



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da

Coruña Vol. 26 (2022), pp. 368-371

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2022.26.0.9194>

LOUSADA AROCHENA, J. F.; *La prueba de la discriminación y la lesión de derechos fundamentales (su regulación en los procesos civil, contencioso-administrativo y social)*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2021, 192 pp.

DAVID SOTO-DÍAZ

Profesor ayudante doctor

Universidade da Coruña

<https://orcid.org/0000-0002-5078-4291>

Recibido: 05/07/2022

Aceptado: 14/09/2022

El Derecho procesal civil —pero también el social y el contencioso-administrativo— está informado por principios como el dispositivo y el de igualdad de armas, lo cual, combinado con los de independencia e imparcialidad de los jueces y las juezas, conforma un proceso en el que tales jueces/zas actúan como terceros neutrales que deben tomar una decisión tras la celebración de un proceso que se inicia e impulsa por las partes litigantes.

¿Cómo se ha de adaptar este Derecho procesal de raigambre liberal para hacerlo compatible con el deber que pesa sobre los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas? Sin duda, la resolución de este problema requiere una intervención en diversos frentes. Uno de ellos, de importancia primordial, es la inversión o la minoración de la carga de la prueba en casos de vulneración del principio de igualdad, para impedir que la parte actora vea desestimada su acción por no contar con medios de prueba suficientes.

Sobre este tema versa la monografía *La prueba de la discriminación y la lesión de derechos fundamentales (su regulación en los procesos civil, contencioso-administrativo y social)*, publicada en febrero de 2021 por José Fernando LOUSADA AROCHENA. Se trata de una temática que ha merecido ya la atención de diversos procesalistas, entre los que cabe destacar a RODRÍGUEZ ÁLVAREZ y ORMAZÁBAL SÁNCHEZ. Aquella autora y este autor exploran con brillantez lo que podríamos denominar la genealogía dogmática de

las reglas de aminoración o inversión de la carga de la prueba en supuestos de discriminación. En contraposición con sus monografías, el libro a que se refiere esta recensión es de un carácter marcadamente pragmático. En efecto, se trata de un libro que, sin descuidar las aportaciones doctrinales sobre la materia, hace un recorrido muy exhaustivo por el Derecho positivo y, sobre todo, por la jurisprudencia relativa a la materia.

El autor, José Fernando LOUSADA AROCHENA, es magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, donde ha participado como ponente en la redacción de las primeras sentencias dictadas en España en materia de acoso sexual laboral y de discriminación sexista en la Seguridad social. En cuanto a su faceta docente, cabe resaltar que en la actualidad desempeña como profesor de Derecho procesal en la Universidade da Coruña, así como que ha impartido cursos de formación sobre igualdad en el CGPJ. Este brillante currículum se ve reflejado en una obra rigurosa, exhaustiva y repleta de agudos análisis, muy valiosos tanto desde un punto de vista práctico como dogmático.

El libro se estructura en cinco capítulos. En el primero, que lleva por título «*Normativa y jurisprudencia de la Unión Europea*», se lleva a cabo una investigación histórica acerca de las cláusulas de diversas directivas de la UE que fueron introduciendo la norma según la cual era necesario atemperar la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba en casos de discriminación, circunscritas en un principio al ámbito de las relaciones laborales. Se trata, como se explica en el texto, de una introducción paulatina, con un alcance y un ámbito de aplicación en constante evolución.

Para añadir más complejidad al asunto, tal norma no siempre ha sido interpretada de manera única por el Tribunal de Justicia de la UE, según se desprende del estudio realizado por el autor. En este sentido, resulta de especial interés, sobre todo desde un punto de vista práctico, el análisis que se lleva a cabo en las últimas páginas del capítulo acerca de la interpretación que ha dado el TJUE a determinados hechos que pueden conformar, bien indicios, bien principios de prueba, de situaciones de discriminación. Se trata de actos del habla, de negativas de los empleadores a facilitar información, del análisis del contexto de los acontecimientos, del incumplimiento de disposiciones de salud laboral, entre otros. Una vez aceptados tales indicios o principios de prueba, ello llevaría a la parte demandada a tener que probar que existe una justificación objetiva de la actuación que es ajena a una discriminación.

En el segundo capítulo, «*Jurisprudencia constitucional*», el autor aborda el itinerario histórico jurisprudencial del Tribunal Constitucional en lo referente a la recepción de las normas de atemperación de las reglas de la carga de la prueba en casos de vulneración de derechos fundamentales. El TC español configura estas normas, en palabras de LOUSADA AROCHENA, no como «una auténtica inversión de la carga de la prueba en sentido técnico jurídico estricto, porque al demandante le corresponde la carga de realizar alguna actividad probatoria, sino de una distribución de la carga de la prueba entre los litigantes diferente a la derivada de la estricta aplicación de las normas procesales civiles generales» (p. 75). En este capítulo se abordan los principios de prueba más comunes aportados en los litigios sobre discriminación. Y se hace, una vez más, a través de categorías que resultan de gran interés práctico. Tras ello, se analizan los requisitos exigidos por el TC para admitir tales principios de prueba, como es el caso del

conocimiento empresarial del factor protegido, pero no de la acreditación de una conducta dolosa o culpable imputable a la parte demandada.

La segunda parte de este capítulo se centra en las posibilidades de la parte demandada, una vez que se presenta un principio de prueba válido que apunta a la existencia de una situación discriminatoria. En particular, tales posibilidades consistirían — más allá de las excepciones procesales y materiales—, ya en desmontar la fuerza de convicción del principio de prueba acreditado, ya en acreditar la existencia de un motivo de la conducta presuntamente discriminatoria desconectado de las causas de discriminación (p. 97). Las páginas que siguen recogen las razones más alegadas por los demandados para justificar las conductas presuntamente discriminatorias, así como los requisitos que el TC ha ido exigiendo en orden a aceptar tales razones.

Un tercer capítulo, intitulado «*Normativa legal en el Derecho español*», realiza un barrido por las normas procesales laborales, civiles y contencioso-administrativas que regulan la carga de la prueba en supuestos de discriminación o de vulneración de derechos fundamentales. En esta parte se expone la evolución histórica de estas normas y, en algún caso, sus trabajos preparatorios, lo cual constituye un paso necesario para poder interpretar el alcance de las mismas a día de hoy. Llama la atención la disparidad de redacciones de los textos legales que, en buen entendimiento, debería ser uniforme. Como concluye el autor, «sería oportuna la introducción de una regla uniforme de flexibilización de la carga de la prueba en todas las leyes de procedimiento referida a todas las causas de discriminación y a todos los derechos fundamentales y libertades públicas, que contemplase expresamente la prueba de indicios y el principio de prueba, y que contuviese algunas precisiones de desarrollo sobre aspectos problemáticos» (p. 129).

En esta parte de la monografía se reservan unas páginas para comentar el tratamiento procesal de los dictámenes de los organismos públicos competentes en litigios sobre discriminación. Se regula aquí la posibilidad de aportar al proceso un informe de alguna administración pública que puede funcionar ya como prueba pericial o documental, ya como un asesoramiento institucional al tribunal. En cualquier caso, se trata de un instrumento que puede resultar muy útil para esclarecer si se está produciendo una situación discriminatoria.

«*Reglas probatorias y perspectiva de género*» es el título del cuarto capítulo. Se trata de un capítulo breve, pero tratado con una brillantez excepcional, fruto de un más que solvente trabajo previo en la materia. En esta parte de la obra, se analizan, primero, las facultades en materia probatoria de los órganos judiciales de los diferentes órdenes jurisdiccionales, para concluir que tales facultades deben ser potenciadas en los juicios civiles y laborales sobre discriminación por razón de sexo. Se finaliza con una exposición de dos técnicas utilizadas para la valoración probatoria en perspectiva de género; a saber, el método de *woman question* y el método de *positionality* (pp. 138-142).

En el quinto y último capítulo, «*Cuestiones probatorias singulares*», se desarrollan extensamente diversos problemas de índole probatoria, con una constante preocupación por aportar soluciones prácticas, así como de hacer un llamamiento a la actualización de los criterios de valoración de la prueba, para evitar situaciones discriminatorias a la hora de

tomar decisiones judiciales. Cinco son los temas particulares abordados, siendo el primero, la prueba estadística. Se trata este de un medio de prueba muy útil a la hora de identificar situaciones discriminatorias sobre la cual, sin embargo, es «imposible establecer reglas con validez universal» para su valoración (p. 145), por cuanto resulta complicado delimitar los elementos de comparación en cada caso. Sea como fuere, el autor aúna ejemplos de su utilización por órganos jurisdiccionales españoles a la hora de enjuiciar tanto disposiciones normativas, como situaciones discriminatorias en el acceso al empleo y a la retribución.

La segunda de las cuestiones abordadas viene referida a los test de situación y la discriminación oculta. Tal método «consiste en confrontar a una persona con poder para discriminar con una persona o grupo (experimental) que posee la característica susceptible de generar la discriminación y otra persona o grupo (de control) que es idéntico desde el punto de vista de todas las características pertinentes en orden al acceso a bienes o servicios, o al empleo» (p. 155). Se trata de una técnica no utilizada aún en España, pero con cierta tradición en los Estados Unidos, sobre la cual el autor propone unos criterios para su admisibilidad en sede judicial. De seguido, se aborda la prueba de la discriminación múltiple, es decir, aquella que se produce cuando en una misma persona se reúnen dos características sobre las que, usualmente, se articulan relaciones discriminatorias. Es este un tema que ya ha sido ampliamente abordado por la doctrina española y, por ello, LOUSADA AROCHENA estructura esta parte sistematizando los aportes doctrinales y aclarando las diversas subcategorías que conforman la discriminación múltiple, a saber, la acumulativa y la interseccional. Esta última es la que plantea más retos tanto a los demandados a la hora de oponerse, como a las y los jueces a la hora de valorar prueba. En ambos casos, el autor intenta aportar soluciones pragmáticas que concilien los principios generales del proceso con la prohibición de discriminación.

En cuarto lugar, se aborda la prueba del acoso sexual y del acoso sexista desde varios frentes, como la necesidad de que las presuntas víctimas gocen de una «presunción de sinceridad» (p. 165), en especial cuando el acoso sexual se ha desarrollado en un entorno de clandestinidad preordenado por el presunto agresor; pero también la necesidad de facilitar la práctica de la prueba consistente en el interrogatorio de la demandante o que se traslade el test de valoración probatoria de las declaraciones de las víctimas de delitos sexuales diseñado por el TS al ámbito de los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos sobre acoso, lo cual parece especialmente oportuno. Finaliza esta quinta parte con dos temas que han merecido la reciente atención del TC: la prueba del acoso moral y la prueba de las represalias en los casos de denuncia de irregularidades (*whistleblowing*). En ambos casos se expone y sistematiza la doctrina del TC sobre el aquello que debe ser objeto de prueba, sobre los indicios más habituales en los de acoso moral y sobre los criterios que han guiado al TC a la hora de delimitar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el contexto de una relación laboral.

Se trata, en definitiva, de una obra muy estimulante que aborda sin complejos, y con sobrada solvencia intelectual y compromiso, cuestiones polémicas en torno a la prueba en casos de discriminación y vulneración de derechos fundamentales.