», Madrid, 1937, pág. 351) el principio de prueba es «el hecho o conjunto» de hechos que sin ser enteramente probatorios son suficientes para que el Juez no se incline a rechazar las afirmaciones de la parte». Cit., por BURGOS LADRON DE GUEVARA, J.: «El principio de prueba en el proceso civil Español», Madrid, 1989, pág. 15. Sobre el principio de prueba, aunque con referencia al supuesto de positivación recogido en el art. 127 C.c., véase RIVERO HERNANDEZ, F.: «Comentarios al art. 127», en AA.VV.: «Comentario del Código Civil», t. I, Madrid, 1993, págs. 483-484.

42 Véase también CARNELUTTI, F.: «Sistema de Derecho Procesal Civil», trad. N. Alcalá Zamora y Castillo y S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944, págs. 442-443), quien subraya que estamos ante el principio de prueba cuando la valoración permita al verificador tan sólo un juicio incierto, es decir

camente, que el «juicio de verosimilitud» tiene carácter *instrumental*, en contraposición al «juicio de verdad», que tiene carácter *final*, y versa acerca de los resultados de las pruebas. El primero es emitido no tanto sobre el hecho como sobre la *afirmación del hecho*, es decir, respecto de la alegación (*positio*) del hecho. El juicio de verosimilitud atañe al momento de alegación de los hechos e influye sobre la fijación del «*thema probandum*» (Piero Calamandrei). Así la carga de la prueba puede ser modificada por la verosimilitud de un hecho afirmado por el actor, a base de criterios de experiencia común tomados en consideración en el proceso de formación de la convicción del juez. Contemplado el grupo normativo de referencia (en atención al carácter abierto del modelo regulativo), por así decirlo, desde el punto de vista del «principio de prueba», la facilitación o «aligeramiento» de la carga de la prueba (lo que entraña una suerte de «reducción» judicial de las exigencias de prueba de los hechos duducibles de la regla general sobre distribución de la carga) se fundaría en la preliminar adquisición en juicio de elementos de hecho idóneos (constelación típica de elementos de hecho) para constituir el principio de prueba de la discriminación o acto lesivo del derecho fundamental. Ello describe un modelo procesal de distribución de la carga de la prueba caracterizado en su lógica interior por la preliminar valoración libre, por parte del juez del caso, de las circunstancias o serie de hechos (que operan como elementos de convic-

un juicio no de certeza, sino de probabilidad, o incluso de posibilidad (Ib., pág. 443). Entiéndase por *verosímil lo que tiene apariencia de ser verdadero*; es decir, que de la experiencia se infiere que el hecho en cuestión se presenta con la apariencia de verdadero. En este sentido, se puede decir que afirmar que un hecho es verosímil, está más próximo a reconocerlo verdadero que quien se limita a decir que es posible. Y decir que un hecho es probable, está todavía más avanzado que quien dice que es verosímil, ya que va más allá de la apariencia, y comienza a admitir que hay argumentos para hacer creer que a la apariencia corresponda la realidad. Vid. CALAMANDREI, P.: «Verdad y verosimilitud en el proceso», en «Derecho Procesal Civil (III). Estudios sobre el Proceso Civil», trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, págs. 324-325.

ción mínimos) que pueden determinar «ad hoc» una modificación judicial de carácter instrumental de las reglas generales para lograr el fin de una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales. Es así un elemento de prueba del valor meramente provisional y no prejuzgador de la eficacia definitiva de la sentencia<sup>43</sup>, que conduce a una reducción inicial de la prueba; «...es una semiprueba, una prueba degradada que, no obstante, produce efectos dentro del proceso...»<sup>44</sup>. Como ha señalado la jurisprudencia mediante el principio de prueba —que es una prueba semiplena y, por tanto, descansa sobre la probabilidad o verosimilitud del hecho en cuestión— se consigue exclusivamente una verdad interina, la cual puede proceder de una mera valoración de verosimilitud (cfr. STS. 3 octubre de 1945 A/1031; 3 febrero 1970 A/530; 23 febrero 1972 A/922; 29 noviembre 1975 A/4316). Se trata, pues, de un procedimiento de la prueba más elástico y flexible que otros mecanismos probatorios, que generan una primera convicción en el Juez. El sistema más acertado para la valoración del principio de prueba —como estadio intermedio entre el juicio de probabilidad de los hechos y los juicios de certeza por el Juez— es el de la sana crítica o prueba razonada<sup>45</sup>. El criterio de la vero-

<sup>43</sup> Vid. BURGOS LADRON DE GUEVARA, J.: «El principio de prueba en el proceso civil Español», Madrid, 1989, pág. 21.

<sup>44</sup> BURGOS LADRON DE GUEVARA, J.: «El principio de prueba...», op. cit., pág. 32, el cual señala que incluso «simples alegaciones procesales bastan para proporcionar al órgano jurisdiccional, el instrumento que se necesita, para resolver sumariamente la cuestión procesal que se plantea» (Ib., pág. 34). Como indica el autor la existencia del principio de prueba requiere (a) un elemento probatorio que no produzca prueba plena, que es lo que hay que acreditar o debe estar acreditado; (b) la inducción a una creencia racional, verosimilitud, y el no prejuzgamiento de la cuestión de fondo; (c) de aquí deriva la pertinencia del elemento probatorio, es decir, su adecuación con los hechos que por su medio han de acreditarse (relación jurídica con el hecho a probar; una relación clara entre el hecho establecido por el principio de prueba y aquel que se ha de probar en el momento procesal oportuno) (Ib., págs. 90 y sigs.).

<sup>45</sup> Vid. BURGOS LADRON DE GUEVARA, J.: «El principio de prueba en el proceso civil Español», Madrid, 1989, pág. 245. Véase también CARRE-

similitud permite atenuar la rigidez de las reglas legales de distribución de la carga de la prueba, porque el principio de prueba solamente trata de hacer un hecho o hechos verosímiles asumiendo el juez el papel de concretar en el caso las máximas de experiencia. El principio de prueba es un elemento inicial de prueba que no confiere «per se» plena certeza al hecho a probar. De ahí que se pueda considerar al elemento inicial de la verosimilitud como presupuesto de este mecanismo probatorio: se trata de la comprobación de un «estado de cosas» en el que atendiendo a la máxima de experiencia indica la existencia de una causa determinada productora de un efecto jurídicamente relevante. El demandado debe hacer «perder» al juez meramente la convicción basada en ese principio de prueba, por lo que no cabe hablar de una auténtica inversión de la carga probatoria.

Ahora bien, interesa decir que en la práctica judicial se precisa que el principio de prueba supone la aportación de «algún elemento» que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de los hechos normalmente constitutivos del derecho que se reclama, induce a una creencia racional sobre su certeza (SSTS. 3 febrero 1970 A/530; 13 diciembre 1956 A/3865). Pero no comporta la exigencia ineludible de una demostración absoluta de los hechos a que se refiere (SSTS. 28 marzo 1944 A/316; 6 de mayo de 1953 A/1652). Lo relevante es que se exige «ab initio» un principio de prueba que acredite la seriedad de la pretensión procesal y la admisibilidad de la demanda, sin perjuicio de lo que después se pruebe y resulte<sup>46</sup>. Ese principio de prueba ofrece al juez una indicación acerca de la verosimilitud del hecho alegado.

Así conceptualizado el principio de prueba no debe ser confundido con la prueba de presunciones o prueba indiciaria (en

RAS LLANSANA, J.: «El principio de prueba en las contiendas sobre competencia territorial», en «Rev. Dcho. Proc.», 1964, III.; MUÑOZ SABATE, L.: «Técnica probatoria», Barcelona, 1983.

<sup>46</sup> Vid. RIVERO HERNANDEZ, F.: «Comentario al artículo 127 del Código Civil», en AA.VV.: «Comentario del Código Civil», t. I, Madrid, 1993, pág. 484.

sentido estricto)<sup>47</sup>, entre otras razones básicas porque el principio de prueba como relativa verdad interina o provisional<sup>48</sup> «a diferencia de lo que ocurre con las presunciones, no existe el enlace entre dos afirmaciones característico de toda presunción»<sup>49</sup>. Es así que el principio de prueba «no puede confundirse con la presunción ni con el indicio; puesto que la presunción, aún no pudiéndose definir como una prueba segura tiene todavía para el caso específico eficacia probatoria, y con el indicio porque contribuye a conformar la convicción del Juez. Contrariamente el principio de prueba por sí solo no es suficiente para el convencimiento del Juez»<sup>50</sup>, aunque se producen situaciones en que el indicio juega virtualmente como principio de prueba<sup>51</sup>. Por otra parte, el principio de prueba «está destinado a constituir el proceso y no a probar hechos, por lo que frente a la presunción y el indicio, el Juez tiene un poder discrecional para apreciar si hay un principio de prueba por escrito, en cuanto su decisión no se refiere al carácter legal de los documentos, testigos, etc., sino al valor más o menos importante de las indicaciones que pueden sacarse»<sup>52</sup>. El

<sup>47</sup> Para los criterios de diferenciación entre el principio de prueba y la prueba de presunciones, véase BURGOS LADRON DE GUEVARA, J.: «El principio de prueba en el proceso civil Español», Madrid, 1989, págs. 48 y sigs.

<sup>48</sup> La cual en términos generales no supone la exigencia de actividad probatoria de ningún hecho o afirmación base a diferencia del esquema lógico-jurídico de la presunción. En este sentido, ROSENBERG, L.: «La carga de la prueba», trad. E. Krotoschin, Buenos Aires, 1956, pág. 187.; VAZQUEZ SOTELLO: «Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal», Barcelona, 1984; 275 y sigs.

<sup>49</sup> BURGOS LADRON DE GUEVARA, J.: «El principio de prueba en el proceso civil Español», Madrid, 1989, pág. 49.

<sup>50</sup> BURGOS LADRON DE GUEVARA, J.: «El principio de prueba en el proceso civil Español», Madrid, 1989, pág. 50. Señala CARNELUTTI («Sistema de Derecho Procesal Civil, t. II, cit.», págs. 471-472) que «entre principio de prueba e indicio la diferencia se puede establecer solamente en el sentido de que el indicio es una prueba semiplena menos eficaz que el principio de prueba».

<sup>51</sup> En este sentido CARNELUTTI, F.: «Sistema de Derecho Procesal Civil», t. II, cit., pág. 442.

<sup>52</sup> BURGOS LADRON DE GUEVARA, J.: «El principio de prueba en el proceso civil Español», Madrid, 1989, pág. 55.

principio de prueba no es un indicio en sentido estricto ni puede servir de base a ninguna presunción judicial, porque no alcanza a formar el convencimiento del Juez ni suministra la plena convicción sobre el hecho objeto de ella. Tampoco el principio de prueba es equivalente a ausencia de toda prueba<sup>53</sup>.

Si, como aquí se postula, se interpreta con amplitud los artículos 96 y 179.2 LPL es posible pensar —y de hecho así se ha apreciado en algunas sentencias del Tribunal Constitucional— que el principio de prueba puede realizar perfectamente el «programa normativo» diseñado en tales preceptos jurídicos. Pero es preciso partir de la premisa lógica de que el término «indicio» utilizado por la norma no necesariamente debe ser acotado a la calificación del presupuesto base del esquema típico de la presunción judicial, sino que también puede abarcar o hacer referencia, en un sentido más elástico, a cualquier *elemento probatorio* inicial (CARNELUTTI; BURGOS LADRON DE GUEVARA) sustancialmente relevante (en cuanto revelador provisional del hecho controvertido) para «propiciar la convicción judicial sobre la mera probabilidad de que exista un «clima discriminatorio», lo que no requiere necesariamente prueba efectiva por parte del actor»<sup>54</sup>. De cualquier modo, la doctrina del Tribunal Constitucional muestra una evolución un tanto ambigua sobre el alcance del mecanismo probatorio inserto en el referido grupo normativo regulador de la carga de la prueba<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> En este sentido, BURGOS LADRON DE GUEVARA, J.: «El principio de prueba...», op. cit., págs. 16 y sigs.

<sup>54</sup> Cfr. BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALON, J.; FERNANDEZ, M. F.: «Instituciones de Derecho Procesal Laboral», 2.ª ed., Madrid, 1995, pág. 171. En el mismo sentido, GARCIA PERROTE, I.: «La prueba en el proceso de trabajo», Madrid, 1994, págs. 210-211.

<sup>55</sup> En unos casos se otorga especial relevancia a la alegación y en otros parece subrayarse, más rígidamente, que no basta la simple alegación parte del trabajador, sino que ha de comprobarse la existencia de indicios de que la causa atentatorio a un derecho fundamental se hubiera producido. Está construcción relativamente ambigua y no lineal puede comprobarse en el resumen que de su propia doctrina hace el Alto Tribunal en STCo. 180/1994, de 20 de junio, Fj. 2.º.

De apreciarse en atención a las circunstancias concurrentes en el caso controvertido el principio de prueba, ello supondrá que el empresario demandado deberá contrarrestar con su actividad probatoria (en el sentido previsto en los artículos 96 y 179.2 LPL) la «verdad interina» o provisional establece en virtud de las alegaciones fundadas del actor.

#### IV. La técnica de la presunción judicial como uno de los mecanismos típicos de facilitación de la carga de la prueba admisible en el sistema legal

Entre los mecanismos de facilitación de la carga de la prueba que pueden tener acogida al amparo de la fórmula legal ex artículos 96 y 179.2 LPL (que consagran, como se dijo antes<sup>56</sup>, un «sistema abierto» a la interpretación del juzgador) se reconoce normativamente también la técnica de las presunciones (como «medio de prueba» conforme al discutido tenor del sistema positivo; cfr. arts. 1.215 y 1253 C.c.<sup>57</sup>) que han de ser combatidas a través de la prueba de la existencia de motivos razonables. De este modo, el trabajador que aduzca que el despido obedeció al propósito de lesionar un derecho fundamental no queda liberado de toda actividad probatoria, sino que deberá probar la concurrencia de indicios racionales de la probabilidad de la lesión alegada<sup>58</sup>. Sólo después de que se hayan aportado esos indicios sufi-

<sup>56</sup> Vid. supra apartado III.

<sup>57</sup> Calificación legal que, sin embargo, es harto discutible desde el punto de vista de la teoría jurídica. Véase la cualificada opinión de SERRA DOMINGUEZ, M.: «Comentario al art. 1.249», en AA.VV.: «Comentario del Código Civil», t. II, Madrid, 1993, pág. 414.; Id.: «Normas de presunción en el Código Civil», Barcelona, 1963, y sus comentarios a diversos artículos del Código Civil, en ALBALADEJO, M. (Dir.): «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», XVI-2, Madrid, 1981.

<sup>58</sup> La STCo. 21/1992, de 14 febrero entiende que para imponer al empresario la carga probatoria descrita, es razonable la posición del Tribunal Supremo que rechaza que sea suficiente para ello la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino que *tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una PRESUNCIÓN o apariencia de aquella discriminación o lesión*. El anterior criterio ha

cientes, el empresario demandado estará obligado a demostrar las causas reales y serias del despido en todo punto ajenas a toda intención lesiva de derechos fundamentales<sup>59</sup>. Ciertamente no se trata de exigir al empresario una prueba diabólica de la inexistencia misma de la lesión, entre otras razones porque «las calificaciones jurídicas no se prueban sino que se deducen de los hechos a probar»<sup>60</sup>. Ahora bien, al empresario se le exige una especial diligencia en la actividad probatoria: el Tribunal ha de llegar a la convicción «de que el despido es absolutamente extraño a una conducta antisindical (discriminatoria o lesiva del derecho fundamental), de modo que pueda estimarse que, aún puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímilmente, en todo caso, *por existir causas suficientes, reales y serias*, para entender como razonable,

sido recogido por la LPL, si bien no expresamente en la modalidad procesal de despido disciplinario (arts. 103 y siguientes). Por su parte, en la STCo. 266/1993, de 20 de septiembre, exige la «carga del actor de acreditar la concurrencia de los indicios acreditativos del supuesto de despido radicalmente nulo», como condición para que prospere la pretensión principal (Fj. 3.º).

<sup>59</sup> Vid. STCo. 47/1985, de 27 de marzo; SSTCo. 21/1992 y 266/1993. En el mismo sentido, la más reciente STCo. 180/1994, de 20 de junio, Fj. 2.

<sup>60</sup> Cfr. GARCIA FERNANDEZ, M.: «Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo», en «REDT», núm. 15 (1983), pág. 408; Id.: «Configuración judicial del despido...», op. cit., pág. 56. («La discriminación es una calificación de conductas; y las calificaciones no admiten pruebas»). Para el Tribunal Constitucional en los casos en que se alegue que el despido es discriminatorio o lesivo de cualquier otro derecho fundamental del trabajador, el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonables, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión extintiva y que expliquen por sí mismas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias. *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. STCo. 21/1992, de 14 febrero.

desde la mera perspectiva disciplinaria, la decisión empresarial»<sup>61</sup>. Agrégese que el empresario *ha de alcanzar resultado probatorio sin que le baste intentarlo*<sup>62</sup>. Pero conviene a este respecto recor-

<sup>61</sup> STCo. 104/1987, de 14 de junio. En la STCo. 21/1992, de 14 febrero, se reitera que el empresario tiene la carga de probar *la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonables, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión extintiva y que expliquen por sí mismas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias*. No se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación o la no lesión de cualquier otro derecho fundamental) pero sí de entender que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. En idéntico sentido, la STCo. 180/1994, de 20 de junio, Fj. 2.º.

<sup>62</sup> En este sentido la STCo. 14 febrero 1992 (A/21), en la que se puntualiza que si el empresario ha de alcanzar resultado probatorio sin que le baste intentarlo, el órgano judicial ha de llegar a la paralela convicción no ya de que el despido razonablemente tachado de lesivo de un derecho fundamental no es extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino de que el despido es absolutamente ajeno a una conducta lesiva de un derecho fundamental (por ejemplo, el de libertad sindical), de modo que pueda estimarse que, aun puesta entre paréntesis la actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímilmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable la decisión disciplinaria adoptada por el empresario.

Doctrina que ha sido recogida y aplicada por los Tribunales Superiores de Justicia. «Es conocida —dice la STSJ. Cataluña, de 7 febrero 1996 (A/408), f.º 4.º— la doctrina jurisprudencial que ha venido a interpretar el alcance de este precepto señalando que «cuando ante una decisión empresarial se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio por vulneración de derechos fundamentales, de modo tal que aquella invocación genera una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de la actuación empresarial, *constituyendo esta exigencia una auténtica carga probatoria y no un mero intento probatorio, debiendo llevar a la convicción del juzgador no la duda, sino la certeza de que su decisión fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio*. En los supuestos de consideración por el trabajador de atentado a la libertad sindical, el Tribunal ha de llegar a la convicción de que la actuación empresarial, aun puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical del trabajador, habría tenido lugar verosímilmente, en todo caso, por existir causas sufi-

dar que el carácter antijurídico de la decisión empresarial originaria no implica forzosamente que la misma fuera lesiva de los derechos fundamentales<sup>63</sup>. Esta demostración no adquiere estrictamente la mecánica de la «destrucción» de la presunción por la prueba en contrario, pero, en cualquier caso, es compatible en sentido lógico-jurídico con la llamada «contraprueba» —característica, por lo demás, de la presunción—, la cual pretende la demostración de que la afirmación base es inexacta o no corresponde con la realidad, lo que supone en rigor técnico-jurídico que la presunción no llegará a formarse<sup>64</sup>. Tampoco la presunción llega-

cientes, reales y serias, para entender como razonable la decisión empresarial» (STCo.114/1989, de 22 junio). Aplicando este criterio al caso de autos, la conclusión no puede ser otra que la dada en la sentencia de instancia. Frente al indicio de atentado a la libertad sindical que supone el hecho de que la empresa adopte la decisión de dejar de reconocer al actor la condición de Delegado Sindical en coincidencia con la convocatoria de elecciones sindicales en el centro de trabajo, se ha acreditado la concurrencia de otras circunstancias que permiten afirmar que esta decisión de la empresa es ajena a todo propósito de menoscabar el ejercicio de tal derecho.» En la misma dirección interpretativa, véase STSJ. Cataluña, de 7 febrero 1996 (A/410), f.º 4º.

<sup>63</sup> STCo. 135/1990, de 19 de julio.

<sup>64</sup> Véase, aunque el cuadro de «las presunciones establecidas por la ley» reguladas en el art. 1.251 CC, SERRA DOMINGUEZ, M.: «Comentario al art. 1.249», en AA.VV.: «Comentario del Código Civil», t. II, Madrid, 1993, pág. 420. Como aclara oportunamente SERRA, «pese a la expresión legal del art. 1.251 CC, ni la contraprueba ni la prueba de lo contrario «destruyen» la presunción. Dicha expresión es incluso contradictoria a las concretas normas de presunción que utilizan normalmente la forma: «se presume... A no ser que se pruebe lo contrario», lo que supone que la presunción no es que se destruya, sino pura y simplemente que no ha llegado a formarse» (p. 420).

Reténgase, pues, que la contraprueba puede suministrarse en contra de los hechos iniciales de la presunción (o también, como se verá después, contra los elementos de hecho iniciales en los que se basa el «principio de prueba») en cuanto estén «probados»; pero contra el mismo hecho presunto sólo es posible la prueba de lo contrario, la cual, siendo prueba principal, debe llegar a convencer plenamente al juez con respecto a la falsedad del hecho presunto. Cfr. ROSENBERG, L.: «La carga de la prueba», trad. E. Krotoschin, Buenos Aires, 1956, pág.197.

rá a formarse técnicamente si el empresario prueba un motivo razonable y serio del despido realizado.

Sin alterar las reglas básicas de la carga de la prueba establecidas en el art. 1214 C.c.<sup>65</sup> sí se modulan en los supuestos en que se alegue discriminación o lesión del derecho fundamental por actuación del empleador. Pero los arts. 96 y 179.2 LPL facilitan la prueba al trabajador demandante con la admisión generalizada de la suficiencia en la actividad probatoria que le incumbe de una prueba «indiciaria» (y, por consiguiente, una prueba no plena), que permite al Juez inducir un resultado lesivo en el proceder del empleador<sup>66</sup>. Así pues, tales disposiciones no se apartan de los

<sup>65</sup> Sobre la carga de la prueba en el proceso de trabajo, consúltese el completo estudio de GARCIA-PERROTE ESCARTIN, J.: «La prueba en el proceso de trabajo», Madrid, 1994, págs. 161 y sigs. Véase los excelentes comentarios de M. ALONSO OLEA a las sucesivas sentencias del Tribunal Constitucional en materia de carga de la prueba, en «Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social», t. II, 1984, Madrid, 1985, t. II, 1985, Madrid, 1986, t. IV, 1988, Madrid, 1989, t. V, 1987, Madrid, 1989, t. VII, 1989, Madrid, 1990, t. VIII, 1990, Madrid, 1991, etcétera.

<sup>66</sup> Desde esta perspectiva, la falta de suficiencia de los motivos aducidos para despedir, no entraña por sí sola la calificación de nulidad por lesión del derecho fundamental, sino la declaración de improcedencia del despido ilegítimamente realizado, siempre que el motivo aducido, y probado, por el empresario como causa del despido disciplinario haya sido serio y razonable. Esta exégesis interpretativa se ha señalado en doctrina del Tribunal Supremo que «la empresa ha probado que el despido se ha producido en atención a unos hechos que aunque, según el juzgador de instancia, no son determinantes de la procedencia del despido permiten situar razonablemente la medida disciplinaria adoptada al margen de un propósito discriminatorio del que en el presente tampoco existirían indicios suficientes. No pueden, por tanto, acogerse las infracciones que el recurrente formula para fundar la nulidad radical del despido» (STS. 15 mayo 1990, A/4331). «La empresa ha invocado unos hechos reales para fundar su decisión disciplinaria y la consecuencia de que se estime que estos hechos no justifican el despido es la improcedencia de éste; no, su nulidad radical» (SSTS. 13 marzo 1991, A/1851; 20 marzo 1991, A/1882). Véase SSTSJ. Cataluña, de 7 febrero 1996 (A/408), f.º 4º, y de 7 febrero 1996 (A/410), f.º 4º, citadas en la nota (62). Esa «modulación» de la regla general sobre la carga de la prueba ex art. 1214 C.c., en el campo de la prueba de presunciones, se puede traducir, más

principios básicos de la regla general fundamental del art. 1214 C.c., sino que meramente «facilitan»<sup>67</sup> la actividad de la prueba al trabajador, reclamando una función más activa del Juez en la verificación del hecho lesivo en aras de conseguir una tutela judicial más efectiva frente a conductas anticonstitucionales del empleador. De hecho la regulación que se ha consagrado en los arts. 96 y 179.2 LPL parece ser una solución *intermedia* entre el mantenimiento absolutamente intacto de las reglas generales de distribución de la carga probatoria y la consagración de una verdadera exoneración o inversión de la carga de la misma, toda vez que en tal caso sería suficiente alegar la discriminación o lesión del derecho fundamental (como hecho a probar) para producir la «probabilidad» o la «presunción» de su existencia, salvo prueba en contrario que recaería sobre el empresario-demandado. Conviene retener aquí, a propósito de la regla sobre la prueba estatuida ex arts. 96 y 179.2 LPL, la diferencia existente entre exoneración de la prueba (inversión de la carga) y *facilitación de la prueba*, que es lo que al trabajador concede los arts. 96 y 179.2 LPL, exigiendo sólo aportar un hecho (indicio base) diverso del hecho a probar<sup>68</sup>. Se podría decir al respecto con CARNELUTTI<sup>69</sup> «que la

incisivamente, en una modificación instrumental de la misma en el cuadro del llamado principio de prueba. Vid. *supra*, apartado III.

<sup>67</sup> Vid. RIVERO LAMAS, J.: «Tutela jurídica de los derechos laborales en el ordenamiento español», en «REDT», núm. 57 (1993), pág. 21.

<sup>68</sup> Se ha señalado, en un plano general, que la regla del art. 1214 C.c. «debe ser completada en cada caso concreto por el Juez teniendo en cuenta principalmente los criterios de normalidad y *facilidad probatoria*, derivados de la posición de cada parte en relación con el efecto jurídico pretendido» (cfr. SERRA DOMINGUEZ, M: «Comentario al artículo 1214 del Código Civil», en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T. XVI, dir., M. Albaladejo, Madrid, 1991, pág. 65).

La diferencia con la previsión normativa de los arts. 96 y 179.2 LPL estriba en que esa «adaptación» abstracta de las reglas de la prueba a la posición de las partes ha sido previamente realizada por la Ley, sin perjuicio de las competencias intactas que en materia de prueba incumben al Juez.

<sup>69</sup> CARNELUTTI, F.: «Sistema de Derecho Procesal Civil», t. II, trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo y S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944, pág.

Ley (vale decir los arts. 96 y 179.2 LPL) facilita la demostración misma y así *aligera* el peso de quien debe proporcionarla, pero es una confusión que se debe evitar la que se produce entre exoneración de la prueba (inversión de la carga; «*relevatio ab onere probandi*») y *facilitación de la prueba*; esta segunda no suprime la carga (las reglas sobre la carga), sino que se limita a hacer más fácil la prueba, la cual, sin embargo, continúa estando a cargo de la misma parte; prácticamente, la facilidad podrá ser tal que equivalga a la exoneración, pero lógicamente las dos posiciones deben seguir siendo distintas». En este momento, nos conviene recordar, que el grupo normativo formado por los artículos 96 y 179.2 LPL, consagran un *modelo flexible de facilitación de carga de la prueba* en atención a la especial relevancia constitucional de los bienes tutelados (presencia del interés general) y al dato fáctico de una mayor dificultad o «debilidad» probatoria del trabajador frente a la conducta lesiva de quien asume la posición preeminente de empleador.

En esta línea de pensamiento lógico, se debe decir que los arts. 96 y 179.2 LPL<sup>70</sup> liberan al trabajador de realizar una prueba completa en orden a acreditar el carácter discriminatorio o la lesividad al derecho fundamental, porque al trabajador demandante le incumbe solamente hacer una actividad probatoria de los «indicios racionales» que permitan entrever una probabilidad de su existencia o construir a partir de dicho «*indicio base*» o «*principio de*

547, con independencia de que la reflexión la haga este ilustre jurista a propósito del análisis de la presunción «*iuris tantum*» o presunción legal relativa. Vid. MONEREO PEREZ, J. L. - MORENO VIDA, M. N.: «Formas y procedimientos del despido disciplinario...», cit., pág. 361.

<sup>70</sup> Reténgase que el art. 96 LPL resulta de aplicación supletoria al proceso especial de despido, de conformidad con lo preceptuado en el art. 102 LPL («en todo lo que no esté expresamente previsto en el presente título, regirán las disposiciones establecidas para el proceso ordinario»). Por su parte, el art. 179.2 LPL, se aplica directamente, con arreglo a la interpretación integrativa aquí postulada, a la modalidad especial de despido, cuando se alegue una presunta lesión de derechos fundamentales.

*prueba*)<sup>71</sup> —cuya alegación y aportación recae sobre el trabajador demandante— una presunción de la conducta lesiva al derecho fundamental (que en caso de asentarse una verdadera presunción adquirirá la mecánica propia de la *prueba de presunciones «hominis»*)<sup>72</sup>. Se trata esta de un elemento de prueba cuya valora-

<sup>71</sup> Vid. CARNELUTTI, F.: «Sistema de Derecho Procesal Civil», t. II, trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo y S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944, pág. 442. El principio de prueba se resuelve en las denominadas «verdades interinas»... Véase SERRA DOMINGUEZ: «De las presunciones», en AA.VV.: «Comentarios al Código Civil», Madrid, 1990, vol. XVI, t. II, pág. 594. Sobre la técnica probatoria específica conocida como «principio de prueba» y sus presupuestos objetivos, véase supra, apartado III.

<sup>72</sup> La presunción judicial puede ser definida como «aquella actividad intelectual probatoria *del Juez*, realizada en la fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones». Cfr. SERRA DOMINGUEZ, M.: «De la prueba de las obligaciones...», en «Comentarios al Código Civil y compilaciones forales», dir. M. Albaladejo, Madrid, 1981, pág. 557. Esta actividad probatoria le permite al juez conocer el hecho ausente; le permite conocer la existencia material del hecho que luego él tiene que valorar jurídicamente (vid. CARNELUTTI, F.: «Instituciones del Proceso Civil», trad. S. Sentís Melendo, vol. I, Buenos Aires, 1989, págs. 257-258).

Si se atiende al sistema positivo (en particular a la literalidad los artículos 1.215 y 1.253 CC) las presunciones asumen el rango legal de medios de prueba. Se ha discutido, en la perspectiva dogmática sobre la exactitud de considerar a la «prueba de presunciones» como un «medio de prueba» en sentido técnico-jurídico. Vid., al respecto, SERRA DOMINGUEZ, M.: «De las presunciones», en «Comentarios al Código Civil...», op. cit., pág. 571; CARRERAS, J.: «Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones», en «Rev. Jur. de Cataluña», 1962, pág. 500 (que consideran que la prueba de presunciones no constituye un medio de prueba). Así la extraordinaria aportación de CARNELUTTI, F.: «Sistema de Derecho Procesal Civil», t. II, trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo y S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944, págs. 398 y sigs., en particular págs. 538 y sigs. (que la considera como medio de prueba), y GUASP, J.: «Derecho procesal civil», t. I, Madrid, 1968, pág. 415 (quien, con las pertinentes matizaciones, les otorgan el valor de pruebas estrictas). Véase igualmente MONTERO AROCA, J.: «La prueba en el proceso civil», Madrid, 1996, págs. 102 y sigs., el cual niega su naturaleza de medios de prueba (en sentido estricto), pero aclarando, al

ción puede hacerla el juez según reglas de experiencia libremente elegidas por él. Precisamente las llamadas «presunciones de hombre» indican que tienden a establecer una convicción íntima del juez y son de apreciación libre y no difieren en nada del razonamiento común que permiten deducir de un hecho conocido un hecho no conocido<sup>73</sup>. El indicio (o conjunto de indicios aportados por el trabajador demandante)<sup>74</sup> no es «per se» idóneo para repre-

mismo tiempo, que las presunciones sí tienen efectos probatorios, por lo que pueden ser consideradas como «método para probar», pues sirven para dar por probado un hecho afirmado por las partes (Ib., pág. 103).

Para Cortés Domínguez las presunciones no son medio de prueba *en sentido estricto*. En particular, las presunciones judiciales (art. 1.253 CC) *son un medio de modificación del objeto de la prueba* que puede utilizar el juez (y propiciar las partes) si entre el hecho presunto y el presumido existe un enlace preciso y directo según las reglas del sano juicio (reglas del criterio humano que no son otras que las del raciocinio lógico; STS 25-X-86). Más de prueba de presunciones se debería hablar de un problema de valoración de la prueba. Cfr. CORTES DOMINGUEZ, V.: «Comentario al art. 1.215 CC», en AA.VV.: «Comentario del Código Civil», t. II, Madrid, 1993, pág. 325. Una estudio detenido sobre el mecanismo de la presunción judicial, en MUÑOZ SABATE, L.: «Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso», 4.ª ed., Barcelona, 1993, págs. 217 y sigs.

<sup>73</sup> Vid. PERELMAN, CH.: «La lógica jurídica y la nueva retórica», Madrid, 1979, pág. 48.

<sup>74</sup> Adviértase que «en el lenguaje corriente, indicio se usa para significar no tanto la fuente de presunción en su conjunto, como aisladamente cada uno de los hechos cuyo conjunto constituye la fuente de presunción». Cfr. CARNELUTTI, F.: «La prueba civil», trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo, 2.ª ed., Buenos Aires, 1982, pág. 200, nota 342.

El indicio aportado es «per se» insuficiente para que el juez forme su convicción, pero hace verosímil y probable la existencia de un hecho lesivo del derecho fundamental. La diferencia específica con la figura de la inversión de la carga de la prueba es manifiesta: con ella todo el peso de la prueba del hecho a probar pesa en cabeza del demandado; aquí el trabajador asume la carga de probar la existencia de un indicio base y el empleador demandado la prueba de un motivo razonable, demostrado el cual el juez extrae las conclusiones de la inexistencia de discriminación o lesión al derecho fundamental. Aquí se da curso plenamente a la prueba mediante presunción. Las fuentes de presunción o indicios permiten obtener *certeza*, siempre que se tenga en cuenta que por certeza se designa la satisfacción del juez acerca

sentar el objeto que hay que conocer, esto es, para suministrar su imagen completa a quien debe conocerlo. El indicio todo lo más

del grado de verosimilitud; puesto que sino la obtuviese, no podría jamás considerar probado el juez un hecho por medio de presunciones. Por certeza no puede entenderse la conciencia de la verdad absoluta, respecto de la que cabría afirmar que no la obtiene ningún medio de prueba y tampoco de presunción. Cfr. CARNELUTTI, F.: «La prueba civil», cit., pág. 96, que coincide en esto con el pensamiento más incisivo del positivismo lógico. En este sentido es preciso remitirse a las consideraciones hechas en el excelente ensayo de CALAMANDREI, P.: «Verdad y verosimilitud en el proceso civil», en «Estudios sobre el Proceso Civil», trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, págs. 317 y sigs. Hace notar CALAMANDREI, que en la práctica todo juicio de verdad se reduce lógicamente a un juicio de verosimilitud. Este «relativismo procesal» lo expresa nítidamente al afirmar que «todo el sistema probatorio civil está preordenado, no sólo a consentir, sino directamente a imponer al juez que se contente, al juzgar acerca de los hechos, con el subrogado de la verdad que es la verosimilitud» (Ib., págs. 317-318). Sobre el tema, véase supra, apartado III, a propósito del llamada «principio de prueba».

Es claro que el juez intenta afrontar el problema de la verdad (o, más modestamente, la certeza) verificando los hechos afirmados, pero su meta principal es la «conservación de un cierto orden» que ha de alcanzar aún no habiendo establecido una verdadera certeza absoluta de los hechos. El juez no puede dejar de conservar ese cierto orden jurídico; es, en lo que le corresponde, el «conservador» de orden prefijado. Véase, al respecto, SPINELLI, M.: «Las pruebas civiles», trad. T. A. Banzhaf y S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973, pág. 35. No obstante, el problema de la certeza, la verdad y el del conocimiento en general es esencialmente relativo. Véase desde la puesta en cuestión del sueño cartesiano sobre la fundamentación de la certeza científica QUINE, W. V.: «La búsqueda de la verdad», trad. J. Rodríguez Alcázar, Barcelona, 1992, y la obra clásica de NEURATH, O.: «Fundamentos de las ciencias sociales», Madrid, 1973. Igualmente WITTGENSTEIN, L.: «Sobre la certeza», Barcelona, 1988. Más aún hoy se habla de la «crisis de la certeza del Derecho». Una referencia a esta crisis en ZAGREBELSKY, G.: «El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia», trad. M. Gascón, Madrid, 1995, págs. 144 a 147. Pocos dudan hoy de que el conocimiento científico no permite descubrir verdades últimas y absolutas. Véase, una exposición sucinta de conjunto y las referencias recogidas en MONEREO PEREZ, J. L.: «Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo», Valencia, 1996, págs. 296 y sigs.

permitirá argüir una duda razonable sobre la existencia del hecho lesivo a probar plenamente.

De cualquier modo, conviene no caer en la tentación de interpretar que los arts. 96 y 179.2 LPL puedan crear «per se» una presunción legal; puesto que dichos preceptos no establecen presunción legal alguna, sino que se limitan a indicar que aportado los indicios por el trabajador-actor se crea un principio de prueba o una presunción *judicial* («hominis») que deber ser destruida por el empresario-demandado, pero no probando que no exista discriminación sino que los motivos que fundaron el despido son razonables y desprovistos de todo intento de discriminación o lesión del derecho fundamental; existe aquí una matización respecto al juego ordinario de la técnica de la presunción<sup>75</sup>, porque el

La búsqueda o reducción de la incerteza es una cuestión clave para la comprensión de toda la problemática vinculada a la prueba. Este es —junto con la búsqueda de la justicia— el elemento trágico del proceso y de la institución de la prueba. Es el drama del Derecho. Para su fundamentación filosófica, consúltese NIETZSCHE, F.: «El origen de la tragedia», en «Obras Completas», t. V, Buenos Aires, 1963, págs. 31 y sigs. El mecanismo jurídico inserto en el «principio de prueba» y en la prueba de presunciones o prueba indiciaria se sitúa propiamente en la lógica de lo probable y de lo verosímil, revela del hecho y de sus modalidades, no ya la certeza, sino una más o menos grande probabilidad. Este es el sentido de la reconstrucción del hecho jurídico en base a una relativa exigencia de certeza. En este tipo de mecanismo probatorio se amplían los poderes de crítica (o facultades críticas) del observador y, en particular, del juez. La presunción o el «principio de prueba» se presenta como el resultado del proceso cognoscitivo del juez y en este caso se hace derivar de un singular objeto de percepción al cual se reserva el apelativo de «indicios» (SPINELLI, M.: «Las pruebas civiles», cit., págs. 13 y 15).

<sup>75</sup> Reténgase que «la presunción en sentido jurídico debe ser entendida como actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones». Cfr. SERRA DOMINGUEZ, M.: «Comentario al art. 1.249», en AA.VV.: «Comentario del Código Civil», t. II, Madrid, 1993, pág. 414.; «Normas de presunción en el Código Civil», Barcelona, 1963, pág. 17, para quien, partiendo de que la presunción no es un medio de prueba en sentido estricto (entendido como *vehículo* de traslación al proceso de los hechos de la rea-

empleador no soporta la carga de responder positivamente al hecho discriminatorio alegado por el trabajador, sino de demostrar («negativamente», pues) que las causas de despido son razonables y proporcionales a los hechos imputados, aunque no hayan sido suficientes para apreciar el justificado motivo del despido disciplinario<sup>76</sup> (de lo contrario frente a la alegación de la anticonstitucionalidad de la causa todo despido sería nulo por el mero hecho de la falta de concurrencia del requisito de suficiencia de los motivos aducidos por el empleador en la carta de despido). Así pues, en virtud de los arts. 96 y 179.2 LPL no se establece un mecanismo de inversión de la carga de la prueba que supondría una completa exoneración de la prueba al trabajador, bastando la mera alegación de que el despido es lesivo de derechos fun-

lidad, sino que opera sobre los resultados de los anteriores medios de prueba), no es posible contraponer la presunción a la prueba, ya que la presunción *se integra* precisamente dentro del mecanismo probatorio y *va encaminada a formar la convicción judicial* de que los hechos aducidos efectivamente se han producido en la realidad, llegando a la correspondiente *conclusión presuntiva*.

<sup>76</sup> El cual, recuérdese, exige ex art. 54.1 LET un incumplimiento *cuantificado* del trabajador como presupuesto material para la legitimidad del acto de despido. Es decir, teniendo en cuenta que el presupuesto objetivo de la resolución es «un incumplimiento de no escasa importancia». Cfr. MOSCO, L.: «La resolución de los contratos por incumplimiento», Barcelona, *s/f*, págs. 44 y sigs. Es, en el fondo, la causa suficiente, real y seria a la cual, entre nosotros, hace referencia BORRAJO DACRUZ, E.: «Despido discriminatorio y carga de la prueba. Nota a la STC. 21/1992, 14 febrero», en «AL», núm. 20 (1992), pág. 1218. El empleador habrá de probar, es decir, deberá de suministrar los medios para que el juez compruebe la existencia de los hechos realmente motivantes del acto de despido y permita desechar toda idea de discriminación o lesión del derecho fundamental. Téngase en cuenta, desde el punto de vista funcional, que probar no es tanto «ya de demostrar sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados» (cfr. CARNELUTTI, F.: «La prueba civil», trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo, 2.ª ed., Buenos Aires, 1982, pág. 43). Pero desde el punto de vista o lado estructural, el proceso probatorio no es más que un proceso típico o un medio de búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos, el cual parece apto para alcanzar la finalidad (la verdad) en la mayoría de los casos» (ib., pág. 53).

damentales para desplazar al empresario la prueba de su falta de existencia<sup>77</sup>. En verdad, esta mecánica probatoria responde a las exigencia de tutela de los derechos fundamentales<sup>78</sup> y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental en el cuadro de la relación de trabajo. En efecto, «la prueba de presunciones, en cuanto que tiende a completar, con la actividad deductiva del juez, la dificultad de llevar al proceso hechos de complicada transcripción en datos tangibles, aparece como un *esquema idóneo* para hacer frente a la problemática planteada por la prueba de discriminación»<sup>79</sup>. A través de ella es permitido al juez aislar en la sentencia los elementos necesarios para su decisión, una vez que se ha superado la incertidumbre del hecho controvertido. Es así que el juez  *fija* en la sentencia el hecho no fijado por las partes. En este sentido, la prueba de presunciones —como el llamado principio de prueba— es una de las vías aptas para la búsqueda de la «verdad»<sup>80</sup> o, en otros térmi-

<sup>77</sup> Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO, M. - FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: «Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones», en AA.VV.: «II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo», Madrid, 1985, pág. 938. En los arts. 96 y 179.2 LPL no se exige al trabajador una prueba plena de la discriminación o lesión del derecho fundamental. Lo que se viene a reconocer es «la dificultad probatoria del trabajador, más que eximirle totalmente de prueba (bastándole la alegación de discriminación, como sería el caso de la inversión), va a significar aligerar la carga de la prueba, convertir ésta en la mera aportación de indicios racionales, alterar, más que la carga, el «thema probandum» (ib., pág. 939).

<sup>78</sup> Desde este punto de vista garantista, bien se puede decir que la fuerza que suministra para el movimiento del proceso el interés en litigio determina que este adquiere una especial centralidad procesal, sin perjuicio de que pueda ser contrabalanceada por otros intereses en conflicto.

<sup>79</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, M. - FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: «Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones», en AA.VV.: «II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo», Madrid, 1985, pág. 929.

<sup>80</sup> Repárese que, en el fondo, la finalidad última del mecanismo probatorio no es demostrar la verdad de unos hechos, sino *convencer al juzgador de que estos efectivamente se ha producido en la realidad*. Vid. SERRA DOMINGUEZ, M.: «Comentario al art. 1.249», en AA.VV.: «Comentario del Código Civil», t. II, Madrid, 1993, pág. 415.

nos menos pretenciosos, del conocimiento del hecho controvertido objeto de discusión en el proceso. Precisamente, las reglas sobre la carga de la prueba sirven para regular la fijación de los hechos controvertidos *desconocidos* por el juez. Así, la prueba de un hecho discutido, se hace mediante el conocimiento del hecho mismo según la realidad. Pero sin olvidar que objeto de la prueba son los hechos y no las afirmaciones sobre su existencia<sup>81</sup>.

En el cuadro del sistema probatorio abierto (textura abierta) de los artículos 96 y 179 LPL tiene también perfecta acogida lógica la llamada prueba indiciaria. Lo que se consagra en los arts. 96 y 179.2 LPL<sup>82</sup> es un mecanismo flexible de facilitación de la carga de la prueba. Estos preceptos determinan que el trabajador debe acreditar indicios<sup>83</sup> que permitan establecer una presunción que deberá ser destruida por el empleador demostrando que el despido obedeció a un motivo serio y razonable ajeno a toda intención discriminatoria. En este sentido, esta presunción puede tener (y así lo tendrá de ordinario) la naturaleza (es decir, la estructura y función jurídica) de una «presunción *hominis*», siendo

<sup>81</sup> Cfr. CARNELUTTI, F.: «La prueba civil», trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo, 2.ª ed., Buenos Aires, 1982, pág. 40.

<sup>82</sup> Normas, éstas, de ordenación jurídica de las que se han de extraer la calificación técnica del instituto probatorio, y no a partir de un concepto apriorístico y ontológico sobre la carga de la prueba.

<sup>83</sup> De este modo, el trabajador no está exento (o no queda liberado) de toda actividad probatoria, toda vez que asume una carga procesal en sentido estricto, la cual refiere —como toda actividad probatoria de carácter no financiero— al cumplimiento de actos. Se trata de una «carga de adquisición» (cfr. CARNELUTTI, F.: «Instituciones del Proceso Civil», trad. S. Sentís Melendo, vol. I, Buenos Aires, 1989, pág. 333), en virtud de la cual a la parte se le impone suministrar medios para el proceso. Es así que estamos ante una *forma o modo de ser de la institución de la «carga de la prueba»*. Lo que sucede es que a través de la prueba de presunciones (o prueba indiciaria) el trabajador —parte en el proceso— tiene tan sólo la «carga» de proponer al juez no la prueba plena de los hechos que tiene interés en afirmar, sino una prueba «incompleta» de los mismos: solamente debe aportar al proceso indicios razonables del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental (que constituye el verdadero hecho a probar).

una presunción formada por el Juez, a iniciativa de parte o no<sup>84</sup>, la cual tiene en el sistema legal una naturaleza instrumental<sup>85</sup>. Se

<sup>84</sup> En el supuesto de que aun no alegada a instancia de parte el carácter discriminatorio o lesivo del derecho fundamental del despido, sin embargo de los hechos probados se dedujera por el Juez que esa actuación empresarial es atentatoria del derecho fundamental éste parece que debería pronunciarse de oficio, a pesar de la aparente literalidad del art. 108.d LPL («Si se *acreditare* que el móvil del despido obedeciera...»). Porque así se deduce del art. 53.1 CE y, sobre todo, porque la nulidad del despido de verificarse en la fase de apreciación de la prueba se debería declarar de oficio. Por lo demás, el art. 108.d) LPL puede ser objeto de una interpretación «objetivada» como *acreditamiento* de hechos sin más en el transcurso del proceso. Reténgase que aquí el Juez considera en la Sentencia hechos que una (o las dos) partes ya ha afirmado en el proceso. «Si el Juez encuentra en la instrucción elementos para convencerse de que un hecho existe o no, su convicción se forma sin influencia alguna de los principios sobre la carga de la prueba» (CARNELUTTI, F.: «Sistema de Derecho Procesal Civil», cit., pág. 98).

Debe tenerse en cuenta la especial naturaleza de las presunciones «hominis», puesto que, como subraya GUASP («Derecho Procesal Civil», I, cit., pág. 416) «si bien las partes tienen el derecho e incluso la carga de proporcionar al Juzgador las presunciones de que intenten valerse como medios de prueba (sic), el órgano jurisdiccional tiene respecto a ellas una mayor *libertad de formación*, en cuanto que cabe que las establezca espontáneamente, con la limitación que supone el *acreditamiento del hecho base (o hecho indiciario) de que la presunción ha de partir*», aunque al acreditarlo la parte procesal no lo haga con la finalidad de alegar la discriminación o lesión del derecho fundamental. Lo importante aquí a la postre —especialmente ante la relevancia constitucional del tema— es el convencimiento del Juez de un dato procesal determinado; precisamente la palabra «presunción» alude a dicho resultado (cfr. GUASP, J.: «Derecho Procesal Civil», cit., pág. 417). Véase, igualmente, BAJO FERNANDEZ, M.: «Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios», en «La Ley», núm. 2664 (1991).

<sup>85</sup> Cfr. GUASP, J.: «Derecho Procesal Civil», I, cit., págs. 414-415. Dice GUASP que el significado de las presunciones no se halla, pues, «en la especial naturaleza de la actividad que en ellas desarrolla el Juez, sino en el especial instrumento que utiliza dicha actividad; por ello, al calificar a la presunción como una *deducción a través de un acaecimiento*, el centro de gravedad del concepto debe colocarse en el acaecimiento («hecho» o «acto») y no en la deducción» (p. 415).

debe retener que como presunción «hominis» que es, resulta de «apreciación libre y no tasada, por lo cual el órgano judicial es discrecional en cuanto a la determinación de su eficacia»<sup>86</sup>. La normativa que facilita la prueba asume así la necesidad de propiciar la existencia de un margen de «discrecionalidad» o apreciación judicial en la contemplación de las conductas lesivas a los derechos fundamentales. Se trata, pues, de una formulación flexible del modelo de facilitación de prueba (vinculado a la textura abierta del modelo normativo de referencia) y que cabe entender en sí misma como un refuerzo del sistema tutelar de los derechos fundamentales del trabajador. Respecto a estas «pruebas indiciarias», interesa poner de relieve que las llamadas «*praesumptio hominis*» («presunciones de hombre») o presunción judicial se someten al sistema del art. 1.253 C.c.<sup>87</sup>, y se valoran según la prudencia y libertad del juez. Adviértase, no obstante, que el art. 1.253 C.c. limita los poderes del juez en orden a «las presunciones no establecidas por la ley», ya que para que sean *apreciables* como «medio de prueba» (sic) «es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

En los artículos 96 y 179.2 LPL se puede dar acogida sin problemas lógico-jurídicos a los rasgos típicos de la categoría de la presunción judicial, aunque debe matizarse que incluso en este caso el requisito de aportación de indicios que grava sobre el demandante-trabajador ha de quedar suavizado evitando un exceso de rigor que prive de efectividad al sistema de tutela de los derechos fundamentales del trabajador frente al despido ilegítimo<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Cfr. GUASP, J.: «Derecho Procesal Civil», cit., pág. 418.

<sup>87</sup> Reténgase que en el plano técnico-jurídico la «prueba de indicios» asume la configuración de una presunción judicial, que reclama una actividad del Juez en orden a su elaboración. Al respecto. El Juez ha de llegar a la convicción del carácter presuntamente lesivo del acto impugnado sobre la base de una prueba indiciaria. Se trata de un razonamiento lógico de «deducción judicial» a partir de los indicios probados por el actor.

<sup>88</sup> En parecido sentido, GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: «La prueba en el proceso de trabajo», Madrid, 1994, pág. 210. Véase también BAYLOS

De cualquier modo, es evidente que el sistema legal vigente permite acoger de forma expresa la prueba de presunciones o la prueba de indicios, aunque ello, como se dijo, no tiene porqué impedir el reclamo de otros mecanismos probatorios<sup>89</sup>. En efecto, en el terreno de los principios lógico-jurídicos subyacentes aquí también —como, en general, en todas las presunciones judiciales— la presunción judicial se forma con arreglo al principio de normalidad, conforme al cual las actividades humanas se realizan siguiendo unas determinadas pautas de comportamiento en forma ordenada, permitiendo que conocidos sólo algunos elementos de dicha actividad puedan racionalmente, en méritos de la experiencia de las cosas, deducirse otros elementos distintos que normalmente acompañan siempre a los primeros. Por otra parte, ahora en el campo de la estructura técnico-jurídica de la presunción, en el sistema positivo de los artículos 96 y 179.2 LPL puede tener acogida —y esto es más relevante— igualmente los tres elementos típicos de la presunción judicial (art. 1.253 CC), a saber:

a) la afirmación base o «indicio»<sup>90</sup>, introducida a través de los medios de prueba: el «hecho demostrado» (indicio) que sirve para

GRAU, A.; CRUZ VILLALON, J.; FERNANDEZ, M. F.: «Instituciones de Derecho Procesal Laboral», cit., pág. 154.; MONEREO PEREZ, J. L. - MORENO VIDA, M. N.: «Forma y procedimientos del despido disciplinario», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.): «Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores», t. II, «El despido», Madrid, 1994, págs. 360 y sigs., espec. Vid. supra apartado III.

<sup>89</sup> Desde esta perspectiva asiste la razón al sector de la doctrina que afirma que lo que ante todo trata de garantizar los artículos 96 y 179.2 LPL es una «facilitación» o «alivio» de la actividad probatoria del actor en los supuestos en los que se alegue violación del derecho fundamental. Véase en tal sentido BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALON, J.; FERNANDEZ, M. F.: «Instituciones de Derecho Procesal Laboral», 2.ª ed., Madrid, 1995, pág. 172.; MONEREO PEREZ, J. - MORENO VIDA, M. N.: «Formas y procedimientos del despido disciplinario...», op. cit., págs. 352 y sigs., y bibliografía citada en esta última.

<sup>90</sup> Indicio, toda vez que del mismo puede deducirse otras afirmaciones distintas, sin que sea admisible distinguir entre la prueba de indicios y las presunciones por tratarse de dos aspectos diferentes de una misma institución. Precisamente el término —de nítida significación técnica— utilizado por

atribuir ciertos efectos jurídicos en conexión con el «hecho desconocido». El hecho base o indicio ha de ser afirmado y después probado por la parte en el proceso, teniendo en cuenta que este hecho no integra el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pretende. La presunción reclama un *esquema indiciario típico* sin producir una verdadera prueba del hecho presunto, siendo suficiente que el actor suministre elementos indiciarios que puedan hacer presumir —en nuestro caso— la discriminación o conducta lesiva del derecho fundamental. Dicha afirmación base puede estar integrada por una sola afirmación o por varias afirmaciones, dependiendo de la que se ha denominado «potencia sintónica del indicio» (y de su fuerza de convicción sobre la probabilidad de existencia del hecho presumido) que un sólo indicio sea suficiente para formar la presunción<sup>91</sup>. En cuanto a la afirmación y prueba de la afirmación base o indicio del que se ha de deducir la presunción, debe tenerse en cuenta que ha de estar acreditado, en el sentido de que el juzgador ha de estar convencido de la realidad de las afirmaciones sobre las que establece la presunción. Por lo demás, es el propio juzgador el llamado a establecer en cada caso concreto la relación existente entre la afirmación base y la afirmación presunta. Es de hacer notar en este tipo de presunciones

los artículos 96 y 179.2 LPL es el de «indicios» de discriminación o de que se ha producido violación del derecho fundamental. Para la significación precisa del «indicio» en materia de prueba, consúltese CARNELUTTI, F.: «La prueba civil», trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo, 2.ª ed., Buenos Aires, 1982, págs. 191 a 195. Véase también MARTINEZ ARRIETA, A.: «La prueba indiciaria», en AA.VV.: «La prueba en el proceso penal», Madrid, 1993; BURGOS LADRON DE GUEVARA, J.: «El principio de prueba en el proceso civil español», Madrid, 1989.

<sup>91</sup> Vid. SERRA DOMINGUEZ, M.: «Comentario al art. 1.249», en AA.VV.: «Comentario del Código Civil», t. II, Madrid, 1993, págs. 415-416, y específicamente respecto a las presunciones judiciales, págs. 426-428; MUÑOZ SABATE, J.: «Técnica probatoria», Barcelona, 1967, pág. 227. Desde una perspectiva más general, consúltese CALAMANDREI, P.: «Verdad y verosimilitud en el proceso civil», en «Derecho Procesal Civil (II). Estudios sobre el proceso civil», trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, págs. 324 y sigs.

judiciales lo que podría llamarse *el carácter no reglado de la afirmación base*, lo cual determina que esta pueda ser integrada por un sólo hecho o por varios coincidentes o confluyentes, «en cuyo caso la deficiencia o escasa *fuerza probatoria* que cada hecho aisladamente pudiera tener se robustece y complementa con los demás» (STS. 2-IV-56)<sup>92</sup>.

b) La afirmación presumida o deducida, la cual se deduce de la afirmación base conforme al principio de normalidad: «el hecho que se trata de deducir». Este hecho presumido constituye el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pretende.

c) El *enlace* entre ambas afirmaciones (nexo lógico entre los dos hechos), cuya importancia es extraordinaria porque es el que justifica la formación de la presunción. Está formado por máximas de experiencia o reglas del criterio humano<sup>93</sup>. Debe existir un «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». Esas reglas del criterio humano no son otras que las de la lógica o recta razón equivalentes a las reglas de la sana crítica. Hay que tener en cuenta que la presunción se forma mentalmente por el juzgador<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Cfr. SERRA DOMINGUEZ, M.: «Comentario al art. 1.249», en AA.VV.: «Comentario del Código Civil», t. II, Madrid, 1993, pág. 426. La aportación de indicios en el sentido del art. 179.2 LPL, como «presupuesto inicial» exigido en dicho precepto para se produzca el mecanismo presuntivo, determina para el Tribunal Supremo (STS. 27 de septiembre de 1993; A/ 7045) que sean aplicables con todo su rigor las reglas del art. 1.214 CC que impone a los demandantes la aportación de la prueba de que han sido discriminados.

<sup>93</sup> Vid. SERRA DOMINGUEZ, M.: «Comentario al art. 1.249», en AA.VV.: «Comentario del Código Civil», t. II, Madrid, 1993, pág. 416. Se ha advertido que ese nexo lógico entre los dos hechos es precisamente la presunción. En este sentido, MONTERO AROCA, J.: «La prueba en el proceso civil», Madrid, 1996, pág. 102. La presunción produce una modificación del *tema* de la prueba, y no de los principios relativos a la distribución de la carga. En este sentido, ROSENBERG, L.: «La carga de la prueba», trad. E. Krotoschin, Buenos Aires, 1956, pág. 195.

<sup>94</sup> El Tribunal Constitucional ha considerado admisible, con harta frecuencia, la prueba de presunciones conforme a ese esquema lógico jurídico siempre que con base en un hecho plenamente acreditado, pueda inferirse la exis-

Vistos ahora —por así decir— desde el punto de vista presuntivo, es pertinente anotar que en rigor los artículos 96 y 179.2 LPL (cfr. art. 97.2 LPL), de forma coherente con el criterio que se infiere del art. 1.253 CC, no son preceptos meramente admonitivos, que aconsejen al juzgador sobre las características del enlace, sino unos preceptos que al fijar la estructura de la presunción, *le obligan* a declarar probado un hecho siempre que esté relacionado con otro hecho probado en forma precisa y directa según las reglas del criterio humano<sup>95</sup>.

A la postre el reclamo, al amparo de la fórmula amplia consagrada en los artículos 96 y 179.2 LPL, de la técnica de presunciones permite llegar a una mejor justicia del caso concreto en mérito de la tutela de los derechos fundamentales del trabajador.

Después de todo lo dicho se puede indicar que el mecanismo inserto en los artículos 96 y 179.2 LPL<sup>96</sup> produce un «afectación» de la carga de la prueba. Dicho en otras palabras, una «corrección» de las reglas generales sobre la carga de la prueba. Con todo, la institución de la carga de la prueba no sufre aquí una excepción, se respeta en sus postulados básicos, sólo se produce esa «desviación» en el sentido de imponer tan sólo al trabajador la aportación de «unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación» y de exigir entonces al empresario demandado la carga probatoria de que el despido obedeció a

tencia de otro por haber entre ambos un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano mediante un proceso mental razonado. Se trata, pues, de una operación lógica consistente en un razonamiento inductivo, cuyo discurso ha de reflejarse en la sentencia (SSTC 174/1985 [RCT 1985, 174], 175/1985 [RTC 1985, 175], 217/1989 [RTC 1989, 217], 40/1990 [RTC 1990, 40], y 93/1994 [RTC 1994, 93]. Cfr. STCo. 182/1995, de 11 de diciembre, Fj. 3.º. En el mismo sentido, la STCo. 133/1995, de 25 de septiembre, f.º 3.

<sup>95</sup> Véase para el art. 1.253 C.c. SERRA DOMINGUEZ, M.: «Comentario al art. 1.249», en AA.VV.: «Comentario del Código Civil», t. II, Madrid, 1993, pág. 427.

<sup>96</sup> El art. 179.2 LPL se halla en la misma lógica jurídica que el precepto general contenido en el art. 96 LPL. Vid. supra.

una causa real y razonable»<sup>97</sup>, atendiendo a lo que efectivamente se alegó en su momento (carta de despido, si la hubo) como causa laboral del despido. Es al empleador a quien atañe la «búsqueda» de la prueba de una motivación razonable del despido realizado, es decir, proponer la prueba de los hechos en cuya afirmación está interesada (el acto de despido ha de tener un manifiesto fundamento, con independencia de su calificación técnica de procedencia). Cuando el ordenamiento jurídico ha previsto ese mecanismo es porque ha realizado una previa valoración de los distintos intereses en juego y ha otorgado una posición de primacía a la tutela de los derechos fundamentales del trabajador y asimismo ha tomado en consideración las dificultades para que el actor pueda acreditar el hecho lesivo a probar. Habida cuenta de esto, al trabajador se le impone una verdadera obligación («carga») de carácter procesal, ya que no es suficiente para conseguir los fines del proceso que el juez sea informado de los motivos (o razones); es necesario también que la información sea verificada mediante pruebas (actividad probatoria, por muy aligerada que esta misma se halle para el trabajador), suministrando aquí los indicios de la mejor manera posible. Por ello, a la facultad de la parte de alegar se agrega aquí la *carga* de aportar los indicios correspondientes o pertinentes en apoyo de los motivos aducidos. Como se ve, en tal caso, la carga, en cuanto a las pruebas, está atemperada, a diferencia de lo establecido en cuanto a las razones que deben ser explícitamente alegadas. La prueba de presunciones, en suma, no constituye derogación a la regla de la carga de la prueba establecida en el art. 1.214 CC.; especialmente en el sentido de que no dispensan de cualquier prueba a aquel a cuyo favor tiene lugar.

La Ley (arts. 96 y 179.2 LPL)<sup>98</sup>, que recogen un mecanismo probatorio de carácter manifiestamente indiciario en el sentido más amplio del término) ha establecido un reparto de la prueba

<sup>97</sup> Cfr. STCo. 114/1989, Fj. 5.º.

<sup>98</sup> Reglas que deben considerarse proyectables, en virtud de los arts. 180 y 181 LPL, a la tutela de los restantes derechos fundamentales y libertades públicas.

atendiendo a lo que cada una de las partes procesales están realmente en condiciones de probar. Pero el legislador no ha llegado a consagrar la técnica de inversión de la carga de la prueba; la estructura de los arts. 96 y 179.2 LPL no obedece a la técnica de inversión de la carga de la prueba<sup>99</sup>. Puede entrar en juego, eso sí, el «principio de prueba» (V. supra, apdo. III) y la «prueba de presunciones» o «prueba de indicios» (denominación ésta menos satisfactoria, como hace notar GUASP<sup>100</sup>); pero ellas no dispensa de la prueba. Es ésta de ordinario una variedad de *prueba indirecta*<sup>101</sup>, el Juez se encuentra frente a un hecho diverso del hecho a probar, pero este hecho le sirve para llegar, por la vía de la experiencia, al hecho a probar en el proceso (la existencia de discrimi-

<sup>99</sup> En este sentido, entre otros, GARCIA-PERROTE, I.: «Causas del despido nulo», en AA.VV.: «Estudios sobre el despido disciplinario», Madrid, 1992, pág. 562.; MARTINEZ ABASCAL, V.; PEREZ AMOROS, F.; ROJO TORRECILLA, E.: «La modalidad procesal...», op. cit., pág. 143; ALBIOL MONTESINOS, I.: «Tutela de la libertad sindical», en «AL», núm. 6 (1989), pág. 64 y la bibliografía citada en notas precedentes.

<sup>100</sup> GUASP, J.: «Derecho Procesal Civil», I, cit., pág. 414. Señala ALBIOL MONTESINOS («La modalidad procesal...», op. cit., pág. 1237) que la peculiaridad en materia de actividad probatoria estriba «en que la prueba del demandante (trabajador) será, normalmente, prueba de presunciones, poniendo de relieve la serie de indicios de los que pueda racionalmente presumirse la existencia de la violación denunciada». Mecanismo probatorio que no supone inversión de la carga de la prueba.

Hace notar CARNELUTTI («Sistema de Derecho...», op. cit., p. 441) que la presunción se usa en dos sentidos: para indicar el objeto que se utiliza para la deducción (indicando el hecho que proporciona la presunción, pero que en sí mismo no tienen una finalidad probatoria), o la deducción misma que de él se deriva (la consecuencia que la Ley o el Juez deducen de un hecho conocido no destinado a hacer funciones de prueba para llegar a un hecho desconocido).

<sup>101</sup> Sobre la diferenciación existente entre prueba directa y prueba indirecta, consúltese CARNELUTTI, F.: «La prueba civil», trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo, 2.ª ed., Buenos Aires, 1982, págs. 53 y sigs. Subraya CARNELUTTI (Ib., pág. 67) que a diferencia del tipo simple de prueba directa, el tipo complejo de la prueba indirecta muestra la *separación* entre el juez y el hecho a probar, puesto que el contacto lo establece un *hecho intermedio*, que forma el anillo de conjunción entre aquellos dos términos.

nación o lesividad del derecho fundamental); técnicamente son «presunciones simples», pruebas críticas, en las que la ley permite la libre apreciación del juez («praesumptiones hominis»)<sup>102</sup>. Reténgase que las presunciones «hominis» no alteran los principios comunes de la carga de la prueba<sup>103</sup>. Dato diferenciador de las reglas generales del «onus probandi» es la suficiencia legal de la prueba indiciaria en tales casos para considerar integrado el requisito de la carga de la prueba en el demandante-trabajador según el programa normativa del art. 1214 C.c. En verdad, aportar indicios no es lo mismo que aportar prueba *plena*<sup>104</sup> de la dis-

<sup>102</sup> Vid. CARNELUTTI, F.: «Sistema de Derecho Procesal Civil», cit., págs. 538 y sigs.; Id.: «Instituciones del Proceso Civil», trad. S. Sentís Melendo, vol. I, Buenos Aires, 1989, págs. 260-261.

<sup>103</sup> Vid. MONTERO AROCA, J.: «El proceso laboral», t. I, cit., pág. 305.

<sup>104</sup> La prueba de indicios no es prueba plena de la discriminación, como hecho a probar; que efectivamente no es lo pone de manifiesto la relativa «sobrecarga» que pesa sobre el demandado-empresario. Esta especialidad existe, puesto que lo único que el trabajador-actor debe probar es la existencia misma del «hecho indiciario» o «hecho base» sobre el cual se construye y forma la presunción. Pero este hecho probado no es el hecho a probar (el hecho de la discriminación o lesividad del acto de despido), y aquí interviene la actividad probatoria del empresario dirigida a probar que existieron motivos razonables para el despido, siendo el Juez quien entrará o no en el convencimiento del dato procesal consistente en la verificación de que ha existido la alegada lesividad al derecho fundamental.

Estamos ante las fuentes de presunción, que, como se sabe, se trata de hechos que sirven para la deducción del hecho a probar y que no están constituidas por la representación de éste. Las fuentes de presunciones o indicios no son hechos representativos, en los que por su propia naturaleza, la función probatoria es esencial, sino hechos autónomos, cuya función probatoria es meramente incidental y surge por la eventualidad de una relación suya con el hecho a probar. Por ello, no cabe más que destacar el carácter esencialmente relativo de los indicios: un hecho no es un indicio en sí, sino que se *convierte* en tal cuando una regla de experiencia lo pone con el hecho a probar en una relación lógica, que permita deducir la existencia o no existencia de este» (cfr. CARNELUTTI, F.: «La prueba civil», cit., págs. 191-192). En la presunción lo que cae bajo la observación del juez es un hecho distinto del hecho a constatar (vid. SPINELLI, M.: «Las pruebas

crimination alegada y aquí hay, quiérase o no, un «aligeramiento», o más técnicamente, una «facilitación» de la prueba que, en cierto medida «corrige» o «matiza» la regla general de la prueba plena según el art. 1124 C.c.<sup>105</sup>. La prueba de la existencia del indicio (o indicios) equivale a obtener un *elemento inicial de prueba*<sup>106</sup> determinante de la presunción o, en general, una *prueba no plena* (respecto a la alegada pretensión de lesividad al derecho fundamental)<sup>107</sup>. Pero con ello no se consigue por si mismo alcan-

civiles», trad. T. A. Banzhaf y S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973, pág. 65).

Teniendo en cuenta la posición más activa del Juez a consecuencia de esta mecánica probatoria resultan de interés las consideraciones que sobre la función del Juez hace CALAMANDREI, P.: «La función de la Jurisprudencia en el tiempo presente», en CALAMANDREI, P.: «Derecho Procesal Civil (III). Estudios sobre el Proceso Civil», trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, págs. 223 y sigs.

<sup>105</sup> Reténgase que la regla general en materia de la prueba es que «La carga de probar recae sobre quien tiene el interés de afirmar; por tanto quien propone la pretensión, tiene la carga de probar los hechos constitutivos, y quien propone la excepción, tiene la carga de probar los hechos extintivos o las condiciones impeditivas o modificativas». Cfr. CARNELUTTI, F.: «Sistema de Derecho Procesal Civil», cit., pág. 96. La presunción sólo *alivia* esa carga probatoria, ya que en lugar del hecho presunto *deben probarse los presupuestos de la presunción*.

<sup>106</sup> Reténgase que incluso en el caso de que dicho «elemento de prueba» se tratare no de un indicio en sentido técnico sino de un auténtico «principio de prueba» se requerirá una mínima e inicial actividad probatoria, ya que el principio de prueba requiere un elemento probatorio que no produzca prueba plena y que es precisamente lo que hay que acreditar o debe estar acreditado (BURGOS LADRÓN DE GUEVERA, J.: «El principio de prueba...», op. cit., pág. 90). Recuérdese que el principio de prueba (en sentido estricto) no es equivalente a ausencia de prueba. Véase al respecto, la misma obra, págs. 16 y sigs.

<sup>107</sup> Al trabajador le corresponde aportar «la presencia de hechos de los que emerge la sospecha vehemente de que se está discriminando; demostrando este hecho, de él se deriva la existencia de la presunción, y es contra ésta contra la que debe alegar quien la niegue». Cfr. ALONSO OLEA, M.: «Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución», Madrid, 1982, pág. 183; Id.: «Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social», t. I, Madrid, 1982, pág. 56 (las reglas singula-

zar el nivel de prueba (plena<sup>108</sup>) que hace falta para que el Juez *forme su convicción*, la prueba del indicio reconocible puede no ser suficiente para lograrlo. Lo que tiene que aportar el trabajador-demandante es el hecho (indicio)<sup>109</sup> que proporciona la presunción en el sentido amplio de los arts. 96 y 179.2 LPL; ello permite establecer más bien con *probabilidad* que no *con certeza* la existencia o inexistencia de los hechos a probar (elemento de probabilidad). Aquí interviene de forma correlativa, también por el juego de aquellos preceptos, el empresario demandado, quien ha de probar la existencia de una causa real, seria y razonable (desde una perspectiva disciplinaria<sup>110</sup>) para despedir distinta a todo móvil discriminatorio o lesivo del derecho fundamental del trabajador, proporcionando, *en este sentido*, la prueba en contrario, que es lo que, al menos relativamente, sirve de referente probatorio al hecho indiciario (no exactamente al hecho a probar de la discriminación o lesión del derecho fundamental, sobre lo que no le corresponde un actividad probatoria plena<sup>111</sup>). En este sentido, la prueba que falte por completo y la prueba insuficiente (pue-

res sobre la carga de la prueba exigen la existencia de «un fondo o panorama discriminatorio general»).

<sup>108</sup> La prueba plena supone que «probar» un hecho significa demostrar (inequívocamente) la verdad del mismo y la demostración no se alcanzará, aun mediando prueba, cuando no basta para convencer.

<sup>109</sup> Un hecho diverso del hecho a probar.

<sup>110</sup> No se olvide que el proceso por despido se configura en nuestro sistema jurídico como proceso de «revisión» judicial.

<sup>111</sup> Dice significativamente el TC que «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». Cfr. STCo. 21/1992, Fj. 3.º. Más nítidamente aún: «no se trata tanto de probar un hecho negativo, sino el positivo de que el despido obedece a aquellas causas razonables, con exclusión de la discriminación alegada». Cfr. STCo. 135/1990, Fj. 3.º, y STCo. 180/1994, de 20 de junio de 1994, Fj. 2.º, y las que en esta última se citan en con la misma doctrina.

ba del hecho indiciario) no se equiparan en el esquema normativo de los arts. 96 y 179.2 LPL. La mecánica de la actividad probatoria impuesta en estas disposiciones pone gráficamente de relieve que no existe propiamente una inversión de la carga de la prueba. El resultado del *conjunto* de la actividad probatoria así «repartida» es lo que permitirá «acreditar» (en el sentido del art. 108.3 LPL) la causa inconstitucional del despido realizado. Basta reparar en el dato jurídico de que el indicio es en sí un hecho que *debe ser acreditado o probado*. El indicio es fuente de presunción pero también objeto o tema de prueba<sup>112</sup>. Aquí las presunciones simples u «hominis» se resuelven en permitir un pasaje del *hecho conocido* a otro *hecho ignoto* que constituye el objeto de la constatación mediante el procedimiento lógico deductivo<sup>113</sup>. Hasta tal punto es así que si el empresario no logra probar una motivación seria de su decisión de despedir se puede decir que el *hecho ignoto* que se quiere constatar *es* probado por su nexo lógico con el *hecho conocido*, sirviendo éste y el «fracaso» probatorio del empresario (respecto al motivo serio de despedir) de instrumentos de convicción del juez.

Al utilizarse en el proceso el mecanismo presuntivo, conduciendo al juez a la valoración probatoria por la llamada prueba de presunciones, se modifica o altera *el objeto* de la prueba para ambas partes del proceso<sup>114</sup>. En definitiva, se produce, aquí una modifi-

<sup>112</sup> Como enseña CARNELUTTI («La prueba civil», cit., pág. 193) se debe considerar al indicio de manera completa, o sea en su actitud *pasiva* de hecho que debe ser probado (tema de prueba) y en su actitud *activa* de hecho que sirve para probar otro (fuente de prueba). Sin embargo, la admisión o la percepción por el juez del indicio (o sea el hecho diverso del hecho a probar) no es la misma cosa que la percepción o la admisión del hecho a probar; es cosa distinta, precisamente porque en el primer caso el juez debe desplegar una actividad deductiva, que no se desenvuelve en el segundo. El indicio es, pues, un hecho del que el juez extrae el conocimiento, o sea la prueba.

<sup>113</sup> Vid. SPINELLI, M.: «Las pruebas civiles», trad. T. A. Banzhaf y S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973, pág. 67 a 77.

<sup>114</sup> Como hace notar V. CORTES DOMIGUEZ («Comentario al art. 1.214», en AA.VV.: «Comentario del Código Civil», t. II, Madrid, 1993, pág. 323)

cación de la carga de la prueba, no una exoneración ni una inversión de la misma.

«es evidente que en estos casos, la parte favorecida por la presunción, o que utiliza la presunción, *cambia la prueba del hecho presumido por la del hecho base de la presunción*. Lo que conlleva, al mismo tiempo, una alteración del objeto de la prueba *de la parte contraria* que, si lo quiere, podrá luchar contra el hecho base o contra la existencia del nexo lógico entre hecho presumido y hecho base»; o simplemente, en nuestro caso, será suficiente que pruebe una motivación seria del despido, porque así lo autorizan expresamente los artículos 96 y 179.2 LPL.