

**La tutela judicial de personas con discapacidad.
Un análisis de la aplicación a este colectivo de la modalidad procesal de tutela
de derechos fundamentales, una vez transpuesta al derecho español la
Directiva 2000/78**

Pablo Aramendi Sánchez
Magistrado, Juzgado Social 33 de Madrid

1. Punto de partida: la tutela judicial en materia de discriminación. Un resumen de la doctrina del Tribunal Constitucional

España se constituye en un estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Este es el texto del art. 1.1 de nuestra Constitución, norma que sienta las bases para garantizar una convivencia en la que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes constituye el fundamento del orden político y la paz social, tal como mas adelante propugna el art. 10.1.

Por eso, tras el Título Preliminar, la Constitución consagra su Título I a los llamados derechos y deberes fundamentales, núcleo normativo esencial para hacer que el contenido de los arts. 1.1 y 10.1, no se puedan interpretar como una norma programática, recolectora de intenciones de voluntad, sino como la base del ejercicio real de derechos por parte de los ciudadanos en sus relaciones como integrantes todos de una misma sociedad y en sus relaciones con los poderes públicos.

A éstos, el legislador constitucional les impone, art. 9.2, unas obligaciones en muchas ocasiones desatendidas:

- promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas
- remover los obstáculos que impidan o dificulten esa libertad e igualdad
- facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

En la cúspide del ordenamiento, los derechos fundamentales alcanzan un valor significativo esencial para calificar de democrático el régimen político y social por el que se organiza la convivencia entre los hombres y por ello, su salvaguarda y más aún su

efectivo disfrute, así lo revelan, a la par que su ignorancia y violación son demostrativas de una sociedad con escasa o nula calidad democrática.

Por estas razones, el legislador ha procurado desde la Constitución misma, establecer un mecanismo procedimental para garantizar el ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. El art. 53 CE nos revela así que:

- se constituye, frente a las veleidades y arbitrariedades del poder legislativo, una garantía en defensa de su inviolabilidad que va mas allá incluso de la reserva de ley, de modo que regulándose su ejercicio por norma de este rango y de carácter orgánico – art. 81 -, deberá respetarse el contenido esencial de cada derecho fundamental propuesto en el propio texto constitucional
- se reconoce el derecho de cualquier ciudadano a accionar, recabando la tutela en su ejercicio y disfrute, a través de un procedimiento judicial específico, basado en los principios de preferencia y sumariedad, derecho que culmina en el acceso al propio Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

Estas previsiones del legislador constitucional exigían un desarrollo procesal al nivel de la legalidad ordinaria que en lo relativo al orden social no llegó a producirse hasta la LPL de 1990. Esta circunstancia propició que fuera el Tribunal Constitucional quien solventara estas lagunas. Para ello acudió a los convenios internacionales suscritos por España y en esas fuentes bebió para incorporar unos principios y unas prácticas sobre los que se ha asentado el proceso de tutela de los derechos fundamentales.

Sentencia pionera en esta materia debe considerarse a la 38/81 [1]. En ella y partiendo de las previsiones contenidas en los Convenio 87, 98 y 135 OIT, se llega a la conclusión de que la dificultad probatoria de la motivación antisindical del despido se hubiera obviado trasladando al empresario la prueba de la razonabilidad de su decisión extintiva. La solución que ofrece el TC para garantizar el derecho a la libertad sindical, consiste en exigir del empresario una demostración de que su conducta no escondía un propósito atentatorio contra el ejercicio de ese derecho.

Este criterio se va consolidando en sucesivas resoluciones del TC, y la inversión probatoria no sólo se proclama para los derechos fundamentales específicamente laborales: sindicación, huelga etc., sino para los derechos del trabajador ciudadano; valga por todas la STC 166/88 [2].

De forma paralela el TC, elabora una doctrina que diferencia los principios de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley, de la interdicción de discriminación. Aquel compara situaciones presumiblemente iguales a las que se dispensa un trato diferente sin

justificación [3], mientras que la interdicción de discriminación hace referencia esencialmente a supuestos en los se trata de modo menos favorable a quienes presentan determinadas señas de identidad [4] que nos cualifican, distinguen e individualizan frente a los demás, o cuando se trata del mismo modo a quienes por presentar handicaps diferenciales, sólo son considerados en igualdad si se les dispensa un trato mas favorable.

En este segundo caso, es preciso no sólo la existencia de un trato diferenciado, sino discriminatorio. Para que el trato sea discriminatorio es preciso que el legislador haya identificado como particularmente odiosa la causa determinante de esa conducta diferenciadora. Y así ocurre con el art. 14 CE, con el art. 1 del Convenio 111 OIT [5], con el art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [6], con el art. 17 ET y muy especialmente con la legislación comunitaria art. 13 del Tratado de la Unión [7] del que derivan las Directivas 2000/78 y 2000/43 traspuestas al derecho interno a través de las leyes 51 y 62/03. En todas estas normas el legislador identifica determinadas cualidades o señas identitarias que individualizan y diferencian al ser humano, proscribiendo que por ostentarlas pueda esa persona ser tratada de peor condición o no favorecida para limar sus handicaps.

La sentencia 94/84 del TC, ejemplifica un supuesto en el que se diferencia entre lo que pudieran ser decisiones empresariales arbitrarias o carentes de justificación razonable y las decisiones discriminatorias y en el sentido de que no por ser inmotivada una decisión empresarial (en este caso un despido en periodo de prueba) necesariamente constituye un atentado al derecho a la igualdad de trato y su correlativa interdicción de discriminación [8]. Sigue con ello el TC los criterios elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [9] que argumenta que la desigualdad constituye discriminación cuando no persiga un fin lícito o no exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, criterios que también van a incorporarse a la legislación [10].

Mas adelante el TC, sentencia 21/92 entre otras [11], perfilará la exigencia de que para imponer la carga probatoria de la no discriminación al empresario es preciso que se invoquen y acrediten por el trabajador hechos de los que razonablemente inferir la sospecha de ese comportamiento.

Como resumen a todo lo indicado, cabe traer a colación la más reciente STC 87/04, que se pronuncia en los siguientes términos:

“Tratándose de la tutela frente a actos de discriminación, hemos subrayado reiteradamente la importancia que en relación con la misma tiene la regla de la

distribución de la carga de la prueba. Como señalamos en la STC 90/1997, de 6 de mayo (RTC 1997, 90) (F. 5), «la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador». Y proseguíamos: «Precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo (hoy recogida en los arts. 96 y 179.2 LPL [RCL 1995, 1144, 1563] ; SSTC 38/1981 [RTC 1981, 38], 37/1986 [RTC 1986, 37], 47/1985 [RTC 1985, 47], 114/1989 [RTC 1989, 114] , 21/1992 [RTC 1992, 21] , 266/1993 [RTC 1993, 266], 180/1994 [RTC 1994, 180] y 136/1996 [RTC 1996, 136], entre otras). La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981 [RTC 1981, 38] , FF. 2 y 3), finalidad en orden a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986 [RTC 1986, 38], F. 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 166/1987 [RTC 1987, 166], 114/1989 [RTC 1989, 114], 21/1992 [RTC 1992, 21], 266/1993 [RTC 1993, 266], 293/1994 [RTC 1994, 293], 180/1994 [RTC 1994, 180] y 85/1995 [RTC 1995, 85])». Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, añadíamos, «sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989 [RTC 1989, 114])- , que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso

y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (reflejan estos criterios las SSTC 38/1981 [RTC 1981, 38], 104/1987 [RTC 1987, 104], 114/1989 [RTC 1989, 114], 21/1992 [RTC 1992, 21], 85/1995 [RTC 1995, 85] y 136/1996 [RTC 1996, 136], así como también las SSTC 38/1986 [RTC 1986, 38], 166/1988 [RTC 1988, 166], 135/1990 [RTC 1990, 135], 7/1993 [RTC 1993, 7] y 17/1996 [RTC 1996, 17]). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador (SSTC 197/1990 [RTC 1990, 197], F. 1; 136/1996 [RTC 1996, 136], F. 4, así como SSTC 38/1981 [RTC 1981, 38], 104/1987 [RTC 1987, 104], 166/1988 [RTC 1988, 166], 114/1989 [RTC 1989, 114], 147/1995 [RTC 1995, 147] o 17/1996 [RTC 1996, 17])».

2. El panorama normativo tras la Leyes 51/03 y 62/03

El art. 13 del Tratado de la Unión Europea, modificado en este aspecto por el Tratado de Ámsterdam es la norma de derecho originario europeo que consagra la interdicción de discriminación por diversas señas identitarias de los ciudadanos, entre ellas la discapacidad.

De esta norma deriva la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En ella se proponen medidas concretas destinadas a los Estados miembros en la lucha contra la discriminación por religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual.

La citada Directiva se traspone al derecho interno y en lo que a la discapacidad se refiere a través de dos leyes: la Ley 51/03 de 2 de diciembre titulada “de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal a las personas con discapacidad” y la Ley 62/03 de “medidas fiscales, administrativas y del orden social”, mas conocida como Ley de Acompañamiento a los Presupuestos para 2004, que en el Capítulo III de su Título II, denominado “Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato”, reserva la Sección 3ª para regular las “Medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo”.

No es objeto de este trabajo el análisis de la normativa sustantiva por la que se desarrolla la interdicción de discriminación en el marco del empleo y la ocupación. Sólo me referiré a este conjunto de disposiciones en tanto resulta preciso para sentar las bases necesarias para el entendimiento de la tutela judicial como garantía para la protección frente a las prácticas discriminatorias.

La transposición realizada por el legislador nacional de la normativa comunitaria, no sólo de la Directiva 2000/78, sino también de la 2000/43 contra la discriminación por motivos raciales o étnicos, ha sido bastante desafortunada. La primera crítica haría referencia a los contenidos sustantivos de la normativa nacional perfilada en las citadas leyes 51 y 62/03. Y ello porque el legislador se ha limitado a una transposición de mínimos, sin aportar ningún elemento añadido de relieve al acervo legislativo nacional, evidenciando con ello la ausencia de voluntad de imponer medidas de avance en la lucha contra la discriminación mas allá de aquellas a las que viene obligado el Estado como socio comunitario. Incluso en algunos aspectos se aprecian defectos y lagunas en las nuevas normas internas que posiblemente obligarán al planteamiento de cuestiones prejudiciales.

La segunda, haría referencia a la metodología empleada para la transposición. En lugar de aprovechar la circunstancia que imponía la obligación de trasponer para elaborar una ley integral en materia de discriminación, comprensiva de las diferencias precisas para cada seña de identidad protegida, se ha optado por “esconder” la transposición en el revoltijo que constituyen año tras año las leyes de acompañamiento, a través del procedimiento de modificar parcialmente diversas leyes sustantivas, entre ellas el ET, y diferenciando tan sólo el tratamiento legislativo de la discapacidad, que se reserva para la Ley 51/03, pero tampoco en su integridad por cuanto algunos de los aspectos mas directamente relacionados con la discapacidad en el empleo se tratan dentro de la Ley 62/03, que a su vez se aprovecha para modificar determinados artículos de la LISMI.

Por otra parte y en lo que respecta a la tutela judicial como garantía del principio de interdicción de discriminación, las novedades legislativas se llevan a cabo a través de las dos normas referidas, la Ley 51/03 fijando un marco general para la aplicación de la tutela judicial como medida adoptada por los poderes públicos contra la discriminación y la Ley 62/03 modificando determinadas disposiciones de la LPL, en concreto sus arts. 96 y 181. El art. 96 para ampliar la inversión de la carga de la prueba a los procesos por discriminación por alguna de las identidades previstas en las directivas comunitarias y el art. 181 para incorporar el acoso como práctica discriminatoria tutelable a través del procedimiento específico del art. 175 y sig. LPL.

Si nos centramos más concretamente en la discapacidad y dado que la Ley 51/03 trata de la tutela judicial para combatirla, y la LPL, modificada en los términos indicados por la Ley 62/03, establece el cauce procesal para que dicha tutela sea efectiva, es preciso antes de entrar al estudio de la tutela judicial como garantía para la efectividad del principio de no discriminación en el empleo, analizar los problemas que se suscitan en torno a la convivencia de ambas disposiciones.

La norma sobre la que bascula esta cuestión es el último párrafo del art. 3 de la Ley 51/03 que dispone: “La garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo establecido en esta Ley que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación”.

En ella se nos indica:

- que es la propia Ley 51/03 la que, para los discapacitados y en el ámbito del empleo y la ocupación, garantiza la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades y por tanto la ausencia de discriminación directa o indirecta y las medidas de acción positiva, contenidos propios de la igualdad de oportunidades tal como se establece en su art. 1.1. Ello debe interpretarse en el sentido de que la Ley 51/03 sería de aplicación para resolver las controversias en las que se viera comprometido el principio de no discriminación de los discapacitados en el empleo y la ocupación.

- sin embargo, a continuación se indica que la ley tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta legislación específica no puede ser otra que la contenida en el Capítulo III de Título II de la Ley 62/03.

Ocurre no obstante que la Ley 62/03 es un auténtico batiburrillo que para su comprensión exige ser deconstruido. Este proceder lleva a las siguientes conclusiones:

- El Capítulo III de su Título II se descompone en tres secciones. Una primera referida a normas generales y por tanto para la aplicación del principio de igualdad de trato con relación a todas las señas de identidad protegidas por las Directivas 2000/78 y también 2000/43. Dichas normas, identifican su objeto, comprendiendo el propio de las citadas Directivas, art. 27.1; fijan el ámbito de aplicación de la Ley, tanto para el sector público como el privado, art. 27,2; y trasponen los conceptos legales de igualdad de trato, discriminación directa, indirecta y acoso, art. 28, precisos para una aplicación adecuada del principio de no discriminación.

- La segunda sección es la referida a la discriminación por causas de origen racial o étnico en todos los escenarios posibles, excluido el empleo y la ocupación que se trata en la sección siguiente.

- La tercera sección establece las medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por todas las señas de identidad referidas en las Directivas 2000/78 y 2000/43. Pero lo hace empleando dos mecanismos distintos. De una parte

genera nuevas normas: para fijar el ámbito objetivo de aplicación, art. 34, para identificar el significado de las medidas de acción positiva, art. 35, para incorporar la técnica de la inversión de la carga de la prueba a los órdenes civil y contencioso administrativo, art. 36, para fomentar la introducción de medidas antidiscriminatorias en la negociación colectiva, art. 42 y planes de igualdad de los poderes públicos y los agentes sociales, art. 43. De otra, en lo que constituye el resto del articulado incide en diversas leyes preexistentes modificando alguna de sus disposiciones: del ET los arts. 4.2.c) y e), 16.2, 17.1 y 54.2.g); de la LISMI los arts. 37 y 37bis; de la Ley 45/99 su art. 3.1.c), de la LPL arts. 96 y 181 y de la LISOS los arts. 8.12, 8.13bis y 16.2.

Al combinar ambas Leyes 51 y 62/03 la duda que surge es si el 2º párrafo del art. 3 de aquella significa que la Ley 51/03 deviene de aplicación supletoria a la Ley 62/03 y a todas las leyes preexistentes que ésta última en concretos aspectos modifica.

Considero que para que el primer inciso del último párrafo del art. 3 de la Ley 51/03 cumpla sus fines en orden a garantizar el derecho de igualdad de oportunidades de los discapacitados en el empleo, parece que la única interpretación plausible acerca del significado de supletoriedad que de dicha Ley se invoca respecto del Capítulo III de la Ley 62/03, pasa por considerar que la Ley 51/03 es supletoria de la Ley 62/03 en lo que respecta a las normas que la Ley 62/03 crea ex novo, es decir a las disposiciones generales contenidas en los arts. 27, 28, 34, 35, 36, 42 y 43, pero no podría considerarse a la Ley 51/03 como supletoria de las distintas leyes que la Ley 62/03 muy parcialmente en su articulado modifica.

Una interpretación distinta, considerar que la Ley 51/03 suple entre otras al ET y a la LPL, conduciría a su inaplicabilidad en orden a los fines en ella previstos, ya que estas normas ya establecen un marco sustantivo y procesal, técnicamente autosuficiente para proteger frente a prácticas discriminatorias y que no presenta lagunas que pudieran colmarse con la suplencia de otra ley.

No parece por todo lo indicado, y con relación a los discapacitados, que esa sea la voluntad del legislador. Antes al contrario se aprecia un deseo real de dotar a este colectivo de unos instrumentos más precisos y eficaces para alcanzar su integración social, lo que justificaría un trato legal más ventajoso frente a los ciudadanos discriminados por las otras señas de identidad referidas en el art. 13 del Tratado de la Unión Europea [12].

3. El objeto del proceso de tutela de derechos fundamentales. Las novedades tras las reformas introducidas por las Leyes 51 y 62/03

3.1. La discapacidad como contenido objetivo del proceso de tutela

Como se ha indicado con anterioridad, es con la LPL de 1990 cuando se introduce dentro del proceso laboral una modalidad procesal específica para tutelar los derechos fundamentales y por tanto las conductas discriminatorias en el marco del contrato de trabajo, tal como proponía y propone el art. 181 LPL.

Para un análisis ordenado de esta modalidad procesal es preciso antes de nada identificar el objeto del proceso, en concreto qué derechos fundamentales, de resultar vulnerados, encuentran protección a través de esta modalidad procesal. Derecho y vulneración son los dos polos que permiten su identificación.

Pues bien, de entrada la redacción que propone el legislador es ambigua. El capítulo IX se define como “tutela de los derechos de libertad sindical” lo que parece indicar que lo que se pretende es tutelar este derecho concreto y si acaso, por eso del plural empleado, aquellos derechos naturalmente relacionados con la libertad sindical como el derecho de huelga y el derecho de los sindicatos mismos a la negociación colectiva.

Tal interpretación la avalaría también la propia redacción del art. 175.1 que se refiere tan solo a los derechos de libertad sindical.

Sin embargo el art. 181, en contradicción flagrante con lo visto hasta ahora, extiende la aplicación de esta modalidad procesal a las demandas de tutela de los demás derechos y libertades fundamentales, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y el acoso [13].

Por lo tanto la modalidad procesal cobija sin exclusión toda pretensión que demande tutela por vulneración de cualquier derecho fundamental, entendiendo por tales los arts. 14 a 28 CE en consonancia con lo establecido en el art. 53.2 CE [14].

Ahora bien, la tutela de estos derechos impone un presupuesto que a su vez conecta con la competencia objetiva de la misma jurisdicción social. Y así el art. 175 LPL señala que la tutela se podrá recabar ante lesiones a la libertad sindical cuando la pretensión sea de las atribuidas al orden jurisdiccional social, de modo que si se trata de lesiones a la libertad sindical de colectivos excluidos de la jurisdicción social, en concreto los referidos en el art. 3 a) LPL en relación con el art. 1.3.a) ET, la jurisdicción social carecería de competencia para dispensarles esa tutela y deberían dirigirse al orden contencioso administrativo.

A su vez, el art. 181 impone el presupuesto de que se trate de controversias que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social. Se excluirían por tanto las controversias en que los derechos fundamentales no se hubieran visto comprometidos en el marco competencial establecido en el art. 2 LPL [15].

Especial relevancia cobra la identificación de los límites competenciales cuando lo que se invoca vulnerado es el derecho a la igualdad en su vertiente de no discriminación por razón de discapacidad y por la sencilla razón de que el juego conjunto de la Ley 51/03 y de la LISMI, Ley 13/82, pretende abarcar, con mayor o menor fortuna, toda la problemática social de los discapacitados.

Serán los propios límites competenciales de la LPL en su art. 2, especialmente sus apartados a) y b), los que identifiquen las relaciones jurídicas en las que pueden suscitarse controversias en las que se encuentre comprometida la discriminación por discapacidad, lo que no obsta para que se tengan que realizar las siguientes precisiones:

- la competencia del orden social será tanto para las controversias que sobre esta materia se susciten en un contrato laboral común, como las que puedan surgir en el desarrollo de la relación laboral especial de los trabajadores minusválidos en centros especiales de empleo del RD 1368/85
- la competencia será para todo tipo de controversias en las que la discriminación por desigualdad se genere tanto en el acceso al empleo, como en el empleo y también en la salida del empleo
- también correspondería al orden social conocer de todo tipo de controversias alegando un trato discriminatorio de los poderes públicos en relación con las prestaciones que deba recibir del sistema de Seguridad Social y también si la discriminación lo es en los sistemas de mejora de la acción protectora de Seguridad Social que trajeran causa en un contrato laboral
- de igual modo toda conducta discriminatoria por discapacidad en la que pudiera concurrir un sindicato frente a un afiliado
- también para los casos en que con fundamento en la discriminación por discapacidad se suscitaran controversias entre sociedades anónimas laborales y sus socios trabajadores
- y por supuesto cualquier otra competencia atribuida por norma legal al orden social cuyo sustrato escondiera la discriminación por discapacidad.

3.2. La tutela judicial preventiva

Construida la acción antidiscriminatoria bajo el presupuesto de que se haya vulnerado el derecho a la igualdad, debe despejarse si la vulneración exige lesión del derecho, entendiendo por tal una efectiva merma en su disfrute con afectación subjetiva para su titular, o si otras conductas aún no lesivas, al menos en su actualidad, pueden justificar y legitimar el ejercicio de la acción por el discapacitado.

Con carácter general debe indicarse que los tribunales españoles son reacios a admitir el ejercicio de acciones en los casos en los que no se dilucide un interés real sino preventivo. Así se pronunció la STC 71/91 al indicar: "...nada queda más lejos del papel que la institución atribuye a los órganos del Poder Judicial que la resolución de consultas hipotéticas planteadas por particulares que no tengan un interés inmediato en ellas. Es necesario que exista una lesión actual del interés propio, al margen del carácter o no fundado de la acción, lo que significa no sólo la utilidad o efecto práctico de la pretensión, sino la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante ejercicio de la acción. No pueden plantearse al Juez por ello cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga evidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor, se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera litis, pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo."

En este mismo sentido se pronuncia la STS de 28-12-98 RJ 388/99. el supuesto de hecho del que parte hace referencia a unos acuerdos adoptados por la empresa y un sindicato, que otro considera que pudieran resultar lesivos para sus intereses, si bien lo pactado no ha llegado a aplicarse y por tanto no se le ha producido al sindicato ninguna lesión real. Dice entonces el TS: "...ante la falta de lesión concreta del derecho de libertad sindical no cabe estimar el recurso, pues esta modalidad procesal de tutela no está configurada a modo de proceso cautelar por sí mismo para prevenir temidas lesiones futuras del derecho fundamental, sino que su objeto exige una concreta lesión que debe repararse y restaurar la situación preexistente sin perjuicio de que, partiendo de tal presupuesto, puedan adoptarse en su seno medidas cautelares instrumentales para reparar la situación (argumento ex arts. 175.1, 176 y 178 de la Ley de Procedimiento Laboral)" [16].

Pues bien, considero que este tipo de soluciones deben ser matizadas en los supuestos de discriminación y también en los casos de discriminación por razón de discapacidad. Existe discriminación, tanto directa como indirecta aún cuando no exista víctima concreta sobre la que haya recaído un daño efectivo y mensurable. Imaginemos un convenio colectivo en el que las partes acuerdan que la empresa no contratará trabajadores de raza árabe. Esta decisión, que contiene una clara discriminación directa,

sería impugnabile y habría acción contra ella aún cuando ningún trabajador con esa identidad específica hubiera intentado prestar servicios en ella.

Igualmente podría impugnarse un convenio que estableciera para su segundo año de vigencia una doble escala salarial apoyada en criterios aparentemente neutros pero que escondiera un trato más desfavorable para alguno de los colectivos protegidos por el art. 17 ET, aún cuando todavía no hubiera llegado el momento para la aplicación de sus previsiones.

La existencia de acción en ambos casos, aún cuando se careciera de víctimas efectivamente perjudicadas, estaría justificada en que el derecho a la no discriminación se viola no cuando se causa el daño a la víctima, que también, sino cuando se constituye la situación jurídica discriminatoria. En los ejemplos que se acaban de narrar la discriminación se imputaría a la fuente de la que deriva la consecuencia dañosa. Estaríamos vinculando la discriminación al propio acto creador de la norma aún cuando esta todavía no se hubiera aplicado.

Poder accionar de modo preventivo o con anticipación al daño discriminatorio es una facultad que recalcan las novedades legislativas en materia de discriminación.

Así se aprecia que la Directiva 2000/78 en su art. 2.2.a) señala que existirá discriminación directa cuando una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos desfavorable. Y en su art. 2.2.b) concibe la discriminación indirecta cuando una fuente aparentemente neutra pueda ocasionar una desventaja particular. Además define el acoso como discriminación cuando tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Verdad es que la transposición de esta Directiva a través de la Ley 62/03 mantiene el subjuntivo para la discriminación indirecta y sólo emplea el presente para definir la discriminación directa [17].

Pero no obstante, y sin perjuicio del posible defecto en la transposición de la norma comunitaria, que en su caso podría suscitar el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE, el art. 35 de la Ley 62/03 reconoce, como medidas de acción positiva, la adopción de medidas específicas a favor de los colectivos susceptibles de discriminación, destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten.

En materia de discriminación por razón de discapacidad, el legislador ha sido todavía más rotundo a la hora de fomentar el ejercicio de acciones preventivas o para solventar problemas de futuro [18].

La ley 51/03 en su art. 6.1, define las medidas contra la discriminación como aquellas que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada desfavorablemente, de manera directa o indirecta; incluso la prevención abarcará ex art. 8.1 a las medidas de acción positiva.

Y que duda cabe que un tipo de medidas a emprender contra la discriminación por discapacidad es recabar la tutela judicial, por lo que, en consonancia con lo dicho, el art. 18.1 de esta ley da contenido a la tutela para que comprenda todas las medidas precisas para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores.

De este modo la tutela judicial del discapacitado adquiere un reforzamiento superior al que el legislador ofrece para la protección de los demás derechos fundamentales.

El art. 180 LPL, condensa el contenido de la protección judicial de modo que la sentencia que se dicte declarará la vulneración del derecho, ordenará el cese inmediato de tal conducta, repondrá al perjudicado en la situación anterior a que el derecho se vulnerara y establecerá la reparación de las consecuencias derivadas de la conducta atentatoria, incluida la indemnización que procediera.

Todas estas medidas presentan un perfil esencialmente reparador y resarcitorio para después de la violación del derecho fundamental.

En cambio, el art. 18.1 de la Ley 51/03 y con relación a la discriminación por discapacidad abre nuevas perspectivas para una mejor defensa de este colectivo de ciudadanos. Ahora se busca que la tutela judicial, incidiendo en la raíz, en la fuente de la medida discriminatoria, puede incluso prevenir daños futuros [19].

A su vez, el art. 8 de la Ley 51/03 trasponiendo al derecho interno el art. 7 de la Directiva 2000/78 concibe las medidas de acción positiva como aquellos apoyos específicos destinados a prevenir las desventajas. Desde esta perspectiva, la tutela judicial se configura de modo muy significativo como una medida de acción positiva en la lucha contra la discriminación de los discapacitados.

En definitiva. La lectura de estas disposiciones vinculada al resto del articulado antes detallado nos conduce a esta conclusión: en materia de discriminación y más rotundamente, de discriminación por discapacidad, la tutela judicial para ser verdaderamente efectiva, tal como propone el art. 24.1 CE, no puede limitarse a intervenir después de causados los daños derivados de conductas discriminatorias, sino que puede y debe tomar decisiones erradicando esas prácticas desde su concepción. Se consagra con ello el ejercicio de acciones preventivas.

3.3. Tutela judicial y vigencia de la relación jurídica

Otra cuestión también controvertida en relación con el ejercicio de la tutela judicial es si se encuentra condicionada a la propia existencia de la relación jurídica en la que la práctica discriminatoria ha tenido lugar.

La jurisprudencia ha sentado el criterio avalado por la STS de 26-7-95 RJ 6342 y reiterado por la de 20-6-00 RJ 5960, de «la irrelevancia del agotamiento de los efectos de la lesión en el tiempo sobre el ejercicio de la acción de tutela, porque, aunque ésta pueda perder como consecuencia del transcurso de tiempo su finalidad de imponer el cese inmediato del comportamiento (...), ese transcurso del tiempo no altera el contenido declarativo de la acción ni su alcance resarcitorio en orden a la reparación de los efectos producidos por la lesión».

Esta postura quedaría avalada por el art. 9.1 de la Directiva 2000/78 que obliga a los Estados miembros a velar por la existencia de procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones que en ella se disponen, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la readmisión. Todo ello sin perjuicio como en el art. 9.3 se indica, de las normas nacionales en materia de interposición de recursos en relación con el principio de igualdad de trato; es decir sin perjuicio de que la acción se ejercite con respeto de los plazos en materia de caducidad y prescripción vinculados en cada caso al contenido de la pretensión que se ejercite y en consonancia por tanto con lo establecido en el art. 177.2 LPL.

Es verdad que la transposición de la Directiva al derecho interno ignora tal cuestión al no efectuarse pronunciamiento alguno acerca de la extensión del derecho al ejercitar la acción de tutela previsto en las Leyes 51 y 62/03, pero el olvido del legislador nacional puede ser suplido con la jurisprudencia citada. Y en todo caso siempre queda abierto el planteamiento de una cuestión prejudicial que definitivamente aclare los límites para el ejercicio de la acción.

Otra cuestión relacionada con lo que se acaba de indicar es si la extensión que realiza la Directiva 2000/78 en orden al ejercicio de la acción en defensa de la igualdad de trato, incluso concluida la relación jurídica en la que la discriminación tuvo lugar, es si tal acción podría ser ejercitada incluso en aquellos supuestos en los que la relación contractual se hubiera extinguido por despido o resolución de contrato y en el procedimiento judicial empleado no se hubiera invocado el trato discriminatorio ni por tanto pretendido una indemnización específica por este motivo.

El contenido del último inciso del art. 9.1 de la Directiva 200/78 puede interpretarse en sentido favorable a su admisión, si bien habrá que tener en cuenta lo dicho por la STS

de 11-3-04 RJ 3401, que ha desestimado la posibilidad de resolver un contrato de trabajo por vejaciones del empresario y posteriormente instar una acción de responsabilidad civil como consecuencia de los daños causados por dichas vejaciones.

4. Legitimación para el ejercicio de acciones contra la discriminación

La pregunta que se encierra detrás de este capítulo es si el ciudadano sometido a un trato discriminatorio, cuando decide recabar la tutela judicial se tiene necesariamente que valer por sí mismo o puede un tercero ejercer la defensa de sus derechos e intereses.

El principio por el que se ha regido la capacidad para comparecer en juicio se ha concebido históricamente como una facultad personal vinculada al pleno ejercicio de los derechos civiles (art. 2 de la LEC de 1881).

Sin embargo esta vinculación de la acción a la persona directamente interesada e involucrada en la controversia litigiosa ha sufrido transformaciones.

La primera se aprecia a favor de los sindicatos para la defensa de los intereses de los trabajadores frente al empresario. La legitimación la otorga el legislador por una doble vía:

- a través del procedimiento de conflicto colectivo en el que se ventilan intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, art. 151 y 152 LPL, para lo que expresa y excluyentemente están legitimados los órganos de representación sindical o unitaria, es decir sindicatos o comités de empresa

- admitiendo que los sindicatos actúen en un proceso en nombre e interés de sus afiliados que así lo autoricen, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en esos trabajadores los efectos del proceso, art. 20 LPL.

La segunda transformación relevante atribuyendo legitimación procesal a instancias distintas del ciudadano directamente afectado por el resultado litigioso, tiene lugar con la nueva LEC, art. 11, que abre la posibilidad para que las asociaciones de consumidores y usuarios defiendan en juicio los intereses de los ciudadanos a ellas asociados, los intereses de la propia asociación y además los intereses generales de consumidores y usuarios.

Un nuevo hito en esta línea de incorporar al proceso a entidades defensoras de los intereses de la parte más débil de una relación jurídica se constituye a partir de las Directivas 2000/43 y 2000/78 [20]. En ambas, sus arts. 7.2 y 9.1 respectivamente, proponen la misma redacción: “Los Estados miembros velarán porque las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios

establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la presente Directiva.”

Sin embargo de nuevo el legislador traspone este mandato de forma cicatera pues en primer lugar ninguna referencia introduce en la Ley 62/03 y sólo contempla la posible legitimación asociativa en el art. 19 de la Ley 51/03, evidenciando de entrada el trato ya advertido por el que otorga un mayor grado de protección al discapacitado que a quienes hubieran sufrido discriminaciones que afectaran a otras señas identitarias. Todo ello lleva a la conclusión inicial de que las asociaciones de cualquier tipo que tuvieran un interés legítimo en velar por la igualdad de trato y no discriminación por cualquier seña de identidad, distinta de la discapacidad no encontrarían cobijo en la norma nacional para ejercer la defensa de los intereses y derechos de los ciudadanos discriminados.

Tal disparidad puede interpretarse en el sentido de que en el marco de las relaciones laborales ya están presentes los sindicatos y son ellos a los que se encomienda en régimen de monopolio la defensa de los intereses de los trabajadores y por tanto también de los que hayan sufrido algún tipo de discriminación.

No parece sin embargo que esta interpretación, que se trasluce de la voluntad del legislador nacional, se compadezca con lo dicho por el legislador comunitario, ya que en los distintos países de la Comunidad Europea también se reconoce el derecho de libertad sindical y la consiguiente legitimación procesal para la defensa de los intereses de los trabajadores [21] y no por ello se pone límite alguno a que, rompiendo el monopolio sindical, se abra la vía para que otro tipo de asociaciones más directamente vinculadas a la defensa del principio de igualdad de trato y no discriminación puedan efectivamente adquirir legitimación procesal para ello. Antes al contrario la lectura de los arts. 7.2 y 9.1 de ambas Directivas invita muy seriamente a considerar que la voluntad real del legislador comunitario es precisamente incorporar a nuevas asociaciones, distintas de los sindicatos, en la defensa de estos principios [22].

No obstante el problema de completa ausencia de legitimación que, desde la legislación nacional y una vez traspuestas las Directivas, se plantea para estas asociaciones, y con relación al resto de señas identitarias protegidas frente al trato discriminatorio, considero que puede perfectamente eludirse con relación a los discapacitados. Recordemos, tal como se indicó en el precedente Capítulo II de este trabajo, que la Ley 51/03 es supletoria de la Ley 62/03 en lo que respecta a las normas que esta última crea ex novo, es decir a las disposiciones generales contenidas en los arts. 27, 28, 34, 35, 36, 42 y 43, pero no podría considerarse a la Ley 51/03 como supletoria de las distintas

leyes que la Ley 62/03 muy parcialmente en su articulado modifica, entre ellas el ET y la LPL.

Si esta interpretación acerca del juego de las leyes 51/03 y 62/03 es compartida, se debe llegar a la conclusión de que su art. 19 resultaría también de aplicación para la defensa frente a los atentados discriminatorios a los discapacitados en el marco de la relación de trabajo.

Sin embargo aquí no acabarían los problemas. Antes se ha transcrito la norma comunitaria que reconoce la legitimación asociativa. Pues bien, el art. 19 de la Ley 51/03 reza como sigue: “ Sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación.”

No es preocupante la identificación de cuáles han de ser “las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos” de los que habla la norma nacional en una correspondencia más o menos fidedigna con “las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que tengan interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva”. Por tales habría que entender a toda asociación legalmente constituida de acuerdo con la LO 1/2002 y que contemplara entre sus fines la defensa de los discapacitados.

Lo que sí es relevante es el contenido de la legitimación conferida y relacionado con ello el tipo de proceso para el que en uno y otro caso estas entidades pueden intervenir. Mientras las Directivas comunitarias hablan de que estas asociaciones “pueden iniciar en nombre del demandante o en su apoyo , y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva”, el art. 19 precisa que “podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo su derecho a la igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación”.

Por lo tanto, el legislador nacional atribuye a estas asociaciones una legitimación paragonable a la que ostentan los sindicatos en defensa de los intereses individualizados de sus afiliados a través del art. 20.1 LPL.

En cambio la norma comunitaria prevé dos tipos distintos de procedimientos, los que se inicien en nombre del demandante y los que se realicen en su apoyo. Mientras los

primeros exigen la previa conformidad del afectado, los segundos, son más complicados de definir.

Por apoyo puede entenderse que la asociación puede intervenir coadyuvando al asociado en un proceso iniciado por éste. En tal caso la actividad de la asociación es residual y está vinculada a la decisión conforme del individuo que sigue disponiendo del proceso.

Pero también apoyo podría ser interpretado como una medida de acción positiva en defensa de los intereses generales de los discapacitados, en parangón a lo que supone la acción de conflicto colectivo en el orden social o la defensa de los intereses generales de los consumidores. En tal caso la necesaria conformidad del ciudadano interesado para que los efectos del litigio le afectaran podría perfectamente validarse con su adhesión posterior, a sus efectos, caso de que fuera necesario, para lo que podría emplearse el mecanismo previsto en el art. 15 LEC: llamamiento a juicio de los posibles directos interesados cuando se defienden intereses difusos de una colectividad.

Y de un modo más concreto, llevando la cuestión a la defensa del principio de igualdad de oportunidades para el colectivo de trabajadores discapacitados, una interpretación combinada de la norma comunitaria y de las disposiciones procesales nacionales, permitiría llegar a la conclusión de que estas asociaciones gozarían de legitimación para formular demandas de conflicto colectivo en apoyo de los intereses genéricos de los trabajadores discapacitados y respecto de cualquier fuente normativa que les resultara discriminatoria.

Esta interpretación, que colmaría la defensa de los intereses de los trabajadores discapacitados, reforzando su tutela no sólo acerca de sus controversias individualizadas frente al empresario, sino también en controversias donde se ventilaran intereses colectivos o también llamados difusos, situaría a las asociaciones en defensa de estos grupos humanos en situación equivalente a la que actualmente ostentan los sindicatos para la defensa de los trabajadores [\[23\]](#).

No obstante queda avisado el lector de la dificultad extensiva de la interpretación propuesta, vistos los estrictos términos en que se pronuncia el art. 19 de la Ley 51/03 y de su difícil aplicación por razones sustantivas y procesales al orden social y a los conflictos que allí podrían resolverse en relación a la discriminación de personas discapacitadas, lo que en definitiva conduce de nuevo a suscitar la conveniencia de plantear la correspondiente cuestión prejudicial.

5. Discriminación e inversión de la carga de la prueba

Ya me referí en el capítulo I de este trabajo a la actividad desarrollada por el TC que desde sus primeras resoluciones se dirigió a la elaboración de una doctrina orientada a dotar al ciudadano de herramientas eficaces para la protección de sus derechos fundamentales.

Uno de los hitos en los que este cuerpo doctrinal se asentó fue la denominada inversión de la carga de la prueba.

La STC 87/04 parcialmente transcrita en el capítulo I, como adecuado resumen de la elaboración doctrinal del TC sobre la materia, proporciona los datos identificativos de este mecanismo de naturaleza procesal que constituye una excepción a las reglas generales que sobre la carga probatoria estableció en su día el art. 1.214 CC y en la actualidad el art. 217 LEC.

Debe recordarse que esta norma distribuye entre demandante y demandado la carga probatoria de los hechos sobre los que se asienta la controversia litigiosa, de modo tal que el demandante corre con la demostración de los hechos constitutivos de su pretensión y el demandado con la de los hechos que impidieran, enervaran o extinguieran la eficacia jurídica de aquellos hechos constitutivos. La aplicación de la regla general obligaría a quien alega haber sido objeto de un trato discriminatorio a probar los hechos en los que fundamenta tal pretensión.

Sin embargo la propia LEC, sin duda pensando en las precedentes conclusiones a las que llegó el TC sobre la materia, establece en el apartado 5 del citado art. 217 una regla genérica que excepciona a su vez el criterio general que se acaba de describir. Y de este modo el citado art. 217.5 señala que “las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes”. Por tanto si existe una regla legal que expresamente establezca otros criterios en orden a la distribución de la carga de la prueba a ellos habrá de estarse con preferencia a las reglas generales de los apartados 2 y 3 del art. 217.

En el orden social [\[24\]](#) se ha venido contando, como consecuencia de la línea doctrinal elaborada por el TC, con una norma específica, el art. 179.2 LPL que consagraba, dentro del proceso de tutela de los derechos fundamentales, la citada regla de la inversión probatoria: “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”. Y ya vimos también que

aún refiriéndose la norma a la tutela de la libertad sindical, la fuerza expansiva propuesta por el art. 181 LPL extendía a todo derecho fundamental la posibilidad de aplicar el criterio inversor de la carga probatoria.

Pero además se contaba con el art. 96, enclavado en la sección que regula la prueba dentro del proceso, y que venía a consagrar de modo específico la inversión probatoria para las discriminaciones por razón de sexo.

Un paso hacia delante se alcanza con la ley 62/03. Su art. 40 [25] modifica el indicado art. 96 LPL y ahora la inversión probatoria se proclama frente a toda seña identitaria protegida por las directivas antidiscriminación. Esta disposición responde a lo preceptuado en el art. 10.1 de la Directiva 2000/78 y 8.1 de la 2000/43 [26].

A su vez la Ley 62/03 en su art. 36 traspone este mandato para los órdenes contencioso y civil, en el entendimiento de que el orden social ya cuenta con disposiciones específicas sobre la materia, y bajo el rótulo de “carga de la prueba” introduce en procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en los que de algún modo se ventilen controversias en materia de discriminación relacionadas con el trabajo, el contenido mismo sobre inversión probatoria fijado en el art. 96 LPL.

En cambio en la Ley 51/03 y con relación a los discapacitados se introduce un art. 20.1 bajo el rótulo “criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes” que, regula la inversión probatoria de forma distinta cuando indica: “ En aquellos procesos jurisdiccionales en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de graves indicios de discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad, el juez o tribunal, tras la apreciación de los mismos, teniendo presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio y el principio procesal de igualdad de partes, podrá exigir al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”

En mi opinión esta disposición, vinculada a su apartado 2, no resultaría de aplicación mas que en los procesos contencioso administrativos no sancionadores y a los procesos civiles donde se ventilaran diferencias de trato para los discapacitados, pero no a los laborales en los que la norma a emplear sería el art. 96 LPL en la modificación que acabamos de ver establece el art. 40 de la Ley 60/03.

Las razones que justificarían esta posición serían las siguientes:

- la ya apuntada en el Capítulo II precedente relativa a que la Ley 51/03 es supletoria de la Ley 62/03 en lo que respecta a las normas que la Ley 62/03 crea ex novo, es decir a

las disposiciones generales contenidas en los arts. 27, 28, 34, 35, 36, 42 y 43, pero no podría considerarse a la Ley 51/03 como supletoria de las distintas leyes que la Ley 62/03 muy parcialmente en su articulado modifica

- su estrecha vinculación con el art. 217.5 y 6 LEC

- y a la vez su disparidad con la regla contenida en el art. 96 LPL conforme la cual la inversión de la carga probatoria es una decisión obligada para el juez cuando se aprecie la existencia de indicios fundados de discriminación y no una decisión que podrá adoptarse atendiendo a la disponibilidad probatoria de demandante y demandado y al principio de igualdad de partes en el proceso.

En cualquier caso no deja de sorprender que el legislador establezca en la Ley 51/03 y para los discapacitados una norma menos protectora que el art. 36 de la Ley 62/03. De este modo esta última disposición cobijaría a los discapacitados que se vieran discriminados en el trabajo, mientras que el art. 20.1 de la Ley 51/03 sería de aplicación a los discapacitados cuando la discriminación se produjera en contexto distinto de la relación laboral.

El TC en su labor profiláctica ha llegado mas lejos. No sólo ha elaborado el mecanismo de la inversión probatoria sino que además ha fijado los dos polos sobre los que se asienta su adecuada utilización. Y así ha indicado que no es suficiente invocar vulnerado un derecho fundamental para que se ponga en marcha el mecanismo inversor y se obligue al demandado a demostrar la razonabilidad de su conducta. Quien alega la lesión de un derecho fundamental debe aportar un indicio razonable de que ese derecho se pudo ver comprometido por la conducta del demandado. Se debe aportar por tanto un elemento fáctico que permita sospechar acerca de la verosimilitud de esa posibilidad. Aportado el indicio entonces y sólo entonces el peso demostrativo de una conducta razonable y ponderada recae sobre el demandado.

Trasladando estos argumentos a los casos en que se invoque lesión al principio de igualdad de trato y consiguiente discriminación con fundamento en alguna de las señas de identidad protegidas, considero que el indicio que va a permitir la inversión probatoria se ha de asentar:

- de una parte en la demostración de que esa seña de identidad concurre en la persona discriminada

- de otra en la probabilidad de que con causa en esa seña de identidad la persona pudo ser discriminada

Imaginemos un supuesto en el que se invoque discriminación con causa en la discapacidad. El discapacitado deberá acreditar obviamente que ostenta esa condición personal. Por tanto que cumple los presupuesto legales que lo definen como tal y recogidos en el art. 1.2 de la Ley 51/03. pero también considero que deberá aportar un indicio que permita sospechar que el demandado conocía su condición personal de discapacitado, pues no cabría hablar de discriminación por parte de quien desconoce la concurrencia de la seña de identidad que caracteriza a esa persona y justifica su especial protección.

Y repito, el TC exige la aportación de un dato demostrativo de la probabilidad de un propósito atentatorio contra un derecho fundamental, no de que efectivamente el derecho se hubiera vulnerado, pues entonces no se estaría invirtiendo la carga probatoria, ni tampoco de que efectivamente el demandado conociera a ciencia cierta de su condición personal protegida [27].

Ahora bien, no en todos los casos la inversión de la carga probatoria exigiría esa demostración por parte del demandante. En aquellos casos en los que la seña de identidad fuera notoria, vgr. la raza, muchos supuestos de discriminación por edad o por discapacidad, la inversión probatoria podría operar directamente por cuanto la seña de identidad protegida frente a actuaciones discriminatoria constituye un hecho evidente para las partes, por sí mismo demostrativo de su conocimiento por el demandado, lo que le obligaría sin mayores exigencias a demostrar la razonabilidad y oportunidad de su conducta [28].

El legislador comunitario y después el legislador nacional han identificado distintas prácticas a través de las cuales puede una persona ser discriminada. Se habla así de discriminación directa, discriminación indirecta, de acoso y de orden de discriminar. Su identificación no es objeto de este trabajo sino de otras ponencias del curso, pero ello no obsta para que ahora se deba responder a una pregunta: ¿ en todos estos casos es aplicable el mecanismo de inversión de la carga de la prueba?

Como acabamos de ver la inversión probatoria alivia de prueba a la parte a la que le correspondería la demostración de un hecho. Mas concretamente y en materia de discriminación se alivia a quien presuntamente ha sufrido esa vejación de acreditar la voluntad real subyacente en la conducta del agresor. Por lo tanto, la inversión probatoria sólo tiene sentido cuando concurren las siguientes circunstancias:

- un agente que por acción u omisión dispense un trato menos favorable a una persona que a otra en situación análoga. En el marco de la relación laboral los supuestos típicos serían el despido, diferente retribución, peores condiciones de trabajo etc.

- la conducta del agente pueda responder a un móvil oculto que no se infiere de forma directa de su proceder.

En este contexto, la inversión probatoria tiene como finalidad evidenciar ese móvil oculto discriminatorio que guía la conducta del agente. Y la evidencia no se obtiene por medio de una prueba directa que así lo demostrara, sino tras un proceso deductivo de tipo excluyente: la no acreditación de un actuar razonable y proporcionado por parte del agente, lleva a la conclusión de que ese móvil oculto era la auténtica guía de su comportamiento.

Por eso la inversión probatoria operaría en los supuestos de discriminación directa. En estos casos, el agresor dispensará un trato más desfavorable sin expresar justificación alguna en su comportamiento o expresando razones vagas o carentes de prueba, pero siempre sin revelar de forma clara y directa el móvil discriminatorio subyacente.

En los supuestos de discriminación indirecta la discriminación se logra mediante la aplicación de una norma o práctica objetivamente neutra, lo que obliga a quien invoca este tipo de actuar discriminatorio a la demostración de que esa medida carecería de la pretendida neutralidad pues las consecuencias objetivas de su aplicación consiguen el efecto de discriminar. Es habitual que la discriminación indirecta se base en datos estadísticos que son los que vinculan la medida que se tacha de discriminatoria con el colectivo de afectados por ella cualificado por una de las señas identitarias ante las que se proscribe la discriminación: mujeres, discapacitados etc., siendo esta vinculación la que en definitiva acreditaría la no efectiva neutralidad de la medida.

La probanza de todo ello resulta inexcusable y en este contexto la inversión de la carga probatoria en sentido estricto carece de sentido [29] ya que el demandante estará siempre obligado a demostrar su afirmación de partida: las consecuencias objetivamente discriminatorias de la medida.

Cuestión distinta es que verificado este hecho, el demandado pueda defenderse acreditando objetivamente que la medida responde a un fin legítimo y los medios empleados para ello son proporcionados. Lo que significa que el legislador reconoce al demandado, ex art. 217.3 LEC, la posibilidad de invocar hechos impeditivos o enervatorios de la eficacia jurídica que se desprende de los hechos acreditados por el demandante. Pero ello no supone que, a diferencia de lo que acontece con la discriminación directa, al demandante se le exima de la prueba demostrativa de los hechos en que fundamenta la no neutralidad de la medida impugnada.

Junto a los conceptos de discriminación directa e indirecta, introduce por primera vez el legislador en el ordenamiento jurídico una definición de acoso, si bien vinculada a las prácticas discriminatorias.

Como de su lectura se puede apreciar, el acoso constituye un especial método de agresión caracterizado por tener como objetivo o resultado el atentar contra la dignidad de una persona, lo que se consigue mediante episodios reiterados de hostigamiento que constituyen un entorno humillante, intimidatorio u ofensivo par la víctima [30]. Al vincular el acoso a la discriminación, el legislador está regulando un tipo concreto de acoso en el que el agresor se identifica como persona intransigente que acosa movido por una intencionalidad especialmente repulsiva: la no aceptación de las señas identitarias que distinguen a determinados colectivos de personas y que son objeto de protección por las Directivas comunitarias que estamos analizando.

Pues bien, para calificar una conducta de acoso, es preciso demostrar los episodios de hostigamiento reiterados y que estos, por su gravedad y contumacia, son atentatorios contra la dignidad.

La dignidad humana se vulnera cuando se atenta contra los derechos fundamentales que nos permiten identificar a todo ser humano en cada momento histórico y social. Las prácticas de acoso orientadas a desposeer a la persona de su dignidad constituyen un atentado a la integridad moral, derecho fundamental protegido por el art. 15 CE.

Se aprecia por tanto que el acoso descrito en el art. 28.1.d) de la Ley 62/03 encierra un móvil discriminatorio y desde la perspectiva que nos ofrece la intencionalidad del agresor por sí mismo constituye un atentado al principio de igualdad de trato y consiguiente no discriminación recogido en el art. 14 CE, pero además, constituye un modo específico de agredir a través de la realización de episodios de hostigamiento susceptibles de crear un entorno humillante para la víctima y con ello atentar contra su integridad moral, en lo que supone una vulneración del art. 15 CE.

Dicho esto la conclusión a la que se debe llegar es que cuando se invoque acoso el demandante necesariamente debe acreditar los episodios de hostigamiento y el daño lesivo a la dignidad, que efectiva o que potencialmente se le hubiera podido causar.

En estos casos, tampoco puede emplearse el mecanismo de inversión probatoria. Ciertamente es que se podría argumentar que podría ser válido para acreditar los móviles que impulsaron al agresor, en definitiva para cualificar el acoso como discriminatorio tal como lo denomina el art. 28.2 de la Ley 62/03. No obstante fueran cuales fueran los impulsos que movieron la voluntad del agresor, el acoso, que no olvidemos constituye un actuar doloso que busca dañar a la víctima, constituye por sí mismo una práctica

contraria a los derechos fundamentales descritos, de forma que acreditada su existencia se alcanzaría ya el máximo nivel de protección. O dicho de otro modo daría igual para calificar unos episodios de hostigamiento como acoso, que el agresor buscara de la víctima una satisfacción sexual, la modificación de sus condiciones de trabajo o discriminarle por razón de sus señas identitarias; en todos los casos, las prácticas mismas que identifican este fenómeno ya resultan atentatorias a la integridad moral.

6. La garantía de indemnidad de los discapacitados

La garantía de indemnidad constituye una protección frente a posibles represalias para quien hubiera pretendido la tutela judicial en defensa de sus derechos.

En el marco laboral la primera norma que fija algún tipo de garantía de estas características es el art. 5.1.a) del Convenio 158 OIT que identifica entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo el hecho de presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o recurrir ante las autoridades administrativas competentes.

Fue de nuevo el TC en sentencias 7 y 14/93 [31] donde sentó la doctrina acerca de la garantía de indemnidad y a continuación en sucesivas sentencias el Tribunal ha venido resolviendo supuestos concretos en los que el debate se ha vinculado a la extensión de los actos susceptibles de obtener una protección de indemnidad. Resumen adecuado de todas ellas es la más reciente STC 87/04 que condensa la doctrina hasta ahora elaborada sobre esta cuestión. Dice en este caso el TC: *“la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón, hemos dicho que el derecho consagrado en el art. 24.1 CE (RCL 1978\2836) no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero [RTC 1993\14], F. 2; 54/1995, de 24 de febrero [RTC 1995\54], F. 3; 197/1998, de 13 de octubre [RTC 1998\197], F. 4; 140/1999, de 22 de julio [RTC 1999\140], F. 4; 101/2000, de 10 de abril [RTC 2000\101], F. 2; y 196/2000, de 24 de julio [RTC 2000\196], F. 3), de*

donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (SSTC 7/1993, de 18 de enero [RTC 1993\7], F. 3; y las ya citadas 54/1995, de 24 de febrero [RTC 1995\54], F. 3; 101/2000, de 10 de abril [RTC 2000\101], F. 2; y 196/2000, de 24 de julio [RTC 2000\196], F. 3), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997)].”

Novedoso resulta ahora que esta construcción esencialmente judicial, recibe la atención de las Directivas 2000/78 y 2000/43 que en sus arts. 11 y 9 respectivamente se pronuncian al respecto indicando lo siguiente: “Los Estados miembros, adoptaran en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a las personas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato”.

Limita la norma europea la protección a favor del ciudadano involucrado en reclamaciones de cualquier tipo (ante el empresario, administrativas o judiciales) destinadas a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato, vinculando por tanto la garantía de indemnidad al art. 13 de Tratado. De este modo que lo que se intenta proteger no es tanto el acceso a la tutela judicial como haberla instado en defensa de una controversia relacionada con el derecho a la no discriminación.

Se aprecia por tanto que la doctrina elaborada por el TC, vinculando la garantía de indemnidad al derecho a la tutela judicial y expandiéndolo incluso a todo tipo de actuaciones preprocesales y extraprocerales [32] relacionadas de algún modo con la tutela judicial, abarca un ámbito aplicativo, y por tanto protector, más amplio que el previsto en las Directivas comunitarias, ya que, vinculando indemnidad a la tutela judicial se garantizaría todo ejercicio de acciones en defensa de derechos o intereses de cualquier tipo, sin necesidad de que estuvieran en ello comprometidos derechos fundamentales ni tampoco el principio de igualdad de trato.

Sin embargo de nuevo se aprecia que la garantía de indemnidad en los concretos términos establecidos en las Directivas comunitarias, recibe de nuevo en su transposición un tratamiento peculiar.

La citada garantía como se acaba de indicar es una elaboración del TC que dimana del art. 24.1 CE pero que no encuentra referente legal en el ordenamiento español, de modo

que los tribunales la aplican con fundamento en lo dicho por el TC. Buen momento para alterar este estado de cosas y recoger este principio al nivel de legalidad ordinaria hubiera sido el momento de la transposición de las citadas Directivas.

Pero una vez mas la transposición sólo se lleva a cabo parcialmente y a través del art. 18.3 de la Ley 51/03, mientras que la Ley 62/03 guarda silencio.

Dice ahora el legislador que: “se adoptarán las medidas que sean necesarias para proteger las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades”.

Ubicada la norma en la Ley 51/03 su campo de aplicación queda limitado a los discapacitados y se excluyen a los demás colectivos protegidos. No obstante vinculada al principio de igualdad de oportunidades referido en el art. 4, la garantía abarca todo tipo de reclamaciones por discriminación directa, indirecta, acoso, incumplimiento de exigencias de accesibilidad, de obligaciones de realizar ajustes razonables y de medidas de acción positiva. Por tanto, y aún cuando esta norma no aporta ninguna mejora frente a la amplitud subjetiva y objetiva que proporciona la doctrina del TC, siempre constituye un refuerzo legal determinante de que la indemnidad podrá exigirse para los discapacitados ante cualquier orden jurisdiccional y frente a represalias tras el ejercicio de cualquier tipo de reclamación instada en defensa del principio de igualdad de trato. También por tanto en el orden jurisdiccional social.

[1] .- “la dificultad probatoria de la motivación antisindical, hubiera podido obviarse trasladando al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido, cualquiera que fuera su justificación formal y la viabilidad sustancial para romper la relación de trabajo. Esta es la solución que se recoge en decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT (así, 130 informe, caso número 673, párrafo 65), apoyadas en la Recomendación 143 (III, 6.2.e), dentro del marco general de «las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores» la libertad sindical, a las que obligan los Convenios OIT -87 (RCL 1977\997 y NDL 28460, tetra nota) (artículo 11), 98 (RCL 1977\989 y NDL 28460, tetra) (artículo 1.º) y 135 (artículo 1.º)-. La falta en la normativa laboral directa de precepto que recoja esta garantía o la no mención en aquellos de los candidatos a representantes de los trabajadores, para los que se recomienda indicada protección (como hacía el artículo 10 del Decreto 1878/1971), no es obstáculo a que, respecto de la libertad sindical, se reconozca que es el empresario el que debe probar que el despido, tachado de discriminatorio, obedece a motivos

razonables, extraños a todo propósito atentatorio a la libertad sindical, y que este principio se generalice a todos los trabajadores y, desde luego, a los trabajadores que son candidatos o que han sido presentados como candidatos a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores (punto sobre el que volveremos más adelante). Un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral, bien constituyan causa legítima subsumible en alguna de las de ruptura unilateral de aquélla, a impulso del empresario, bien sin legitimar el despido por causas excluyentes de su procedencia o por incurrir en nulidad se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional”

[2] .- “En el caso, como se ha visto, el INSALUD, como pudo haber hecho, no dio más explicación al despido que la de su voluntad resolutoria. Ante la presencia de un derecho a no ser discriminada, que la actora alegó informando de su embarazo, la empresa debió explicitar que los motivos que la movieron eran ajenos a tal hecho o situación, significativa de un plus o añadido al concreto derecho laboral -condición de mujer digna de protección más fuerte por desigualdad justificada- que la obligaba a su vez -a la empresa- a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria. Este deber ha sido señalado, por lo demás, por este Tribunal Constitucional al propugnar con su doctrina el uso de la inversión del *onus probandi* . Así se dijo ya en su STC 38/1981 (RTC 1981\38) fundamento jurídico 3.º: «un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral, bien constituyan causa legítima subsumible en alguna de las de ruptura unilateral de aquélla, a impulso del empresario, bien sin legitimar el despido por causas excluyentes de su procedencia o por incurrir en nulidad, se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional». Doctrina reiterada *mutatis mutandi* , en las SSTC 103/1983 y 104/1983 (RTC 1983\103 y RTC 1983\104)”

[3] .- la STC 125/03 describe claramente como opera el juicio de igualdad:” «el juicio de igualdad “ex” art. 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas» (SSTC 212/1993, de 28 de junio [RTC 1993\212], F. 6, 80/1994, de 13 de marzo [RTC 1994\80], F. 5, entre otras). Por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un «tertium comparationis» frente al que la desigualdad se produzca, que ha de consistir en «una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos» (ATC 209/1985, de 20 de marzo [RTC 1985\209 AUTO], F. 2). Así, puede decirse que dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en

ellos concurre una cualidad común, un «tertium comparationis» que opera como elemento definitorio de la clase, y son desiguales, cuando tal circunstancia no se produce. Conviene, por todo ello, examinar, en primer término, si los supuestos de hecho aportados por el órgano judicial como término de comparación guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere”

Una profundización en la diferencia entre el principio de igualdad ante la ley y el principio de igualdad en la aplicación de la ley en GAVARA DE CARA JUAN CARLOS “El término de comparación en el principio de igualdad en la aplicación de la Ley”, Westlaw de Aranzadi BIB 2004\1577

[4] .- debe advertirse en consonancia con M^a FERNANDA FERNÁNDEZ en “Notas sobre la evolución reciente de la normativa antidiscriminatoria: una perspectiva internacional” que en materia de discriminación se aplica el principio de atribución. Debe existir una norma que identifique la cualidad por la que la persona no debe ser discriminada para que entre en juego la interdicción de discriminación.

[5] .- El Convenio 111 tiene fecha de entrada en vigor de 15-6-60 y fue ratificado por España ese mismo año, antes de la democracia. En su art. 2 los signatarios se comprometen a “llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto” y es su art. 1 el que establece las identidades frente a las que se prohíbe toda discriminación en el empleo: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

[6] .- el Convenio se publica el 4-11-50 y España lo ratifica el 26-9-79. su art. 14 dispone: “Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier situación”.

[7] .- esta norma dispone que se podrán adoptar medidas adecuadas para luchar contra las discriminación por motivos sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual. Son relevantes también los arts. 21 y 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que en su art. 21 prohíbe la discriminación con causa en la discapacidad y en su art. 26 reconoce medidas que favorezcan la integración de los discapacitados

[8] .- dice el TC: “Que dicha resolución no consista en un despido causal fundado en una serie de motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria. En otros términos, la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, y de la que en el presente caso ha hecho uso la Empresa está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución Española”.

[9] .- son numerosos los pronunciamientos en este sentido, valgan desde la sentencia Fredin vs. Suecia TEDH 1991\4 a la más reciente sentencia Willis vs. Reino Unido TEDH 2002\36

[10] .- art 4.1 de la Directiva 2000/78 y art. 34.2.2º párrafo de la Ley 62/03 que dispone que “las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con cualquiera de las causas a que se refiere el párrafo anterior no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”

[11] .- dice esta sentencia: “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”.

En términos similares STC 180/94: “Pero igualmente hemos dicho que tampoco se ha de situar al empresario y ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia del referido móvil lesivo, y que sólo se le puede exigir el acreditamiento de que el despido obedece a motivos razonables ajenos a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión (STC 266/1993). A lo que debe añadirse que 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);

[12] .- las razones de por qué se dispensa a los discapacitados un trato más favorable que a los ciudadanos discriminados por su raza, orientación sexual, edad, religión o creencias, no se comprenden muy bien. Como indica CABRA DE LUNA MIGUEL ÁNGEL en “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social” en Revista del Ministerio de Trabajo nº 50, los discapacitados constituyen un grupo muy numeroso 3,5 millones en España y 50 millones en la nueva Comunidad Europea y todos ellos objetivamente conviven socialmente en condiciones desfavorables. Existen también otras señas identitarias como la raza o la edad que afectan a grandes grupos de población si bien no en todos los casos estos ciudadanos padecen discriminación. Ahora bien, que se trate del grupo mas numeroso e incluso el mas organizado socialmente, no justifica en mi opinión que ese trato de favor no se dispense a las demás tipos de discriminación, cuando todos son por igual aborrecibles.

[13] .- el acoso se introduce con la modificación que del art. 181 realiza la Ley 62/03

[14] .- La doctrina ha advertido con fundamento que derechos como la tutela judicial efectiva no pueden en puridad invocarse a través de este cauce procedimental y por la sencilla razón de que este derecho no se vulnera en las relaciones entre privados sino por los poderes públicos cuando juzgan y administran justicia. Y sin perjuicio de la protección, garantía de indemnidad, frente a represalias por recabar la tutela judicial. La tutela frente a estas represalias, traducida en una restricción o liquidación de derechos laborales, si sería perfectamente ejercitable a través de esta modalidad procesal en este sentido MOLINER TAMBORERO GONZALO en “EL proceso de tutela de libertad sindical y de otros derechos fundamentales” en Cuadernos de Derecho Judicial V, 2003, CGPJ, Madrid. Por lo mismo otros derechos fundamentales, por su propio contenido no parece que puedan verse comprometidos en el marco de la relación de trabajo, siendo obvio que a ellos por esta razón no se estaría refiriendo la norma

[15] .- un supuesto que citan los manuales al uso es la STS de 26-12-99 RJ 10088 en la que un sindicato pleitea frente a otros por considerar vulnerado su derecho al honor

[16] .-en similares términos STS de 8-10-97 RJ 5960 y 4-7-00 RJ 6623 esta última indica que: “existe ya doctrina unificada que no ha considerado tal pretensión como susceptible de tutela en sí misma considerada porque se ha considerado que no obedece a ningún interés actual sino a un interés de futuro sin ningún efecto práctico inmediatamente defendible”

[17] .- el art. 28 1.a) de la Ley 62/03 indica que hay discriminación directa cuando una persona sea tratada de manera menos favorable...y en su art. 28.1.b) precisa que hay discriminación indirecta cuando una fuente pueda ocasionar una desventaja.

[18] .- en mi opinión por las razones que se acaban de expresar considero que las otras identidades sobre las que se prohíbe el trato discriminatorio también serían susceptibles de recabar una tutela judicial preventiva. No obstante esta posibilidad es aún mas nítida para los discapacitados debido precisamente a que en la Ley 51/03 se cuenta con una norma que dota de contenido a la tutela que de forma expresa habla de la prevención de violaciones ulteriores.

[19] .- a la misma conclusión conduce el art. 9.1 de la Directiva 2000/78 cuando mandata a los Estados miembros para que velen por la existencia de procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones en ella establecidas. Entre ellas obviamente la prevención frente a la discriminación.

[20] .- la misma redacción se vuelve de nuevo a repetir en el art. 6 de la Directiva 2002/73 que modifica la Directiva 76/207 en materia de igualdad de trato de hombres y mujeres en el empleo.

[21] .- el art. 11.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a fundar sindicatos y afiliarse para la defensa de sus intereses.

[22] .- es opinión personal y como tal la recojo, que una de las características de los tiempos que vivimos es que la llamada unidad de clase sobre la que se asentaba la justificación y utilidad del sindicato, es un concepto que cada vez carece de mayor significado para interpretar a la sociedad y sus conflictos. Frente a esa unidad cada vez mas vaciada de contenido se abren nuevas vías de vindicación asentadas de forma individualizada en cada ciudadano y estrechamente vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales. Estas nueva formas de lucha contra la opresión y la desigualdad arbitraria, en las que incluso los intereses de quienes antes integraban una misma clase pueden verse enfrentados, exigen nuevos intérpretes y nuevos procedimientos.

No niego que todas estas reflexiones se emparentan en muy buena medida con los trabajos de ULRICH BECK y ELISABETH BECK-GERNSHEIM, en concreto “La Individualización”, Ed. Paidós, 2003.

[23] .- de nuevo en mi opinión, que este propósito se alcanzara lo considero esencial para la defensa del principio de igualdad de trato. Considero que en la actualidad los

sindicatos no cumplen un papel de vanguardia en la defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores en la relación laboral y más difícil aún es que cumplan ese papel en casos, como la discriminación por las señas identitarias relatadas, en los que en muchas ocasiones los intereses de distintos grupos de trabajadores se entrecruzan e incluso colisionan. Entonces la intervención en defensa de estos grupos de las asociaciones que combaten la discriminación deviene necesaria.

[24] .- y también en los órdenes contencioso y civil tras el art. 36 de la ley 62/04 y con relación a todas las señas de identidad referidas en las Directivas 2000/78 y 2000/43

[25] .- el texto del actual art. 96 es el siguiente: “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

[26] .- el texto es el siguiente: 1. Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

[27] .- un paso mas allá ofrece el legislador con relación a las trabajadoras embarazadas. En este caso la protección que proporciona no se canaliza a través de la inversión de la carga probatoria sino simplemente concluyendo en que todo despido de mujer embarazada es nulo salvo que se declare su procedencia. Basta entonces acreditar el estado de ingravidez para que opere la regla del art. 56.5 a) y b), aún en aquellos casos en los que el empresario desconociera esa circunstancia.

[28] .- no obstante hay que reconocer que pueden presentarse situaciones paradójicas de difícil solución. Pensemos en el despido de dos trabajadores uno de raza negra y otro de raza blanca. Ambos despidos responden al mismo patrón: el empresario no argumenta en la carta ningún motivo plausible e incluso reconoce la improcedencia de los despidos para limitar el abono de los salarios de tramitación. El trabajador de raza negra podría invocar esta condición y fundamentar con ello el carácter discriminatorio del despido, en cambio el trabajador de raza blanca no tendría acceso a ese argumento. La legislación antidiscriminación añadiría un plus de protección a uno frente al otro que se traduciría en una mayor carga probatoria para el empresario y un mayor riesgo de perder el juicio.

[29] .- no obstante hemos de tener en cuenta que las Directivas 2000/78 y 2000/43 aplican el mecanismo inversor tanto para la discriminación directa como indirecta

[30] .- la literatura con relación al acoso es muy amplia. Pueden consultarse mis trabajos sobre tal cuestión: “Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial” en Revista Aranzadi Social nº 2/02 (actualmente el artículo puede bajarse de la Westlaw Aranzadi) y también pendiente de publicación “El acoso en el trabajo como riesgo profesional”.

En mi opinión el término acoso laboral englobaría todo tipo de actos de hostigamiento, en el marco de la relación laboral, que buscaran atentar como la dignidad de la persona creando un ambiente humillante u ofensivo. Atendiendo a los móviles que impulsan en cada caso al agresor se pueden distinguir diferentes tipos de acoso: acoso sexual, acoso discriminatorio, acoso laboral en sentido estricto, mobbing (el causando por el perverso narcisista), acoso autoritario etc.

[31] Se dice en estas sentencias: “La medida disciplinaria del despido como respuesta al ejercicio de acción judicial aparece expresamente proscrita en el art. 5, c), del Convenio núm. 158 de la OIT, ratificado por España [«Boletín Oficial del Estado» de 29 de junio de 1985 (RCL 1985\1548 y ApNDL 3016)], al excluir de las causas válidas de terminación del contrato: «El haber planteado una queja o haber participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes». Pero tal restricción ha de hacerse extensiva, asimismo a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial, y ello por el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, no pudiendo anudarse al ejercicio de uno de estos derechos otra consecuencia que la reparación *in natura* cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho.”

[32] .- en este sentido es significativa la STC 55/04 que incluye dentro de la garantía de indemnidad a un trabajador represaliado por las cartas que en defensa de sus derechos había remitido a la empresa su abogado