

DERECHO LABORAL

Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales

SUMARIO

EDITORIAL

Cadenas de Suministro 667

DOCTRINA

GODÍNEZ VARGAS, Alexander: La carga de la prueba y la prueba de indicios como medidas compensatorias de equilibrio procesal en juicios de discriminación 671

BARRETTO GHIONE, Hugo: Cultura jurídica y “progresismo” en el Cono Sur: Estudio de la libertad sindical según tres variables analíticas .. 689

GIUZIO, Graciela, GANDINI, Ana Laura y PITA, Fabián: La protección de los trabajadores en los casos de insolvencia patronal a través de mecanismos de seguridad social. Análisis de su pertinencia a 30 años cumplidos de los primeros proyectos 713

PANIZZA DOLABDJIAN, Carolina: La negociación colectiva en el sector público. Ronda 2015-2016 731

DELGADO SOARES NETTO, Fernando: Algunos temas de interés en la negociación colectiva reciente 753

FEOLA, Carolina: Derechos laborales en el Tratado de Libre Comercio Uruguay-Chile 767

RIVAS, Ana Gabriela: Alcohol, drogas y notoria mala conducta. Una mirada a la jurisprudencia nacional 783

ANDRADE SOSA, Diego: El conflicto de leyes y jurisdicciones en las relaciones laborales internacionales 797

MONTEVIDEO



Fundación de Cultura Universitaria

RUY-LÓPEZ, Jimena: El órgano competente para la determinación de la organización más representativa en la negociación colectiva bipartita	815
DURÁN, Beatriz y FEOLA, Carolina: Definiendo al empleador: del conjunto económico a la subcontratación	833
SALSAMENDI, Gabriel: Revocación de acto administrativo por el Banco de Previsión Social. Mano de obra benévola. Requisitos	848
JURISPRUDENCIA	
690. Conjunto económico. Leyes de tercerización N° 18.099 y N° 18.251. Responsabilidad laboral en descentralización empresarial. Distribución de servicios. Proceso de distribución de productos	833
691. Mano de obra benévola, requisitos. Revocación de acto administrativo por el B.P.S. Legalidad objetiva. Teoría de los actos propios	848
DOCUMENTOS	
Leyes. Decretos. Consejos de Salarios	863
INFORMACIONES	
Valores de interés	871
BIBLIOGRAFÍA	
Carlos Blancas Bustamante. Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo	873
Valdete Souto Severo. Elementos para o uso transgressor do Direito do Trabalho	876
ÍNDICE GENERAL DEL TOMO LIX. Enero - Diciembre de 2016	883

ISSN 0797-2148



00264



9 770797 214805

5726



FUNDACION
DE CULTURA
UNIVERSITARIA

25 de Mayo 583 - 2 916 11 52
MONTEVIDEO - URUGUAY
www.fcuc.com.uy

TOMO LIX - Nº 264

OCTUBRE - DICIEMBRE 2016

DERECHO LABORAL

Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales



Fundación de Cultura Universitaria

1ª edición, febrero de 2017

© FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

25 de Mayo 583 - Tel. 2 916 11 52

Correo electrónico: ventas@fcu.com.uy

DERECHOS RESERVADOS

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro, total o parcial, del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin la autorización expresa del editor.

LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA PRUEBA DE INDICIOS COMO MEDIDAS COMPENSATORIAS DE EQUILIBRIO PROCESAL EN JUICIOS DE DISCRIMINACIÓN

por

ALEXANDER GODÍNEZ VARGAS*

Sumario:

I. Justificación. II. Las medidas compensatorias y la premisa de la desigualdad real. A. La normal y aparente licitud *prima facie* del acto discriminatorio. B. La dificultad de obtener la prueba directa de la causa que origina el acto discriminatorio. III. Las medidas compensatorias: la carga de la prueba y la prueba de indicios. A. Reglas generales sobre la carga de la prueba y la búsqueda de otras alternativas. B. Las cargas probatorias y su inversión. C. La prueba de indicios. IV. Del análisis de la prueba. A. El indicio. B. La satisfacción de la carga procesal. V. Las reglas probatorias excepcionales en caso de acoso u hostigamiento sexual. A. La flexibilización jurisprudencial de la prueba de indicios. B. Hacia la presunción de culpabilidad en las reformas legales.

Resumen:

El autor diagnosticando que la desigualdad real es un fenómeno cotidiano que afecta la dignidad del ser humano, indaga en torno a ciertas herramientas que el Estado debe garantizarle para lograr su tutela efectiva ante supuestos de discriminación. Analiza cómo ciertas medidas compensatorias tienden a asegurar el acceso efectivo a la justicia y con ello, el cumplimiento del principio del debido proceso. En tal sentido plantea que las medidas compensatorias en protección del principio de igualdad exigen acciones apropiadas o necesarias, no solo para facilitar al trabajador una mayor

* Alexander Godínez Vargas. Profesor de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Estatal a distancia.

facilidad para aportar la prueba al proceso, sino también para que el juzgador valore su imposibilidad de hacerlo. Para estos casos aborda como solución, desde la normativa y jurisprudencia, la distribución de la carga de la prueba que impone al empleador la carga de demostrar la inexistencia del acto discriminatorio o, lo que resulta igual, la existencia de un motivo objetivo que justifique su actuación.

Palabras clave: desigualdad real - Medidas compensatorias de la desigualdad - Actos discriminatorios - Carga de la prueba - Prueba por indicios - Inversión de la carga de la prueba.

I. JUSTIFICACIÓN

[1] La discriminación en el empleo y la ocupación es “un fenómeno cotidiano y universal” que afecta el desarrollo integral del ser humano y constituye un grave irrespeto a su dignidad; al mismo tiempo, la rebaja a la condición de simple mercancía o recurso productivo.

Pese a su esfuerzo por demostrar habilidades o destrezas, actitudes y conocimientos, otros criterios son los que determinan la contratación de una persona, el respeto de sus condiciones de trabajo o su separación, sin que ninguno de ellos guarde relación con la naturaleza, las obligaciones y demás requerimientos del puesto de trabajo.

[2] Ante la frustración que sufre la persona que ha sido objeto de un acto de discriminación, ella deposita la confianza en un Estado Social de Derecho que le garantice una tutela judicial efectiva y, por su medio, la reparación inmediata e integral de los daños y perjuicios sufridos.

[3] Por su parte, la efectividad del principio constitucional de tutela judicial depende, entre otros factores, de la facilidad de acceso al sistema judicial y, especialmente, del nivel de respeto del debido proceso legal.

[4] Cuando existe una desigualdad real entre las partes procesales (que no solo está presente en las relaciones materiales de trabajo, sino que también tiene reflejo en los juicios donde se discute sobre la existencia de prácticas de discriminación que involucran a los actores del contrato), solo mediante la adopción de “medidas de compensación” se puede garantizar el debido proceso legal. Es decir, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹, es preciso que “pueda hacer valer sus derechos y defender sus inte-

¹ Opinión Consultiva OC-16/99 del 1º de octubre de 1999, párrafos 117 y 119. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Obtenido desde: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones>.

reses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal”, para lo cual “el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”. Esto obliga a “adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”.

En la Unión Europea, las “medidas de compensación” a las que se refiere la Corte se denominan “medidas necesarias”, para asegurar la adecuada aplicación y protección del principio de igualdad de trato:

La directiva 76/207/CEE del Consejo Europeo del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo, dispone en su artículo 6 la obligación de que los Estados miembros “introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato [...] pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes”.

Años después, al aprobarse la directiva 97/80/CE del 15 de diciembre de 1997, correspondiente a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, el mismo Consejo Europeo precisaría que, como parte de estas “medidas necesarias”, están las reglas sobre el régimen de prueba. De tal modo se reconoce el derecho de los Estados miembros “a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante” (artículo 4.2). Esta misma decisión se adoptó en la directiva 2000/43/CE del 29 de junio del 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (artículo 8.2); también en la directiva 2000/78/CE del 27 de noviembre del 2000, relacionada con el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (artículo 10.2).

Específicamente, de las posibles medidas para favorecer a la parte demandante, el Consejo Europeo se ha referido a una de ellas: la admisibilidad de las pruebas. Esto sucedió en la directiva 2004/113/CE del 13 de diciembre del 2004. En ella se hace referencia al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios, así como a su suministro (artículo 9.2).

Como complemento a lo anterior, en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, la recomendación N° 143 sobre los representantes de los trabajadores (1971) menciona que cuando no existan suficientes “medidas apropiadas” de protección aplicables a los trabajadores en general, los Estados deberían adoptar, como parte de ellas, el imponer al empleador “cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado” (artículo 6).

Por consiguiente, las medidas compensatorias en protección del principio de igualdad exigen acciones apropiadas o necesarias, no solo para facilitar al trabajador una mayor facilidad para aportar la prueba al proceso, sino que, una vez admitida, se imponga al empleador la carga de demostrar la inexistencia del acto discriminatorio o, lo que resulta igual, la existencia de un motivo objetivo que justifique su actuación.

II. LAS MEDIDAS COMPENSATORIAS Y LA PREMISA DE LA DESIGUALDAD REAL

[5] En la *litis* que busca comprobar la existencia de un acto discriminatorio y sus consecuencias, las partes que se enfrentan se ubican en un plano desigual producto de dos realidades. Por un lado, la normal y aparente licitud *prima facie* del acto discriminatorio que se le atribuye al empleador; por otro, la dificultad de la persona trabajadora de obtener la prueba directa de la causa que origina el acto calificado como discriminatorio.

A. La normal y aparente licitud *prima facie* del acto discriminatorio

[6] La conducta que se aduce como discriminatoria se caracteriza por ser, “en apariencia” ,pluricausal. Salvo casos excepcionales ,como puede ser una discriminación directa en la cual existe un comportamiento empresarial que resulta no solo “objetivamente idóneo para lesionar”², sino también inusualmente claro con respecto a la única causa del acto, donde bastaría con acreditar el solo comportamiento patronal (vgr. ciertos comportamientos patológicos como el hecho de enviar un mensaje de WhatsApp para anunciar el despido eminente de la persona trabajadora sino obtiene de ella un favorecimiento sexual).

[7] El acto discriminatorio ocurre especialmente en ocasión del inicio o fin del vínculo contractual; sin embargo, es evidente que por la necesidad de

² Yolanda Valdeolivas García (1994) *Las conductas lesivas de la libertad sindical*. Consejo Económico y Social. Madrid. Pp. 132.

la persona trabajadora de acceder a un empleo, así como las limitaciones que tiene para obtener la prueba idónea que demostraría la práctica que denuncia, la mayoría de las referencias jurisprudenciales se relaciona con la extinción del contrato.

[8] Es posible que la pluricausalidad “aparente” del acto tenga obligatoriamente que desvelarse con motivo de un mandato legal o jurisprudencial que con frecuencia se impone al término del vínculo contractual.

Desde el punto de vista legal, cuando se establece un fuero especial de protección que exige, previo al despido, la autorización de un tercero (funcionario administrativo o judicial). Esto ha sucedido en Colombia, donde el juez niega el permiso solicitado por el empleador para despedir a un trabajador amparado por el fuero sindical, desmejorarlo o trasladarlo si no comprueba la existencia de una justa causa (artículo 408 del Código Sustantivo del Trabajo).

Conforme a la jurisprudencia de los Tribunales, al interpretar que la causa expresada en la carta de despido es la única que puede ser objeto de la *litis*. En relación con ello, la doctrina del Tribunal Constitucional Español menciona que “para justificar el despido, al demandado no se le admiten en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido”³. En Costa Rica, al haberse impuesto primero como criterio jurisprudencial de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia⁴, ha terminado siendo recogida por la última reforma legal aprobada en ese país en materia procesal⁵, con fecha de vigencia del 25 de julio del 2017.

[9] Por mandato legal también se puede llegar a establecer una presunción *iuris tantum* de la unicidad causal (especialmente al inicio del vínculo contractual) del acto del empleador que se reputa como discriminatorio; por ejemplo, esto sucede con la prohibición de solicitar a las trabajadoras oferentes la prueba de embarazo, o a cualquier persona trabajadora la prueba de VIH/SIDA. En estos casos, independientemente de que tales acciones puedan constituir una intromisión injustificable al ámbito de privacidad, se presume *iuris tantum* que el fin por el cual se solicitan es discriminatorio.

³ TCO 21/1992 del 14/02/1992, f.º 3º.

⁴ SCO 2005-13.205 de las 15:13 hrs. del 27/09/2005.

⁵ Ley N° 9343 del 25/01/2016 que reforma el Código de Trabajo. Artículo 500: “En caso de despido, el empleador o la empleadora solo podrá alegar como hechos justificantes de la destitución los indicados en la carta de despido entregada a la persona trabajadora”.

B. La dificultad de obtener la prueba directa de la causa que origina el acto discriminatorio

[10] La conducta discriminatoria es la culminación de una sucesión de actos concertados, de escasa o nula exposición pública, para a su vez reducir, intencionalmente, los elementos de prueba a favor del trabajador que denuncia su existencia.

Esto lo ha expresado la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo en su estudio *Libertad sindical y negociación colectiva: Protección contra actos de discriminación antisindical*⁶, al reconocer que “a menudo resulta difícil, cuando no imposible, para un trabajador probar que ha sido víctima de un acto de discriminación antisindical...”, lo que además “puede constituir un obstáculo insalvable para la reparación del perjuicio sufrido”.

Dicha dificultad también la ha tenido presente el Tribunal Constitucional Español, para quien “la dificultad probatoria de la motivación antisindical hubiera podido obviarse trasladando al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido”⁷. Esto es igualmente aplicable en cualquier otra causa en la que se discuta “la causa discriminatoria, o lesiva de otro derecho fundamental”⁸.

El nivel de dificultad que se trata de solventar es aún mayor en aquellas situaciones discriminatorias que tienen por origen el acoso u hostigamiento sexual como expresión de discriminación por género. En criterio de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, “nos encontramos en presencia de situaciones que se dan en un ámbito de intimidad, a escondidas, por tratarse de relaciones entre el jefe de una oficina y su subalterna, donde es de suponer que el sujeto acosador busque la ocasión adecuada para hacer sigilosamente proposiciones de índole sexual a su víctima, por el natural temor de que el resto del personal se entere de sus indebidas actuaciones”⁹. En definitiva, para este mismo Tribunal se trata de una “cobarde”¹⁰.

⁶ CEACR, 1994:párrafo 217.

⁷ TCO 38/1981 del 23/11/1981, fj 3º.

⁸ TCO 21/1992 del 14/02/1992, fj 3º.

⁹ Resolución 97-035 de las 9:40 hrs. del 14/02/1997.

¹⁰ Resolución 314-95 de las 9 hrs. del 29/09/1995.

III. LAS MEDIDAS COMPENSATORIAS: LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA PRUEBA DE INDICIOS

[11] Si debe revelarse la causa del acto promovido por el empleador, no hace falta recurrir a ciertas “medidas compensatorias” (por ejemplo, la prueba de indicios o la inversión de la carga probatoria) que tradicionalmente se han impulsado en materia de prueba y a las que luego se hará referencia.

Por consiguiente, en estas circunstancias el empleador debe aportar la prueba directa y objetiva de la causa del acto (sin que se aplique la reversión de la carga probatoria), mientras que la persona trabajadora no asume ninguna carga procesal, ni siquiera la prueba de indicios. Por su parte el juez, en ausencia de la prueba directa y objetiva, declara la existencia del acto discriminatorio, sin necesidad de apoyarse en el principio protector.

A. Reglas generales sobre la carga de la prueba y la búsqueda de otras alternativas

[12] Conforme al *onusprobandi*, cada parte debe probar el fundamento de su propia *intentio*¹¹.

Más allá de ello, de manera dinámica, la regla general de distribución de la carga probatoria consiste en que “a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella cualquiera que sea su posición procesal” (p.163).

[13] La aplicación mecánica de las reglas generales sobre la carga de la prueba se concibe como una limitante para proteger el derecho fundamental a la no discriminación.

Dicha limitación se deriva de la vestimenta de legalidad que arropa la conducta calificada de discriminatoria y la normal ausencia de pruebas directas en ese sentido. Esto dificulta que la persona trabajadora pueda cumplir con la tradicional distribución de la carga de la prueba y el diseño de la estrategia del caso.

Como lo dice el Tribunal Constitucional Español, lo antes mencionado también podría llegar a tener otros efectos significativos, como facilitar que la persona no pueda demostrar la existencia del acto discriminatorio y el empleador infractor encubra un despido que realmente atenta contra un derecho fundamental de la persona trabajadora; por ello mismo, también implicaría la

¹¹ Hernando Devis Echandía (1994) *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo II. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. Pp.154.

condena inmediata de readmisión, lo cual invoca estratégicamente causales improcedentes “cuya veracidad ni siquiera trata de probarse” o provoca defectos de forma cuyo único objetivo es impedir que llegue a tenerse por cierto un despido radicalmente nulo¹².

[14] Una solución a las limitaciones impuestas por las reglas tradicionales de la carga probatoria conllevaría la aplicación de ciertas “medidas de protección” relacionadas con los deberes procesales de las partes. De esta manera, se obligaría al empleador a revelar el verdadero sentido del acto calificado de discriminatorio, mediante la inversión de la carga probatoria o la aceptación de la prueba de indicios.

B. Las cargas probatorias y su inversión

[15] El redimensionamiento de las reglas tradicionales de la carga probatoria es la medida de protección más utilizada para lograr un correcto tratamiento de las denuncias por discriminación.

[16] En el caso de las normas de la Organización Internacional del Trabajo, la protección por medio de la asignación de cargas probatorias se establece en dos momentos: con motivo de la extinción del contrato y con motivo de la modificación de las condiciones de trabajo.

En el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) se dispone que, con el fin de que el trabajador “no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada”, deberá preverse que “incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación” (artículo 9.2).

Por su parte, en términos similares, la recomendación N° 143 sobre los representantes de los trabajadores (1971) lo contempla no solo para el despido de un representante de los trabajadores, sino también para cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo (artículo 6).

Efectivamente, la doctrina de la Organización Internacional del Trabajo es muy clara en supuestos en los que se discuten denuncias por discriminación sindical. Lo menciona el mismo Tribunal Constitucional Español al referirse a tales medidas de protección orientadas al tratamiento de las cargas probatorias, pues “esta es la solución que se recoge en decisiones del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. (así, 130° informe, caso núm. 673, par. 65), apoyadas en la Recomendación núm. 143 (III, 6.2 e)), dentro del marco general de «las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajado-

¹² TCO 21/1992 del 14/02/1992, fj 3°.

res» la libertad sindical, a las que obligan los Convenios de la O.I.T. -87 (art. 11), 98 (art. 1) y 135 (art. 1)”¹³.

No importa que se trate de una medida incluida en una recomendación de la Organización Internacional del Trabajo pues, como indica el mismo Tribunal: “las Recomendaciones de la O.I.T., si bien, como es obvio, distintas de los Convenios, y sin alusión directa en el art. 10.2 de la Constitución, son textos orientativos, que sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios”¹⁴.

Tampoco constituye un obstáculo para su aplicación inmediata al ordenamiento interno y al caso concreto “la falta en la normativa laboral directa de precepto” que recoja la garantía o el derecho en concreto”¹⁵.

[17] En este sentido, las directivas del Consejo Europeo mencionan la necesidad de que no solo existan hechos que puedan ser utilizados a manera de indicios, sino también que con base en ellos se atribuya al empleador la carga de la prueba. Así sucede con la directiva 97/80/CE del 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. En ella se les instruye a los Estados miembros que adopten con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, alegada la violación del principio de igualdad de trato y una vez presumida la existencia de una discriminación directa o indirecta, “corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”(artículo 4).

Posterior a ello y reiterando lo indicado en la directiva 97/80/CE del 15 de diciembre de 1997, pueden citarse la directiva 2000/43/CE del Consejo, del 29 de junio del 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico (artículo 8.1); la directiva 2000/78/CE del Consejo, del 27 de noviembre del 2000, correspondiente al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (artículo 10.1), y la directiva del Consejo 2004/113/CE del 13 de diciembre del 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (artículo 9.1).

En el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la directiva 2000/43/CE y la directiva 2000/78/CE, ya citadas y relativas al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en

¹³ TCO 38/1981 del 23/11/1981, f.º 3º.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, para la protección en el caso concreto de los candidatos a representantes de los trabajadores.

el empleo y la ocupación (*directiva de igualdad en el empleo*), se hace referencia expresa al concepto de “inversión” de la carga probatoria como medida de protección, al advertir que “un elemento clave necesario para garantizar el correcto tratamiento de las denuncias por discriminación es la inversión de la carga de la prueba ante los tribunales y demás autoridades competentes”¹⁶.

A pesar de la obligatoriedad de la transposición de la directiva comunitaria en el ordenamiento interno de los Estados miembros, la inversión de la carga probatoria es un mecanismo de protección que plantea amplios y exigentes retos, especialmente a los tribunales de justicia nacionales, que no siempre son posibles de satisfacer en la medida adecuada y con la celeridad deseada. Así, en el mismo Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo del 2014 ya se hacía mención del estudio realizado en el ámbito de la Unión Europea, específicamente de las dificultades encontradas y las acciones por emprender: “Inicialmente ocho Estados miembros tenían problemas para la correcta transposición del concepto de carga de la prueba”¹⁷. Algunos Estados miembros¹⁸ señalan que la aplicación correcta de la inversión de la carga de la prueba aún supone un reto y no es lo suficientemente conocida por los tribunales nacionales. La Comisión está fomentando la correcta aplicación de este concepto mediante la formación de los jueces nacionales y los profesionales de la justicia”.

[18] La fundamentación empleada por los Tribunales de justicia nacionales para la incorporación y uso de esta medida de protección en las sentencias donde se discute la existencia o no de prácticas discriminatorias por parte del empleador es diversa. En unos casos, al tomar como ejemplo la jurisprudencia española, se justifica al aludir a “un principio de justicia”¹⁹; “a la primacía o en el mayor valor de los derechos fundamentales”²⁰ o al hecho de con ello se trata de “recomponer el desequilibrio” existente. Así se sitúa “lejos de violar el principio de igualdad de armas”²¹.

[19] En algunos casos, los órganos jurisdiccionales se refieren de diversas formas a esta medida de protección. A modo de ejemplo, para el Tribunal Constitucional Español se trata de una “traslación” de la carga de la prueba²², mientras que para la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de

¹⁶ Bruselas, 17.1.2014. COM (2014) 2 final.

¹⁷ República Checa, Estonia, Italia, Chipre, Lituania, Hungría, Malta y Rumanía.

¹⁸ Bélgica, Malta y Eslovaquia.

¹⁹ TCO 38/1981 de 23/11/1981, f.º 3º.

²⁰ TCO 21/1992 del 14/02/1992, f.º 3º.

²¹ STSJ (Social) Madrid del 18/10/1991 AL 1992, ref.331.

²² TCO 38/1981 del 23/11/1981, f.º 2º.

Costa Rica es una “distribución” de la carga de la prueba o incluso del “desplazamiento” del *onus probandi*²³.

[20] En realidad, la medida de protección así enfocada no constituye estrictamente un supuesto de “inversión”, “traslación”, “distribución o redistribución” de la carga probatoria ni tampoco un desplazamiento del *onus probandi*. Más bien es parte de las reglas que integran el “régimen habitual” en materia de prueba²⁴, porque a la parte denunciada y a quien se le atribuye una conducta discriminatoria siempre se le ha exigido la presentación de la prueba directa que la exime de responsabilidad. Por consiguiente, el énfasis de la medida de protección no debe recaer en la asignación al empleador de la carga de presentar las pruebas con las que desvirtúe la discriminación alegada, sino en los indicios que debe aportar el trabajador para que se presuma como verdadera (*iuris tantum*) la existencia de la lesión al principio de igualdad de trato.

C. La prueba de indicios

[21] En lo que respecta a la prueba de indicios, esta “consiste únicamente en suministrarle al juez una base de hecho cierta, de la cual pueda inferir indirectamente y mediante razonamientos críticos-lógicos, basados en normas generales de la experiencia o en conocimientos científicos o técnicos especializados, un hecho desconocido cuya existencia o inexistencia está investigando”²⁵.

Se admite que si la persona denunciante de discriminación presenta indicios, esto puede ser suficiente para procurar su protección. Sin embargo, ello tampoco constituye una novedad, porque los indicios siempre han sido un medio de demostración en ausencia de prueba directa.

[22] La admisibilidad de este medio de prueba en denuncias por discriminación ha sido ampliamente aceptada. Dentro del contexto de la Unión Europea, la directiva 97/80/CE del Consejo del 15 de diciembre de 1997, ya citada, es un ejemplo de ello, al indicar que cuando existan “hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”, es la parte demandada quien debe demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato (artículo 4.1). En el mismo sentido, otros documentos que también hacen referencia son las directivas 2000/43/CE del 29 de junio del 2000 (artículo 8.1), 2000/78/CE del 27 de noviembre del 2000 (artículo 10.1), y 2004/113/CE del 13 de diciembre del 2004 (artículo 9.1).

²³ SCO 2005-13.205 de las 15:13 hrs. del 27/09/2005.

²⁴ En el mismo sentido, Yolanda Valdeolivas García, *op.cit.*, p.132.

²⁵ Hernando Devis Echandía, *op.cit.*, p.506.

[23] Sin embargo, hay países donde los Tribunales de Justicia han solicitado en distintas oportunidades que la persona denunciante presente una prueba más elaborada que la que tradicionalmente puede servir como indicio.

Por ejemplo, en Australia se criticó que los tribunales fueran “reacios a inferir la discriminación en ausencia de pruebas directas” y le correspondiera a la parte demandante llevar “toda la carga de la prueba en la mayoría de las situaciones”²⁶.

IV. DEL ANÁLISIS DE LA PRUEBA

[24] Si, al tratarse de un despido disciplinario, la parte denunciada alcanza el resultado probatorio que se le exige, tradicionalmente el juez llegaría a una doble convicción: a) que existe una falta cometida por la parte denunciante y b) que esa causal justifica por sí misma el despido. Con esto pierde trascendencia la discusión sobre el motivo discriminatorio que se alega.

Por ejemplo, así lo ha señalado el Tribunal Constitucional Español: “Si el empresario ha de alcanzar resultado probatorio, sin que le baste intentarlo, el órgano judicial ha de llegar a la paralela convicción no ya de que el despido razonablemente tachado de lesivo de un derecho fundamental no es extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino de que el despido es absolutamente ajeno a una conducta lesiva de un derecho fundamental (por ejemplo, el de libertad sindical), de modo que pueda estimarse que, aun puesta entre paréntesis la actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímelmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable la decisión disciplinaria adoptada por el empresario”²⁷.

En consecuencia, solo si el denunciado no cumple con su carga procesal y carece de la prueba directa que demuestra la causa no discriminatoria del acto, adquiere importancia el discernimiento de la causa oculta de la conducta. Por ejemplo, si se trata de la prueba de las manifestadas causas de despido disciplinario, al no existir la prueba que hubiera rebatido el alegato de discriminación, aquellas resultan no probadas; por lo tanto, “adquiere relevancia la acusada causa oculta”²⁸.

²⁶ Allen, D. *Reducing the Burden of Proving Discrimination in Australia*. Sydney Law Review, 31(4), 2009, Diciembre, p.583.

²⁷ TCO 21/1992 del 14/02/1992, fj 3°.

²⁸ TCO 38/1981 del 23/11/1981, fj 2°.

A. El indicio

[25] Cuando la causa oculta debe desvelarse, no es suficiente la “mera afirmación” de la persona denunciante, sino que se exige la demostración de hechos a partir de los cuales resulte una “presunción o apariencia” de que la discriminación existe. Tales hechos son los denominados “indicios”²⁹.

[26] Debe existir prueba directa del hecho que se constituirá como indicio. A su vez, esta será prueba indirecta de la existencia del acto discriminatorio.

[27] Sin embargo, en algunas jurisdicciones nacionales e internacionales se pide que además de afirmarse la existencia de una determinada conducta, se demuestren algunas connotaciones o circunstancias calificadas que le otorguen al hecho descrito el valor probatorio de un indicio y, por consiguiente, se presuma la existencia del acto discriminatorio.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español ha considerado que la negativa empresarial a readmitir al denunciante después de un periodo de excedencia voluntaria, cuando él había realizado antes de esa excedencia de funciones en una de las secciones sindicales constituidas en la empresa³⁰, no es una connotación suficiente para tener por demostrado el indicio.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien: Susanna Brunnhofer contra Bank der österreichischen Postsparkasse AG, también sostuvo que “el hecho de que la trabajadora que pretende ser víctima de una discriminación por razón de sexo y el trabajador de referencia estén clasificados en la misma categoría profesional prevista por el convenio colectivo aplicable a su empleo no basta por sí solo para concluir que los dos trabajadores afectados realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se atribuye un mismo valor en el sentido de los artículos 119 del Tratado y 1 de la directiva 75/117”. Así, debe probar no solo que percibe una retribución inferior al compañero de trabajo del sexo opuesto, sino también que realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor que quien cita como compañero de referencia³¹.

[28] En otros casos, la exigencia de la demostración calificada ha virado hacia un endurecimiento de la demostración del indicio. Lo anterior lo evidencia el texto de la Ley 36/2011, del 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social de España, cuando en referencia a la carga de la prueba en casos de discriminación se indica que “en aquellos procesos en que de las alegaciones

²⁹ TCO 21/1992 del 14/02/1992, f.º 3º.

³⁰ TCO 266/1993 del 20/09/1993, f.º 3º.

³¹ Sentencia de la Sala Sexta del 26 de junio del 2001. C 227/4 Diario Oficial de las Comunidades Europeas 11.8.2001.

de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación..., corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” (artículo 96.1).

Este nuevo direccionamiento no ha estado exento de críticas³², especialmente por la aplicación de la norma por parte de los tribunales españoles, en el sentido de que el carácter de indicio queda condicionado a que “casi” se demuestre la existencia misma de la conducta discriminatoria.

[29] La efectividad de esta medida de protección también se ve limitada por el hecho de que la valoración de la prueba que la parte denunciante presenta como indicio se hace no *a priori*, sino una vez alcanzado el conjunto de toda la prueba aportada por ambas partes. Por ejemplo, quien aduce que fue despedido por su afiliación sindical no le basta con demostrar que esa condición era suficientemente conocida por la empresa, sino que debe concretizarse la actividad sindical que se invoca como origen de la conducta discriminatoria; sin embargo, esa insuficiencia del hecho presentado como indicio solo llegará a conocerlo al final del proceso, cuando el juez valore la prueba y llegue a afirmar que: “tan genérica invocación, junto con los reales y continuados retrasos del actor, no permiten concluir que es la indeterminada actividad sindical y no las faltas de puntualidad las que han conducido a la empresa a adoptar la decisión extintiva”³³.

[30] Precisamente porque no existe una valoración *a priori* de la admisibilidad del juicio de discriminación, las partes se ven obligadas a aportar la totalidad de la prueba disponible, sin que el denunciante tenga certeza de si será suficiente ni tampoco de la valoración que el juez hará finalmente de ella.

Para evitar estas incertidumbres debería existir un procedimiento que asegure el análisis *a priori* de los indicios presentados por la parte denunciante y, de ser admitida la prueba de indicios, solicitar a la parte denunciada la prueba directa de los motivos objetivos del acto.

B. La satisfacción de la carga procesal

[31] El empleador debe demostrar que existen otras causas distintas a las alegadas por la parte denunciante y que se presumen como ciertas a partir de la demostración del indicio.

³² Calificándolo de “estricto” el criterio de los tribunales para tener por cumplida la exigencia legal vid. M^a Teresa Velasco Portero (2011) *Mobbing, Acoso Laboral y Acoso por razón de sexo*. Tecnos, 2^o ed., Madrid, p.116.

³³ *Ibíd.*

[32] Una vez demostrada la existencia de indicios de que se ha producido la violación del principio de igualdad de trato, corresponde al demandado “la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas aportadas y de su proporcionalidad”³⁴. La razonabilidad dependerá de “la existencia de causas suficientes, reales y serias”. Como advierte el Tribunal Constitucional Español, “no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación o la no lesión de cualquier otro derecho fundamental) pero sí de entender que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión”³⁵.

[33] La razonabilidad no deja de existir *a priori*. Por ello el empleador deberá demostrar, en los casos en los que, si bien se constata un distinto trato por parte de este (como puede suceder, a modo de ejemplo, con las sanciones aplicadas en el marco de un falta disciplinaria pluriindividual), la medida adoptada contra el reclamante que denuncia un trato discriminatorio es razonable pues, como regla general, “el principio de igualdad ante la ley no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquél a quien se aplica la ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido”³⁶.

V. LAS REGLAS PROBATORIAS EXCEPCIONALES EN CASO DE ACOSO U HOSTIGAMIENTO SEXUAL

[34] Las reglas probatorias aplicadas legal y judicialmente en el juzgamiento de las denuncias por acoso u hostigamiento sexual constituyen un trato significativamente distinto al hasta ahora examinado, pues existe una tendencia cada vez más evidente a facilitar la admisión de los indicios presentados por la parte denunciante y a fortalecer su efecto probatorio.

A. La flexibilización jurisprudencial de la prueba de indicios

[35] En Costa Rica, antes de ser aprobada la ley N°4746 contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia, del 3 de febrero de 1995, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia había flexibilizado en algunos casos las reglas tradicionales ya citadas sobre la admisibilidad de la prueba de indi-

³⁴ TCO 21/1992 del 14/02/1992, fj 3°.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ TCO 21/1992 del 14/02/1992, fj 3°.

cios; incluso tenía por demostrado directo y suficiente el acto discriminatorio con la sola declaración de la denunciante de hostigamiento sexual.

Conforme a la doctrina de la Sala, es posible tener por ciertos los hechos denunciados con el solo dicho de la persona denunciante, siempre que en ella no existan elementos que constituyan un móvil o interés para perjudicar a la otra persona³⁷. Incluso, se había llegado a tener por ciertos los hechos denunciados sin que existiera como prueba el testimonio de las personas afectadas, cuyos nombres no fueron puestos en conocimiento de la parte denunciada y que fueron producto de una encuesta practicada, en tanto “la aludida encuesta fue ratificada en cuanto a sus alcances, metodología empleada y resultados, por las personas que declararon en el proceso y participaron en su evaluación, así como por la prueba documental que aportó la entidad demandada”³⁸.

Una cosa es que la declaración de la persona denunciante sea admitida como indicio fundamentado y suficiente, siempre que en sí misma sea coherente y no exista alguna prueba que le reste credibilidad o le cuestione. Otra cosa muy distinta, como se indica en algunos tribunales de justicia en Uruguay, es que esa valoración se alcance solo si coincide con las demás pruebas indirectas aportadas al proceso³⁹; por ejemplo, la consulta médica inmediata por estado nervioso y el certificado médico de incapacidad otorgado por cuadro depresivo; la denuncia policial radicada en la comisaría, el relato a su madre o al novio el mismo día en que dice haber ocurrido el hecho, la declaración del encargado de la bodega que relata que en ocasiones el empleador está ebrio, y el haberla visto ese día mientras lloraba⁴⁰. Como se señala en estos casos, “la valoración del comportamiento desarrollado se realiza desde la perspectiva de la víctima, obviamente conforme a criterios de razonabilidad y normalidad”⁴¹.

B. Hacia la presunción de culpabilidad en las reformas legales

En Costa Rica, la ley N°7476, ya citada, fue reformada mediante la ley N°8805 del 28 de abril del 2010, que introdujo cambios sustanciales a la normativa anterior.

³⁷ SS 041-90 de las 10 hrs. del 18/04/1990.

³⁸ SS 102-90 de las 14:30 hrs. del 18/07/1990.

³⁹ Las referencias judiciales son tomadas de Cristina Mangarelli (2014) *Acoso y violencia en el trabajo*. Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo, Pp.128-129. Alberto Baroffio (2012) *Acoso sexual y mobbing en el Uruguay*. *Revista de Derecho y Tribunales*, Amalio M. Fernández, Montevideo, N°20, 2012.

⁴⁰ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° turno, sentencia 298/2008.

⁴¹ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° turno, sentencia 74/2011.

La nueva norma introdujo un principio que informa el procedimiento de investigación de las denuncias por acoso: el principio “pro víctima”, el cual “implica que, en caso de duda, se interpretará a favor de la víctima” (artículo 18). Este se complementa con la disposición, en materia de régimen de prueba, de que “en caso de duda se estará a lo que más beneficie a la persona hostigada” (artículo 22).

Acusada la inconstitucionalidad de ambas normas, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha advertido que el principio pro víctima no lesiona el principio de inocencia, ni tampoco el debido proceso o el derecho de defensa de la persona investigada. Si bien se advierte que se trata de “una herramienta más de interpretación y valoración”, luego concluye que “ante la ausencia de prueba directa, el juez valorará la prueba indiciaria y “en caso de duda, deberá interpretar a favor de la persona hostigada”⁴².

Si el indicio es admitido como tal, su efecto probatorio en ausencia de prueba directa es suficiente para que se tenga por cierta la presunción que se deriva de aquel, sin necesidad de recurrir al denominado “principio pro víctima”. Ahora bien, si el análisis de la prueba que se sugiere es tal que podría incluso facilitar que hechos que no deberían ser admisibles como indicios lo lleguen a ser, no puede obviarse que en determinadas circunstancias a la parte denunciada se le haya colocado ante la prueba diabólica de un hecho negativo.

⁴² SCO 2016-1209 de las 9:05 hrs. del 27/01/2016.



Fundación de Cultura Universitaria

Si desea recibir regularmente información sobre las novedades de nuestro sello editorial, le agradecemos suscribirse a:

secretaria@fcu.com.uy

Periódicamente enviaremos por correo electrónico información de estricta naturaleza editorial

25 de Mayo 583 - Tel.: 2 916 11 52
www.fcu.com.uy



IMPRESO Y ENCUADERNADO EN
MASTERGRAF SRL
GRAL. PAGOLA 1823 - CP 11800 - TEL.: 2203 4760*
MONTEVIDEO - URUGUAY
E-MAIL: MASTERGRAF@MASTERGRAF.COM.UY
WWW.MASTERGRAF.COM.UY

DEPÓSITO LEGAL 361.596 - COMISIÓN DEL PAPEL
EDICIÓN AMPARADA AL DECRETO 218/96

DERECHO LABORAL

Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales

(Sírvase citar: rev. Der. Lab.)

Director Fundador: Dr. FRANCISCO DE FERRARI (1948-1972)

Director Fundador: Dr. AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ (1972-2008)

Director: Dr. OSCAR ERMIDA URIARTE (2006-2011)

Director Fundador: Dr. HÉCTOR-HUGO BARBAGELATA (1972-2014)

COMITÉ DE REDACCIÓN

DRES. HUGO BARRETTO GHIONE, HUGO FERNÁNDEZ BRIGNONI Y ROSINA ROSSI ALBERT

CONSEJO ASESOR

DRES. OSVALDO MANTERO DE SAN VICENTE, JUAN RASO Y JORGE ROSENBAUM

ENCARGADOS DE SECCIONES

JURISPRUDENCIA: DRES. ALEJANDRO CASTELLO Y GRACIELA GIUZIO.

DOCUMENTOS E INFORMACIONES: DRES. ADRIANA LÓPEZ LÓPEZ, CAROLINA PANIZZA DOLABDJIAN
Y ÁLVARO RODRÍGUEZ AZCÚE

BIBLIOGRAFÍA: DR. ARIEL NICOLIELLO

REDACTORES

DRES. EDUARDO AMEGLIO, HÉCTOR BABACE, RODOLFO BECERRA, CARLOS CASALÁS,
NATALIA COLOTUZZO, LUJÁN CHARRUTTI, FERNANDO DELGADO, JUAN F. DIESTE,
BEATRIZ DURÁN, MARIO GARMENDIA, GUSTAVO GAUTHIER, ANTONIO GRZETICH,
NELSON LOUSTAUNAU, CRISTINA MANGARELLI, MARTHA MÁRQUEZ GARMENDIA,
DANUBIO MOREIRA, MARÍA JOSEFINA PLÁ REGULES, DANIEL RIVAS, JORGE U. SERÉ,
HÉCTOR ZAPIRAIN Y LAURA ZUÑIGA VALETTUTI

DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN



FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

25 DE MAYO 583 - TEL. 2 916 11 52

www.fcu.com.uy - ventas@fcu.com.uy